

Le conflit armé en Afghanistan a-t-il un impact sur les règles relatives à la conduite des hostilités ?

Robin Geiss et Michael Siegrist*

Robin Geiss est professeur à la faculté de droit de l'Université de Potsdam, en Allemagne. Michael Siegrist, assistant de rédaction de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, est titulaire d'un master de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève.

Résumé

Le conflit armé en cours en Afghanistan depuis 2001 continue de soulever de multiples questions en rapport avec les règles humanitaires relatives à la conduite des hostilités. Comme cela se passe souvent dans les conflits dits asymétriques, les limites géographiques et temporelles du champ de bataille sont de plus en plus floues en Afghanistan, où l'on voit s'estomper toujours davantage la distinction entre civils et combattants. Le niveau de risque est donc élevé tant pour la population civile que pour les soldats opérant en Afghanistan. Le présent article vise à établir si – et, en ce cas, dans quelle mesure – le conflit armé en Afghanistan a une incidence sur l'application et l'interprétation des principes qui se trouvent au cœur des normes juridiques

* Les éléments exposés dans le présent article ont déjà été publiés en partie dans la contribution de Robin Geiss, « The conduct of hostilities in asymmetric conflicts: reciprocity, distinction, proportionality, precautions », parue dans *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (Journal of International Law of Peace and Armed Conflicts)*, Vol. 23, N° 3, 2010, pp. 122-132. Le contenu du présent article reflète les opinions des auteurs et non pas nécessairement celles des organisations auxquelles ils sont, ou ont été, associés.

La version originale en anglais de cet article est parue sous le titre « Has the armed conflict in Afghanistan affected the rules on the conduct of hostilities? », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 881, mars 2011, pp. 11-46.

réglementant la conduite des hostilités, à savoir les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution.

⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮

Depuis près d'une décennie, le conflit armé en Afghanistan soulève de nombreuses questions auxquelles le personnel militaire, les spécialistes du droit international et la communauté humanitaire ont de la peine à répondre. Même actuellement, pas un jour ne passe sans l'annonce de nouvelles victimes parmi les civils comme dans les rangs des militaires – forces gouvernementales afghanes, membres de la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) et de l'opération « Liberté immuable », ou membres de l'opposition armée¹. Certes, il est dans la nature même des conflits armés que des soldats et des combattants² soient blessés ou tués, mais les civils devraient être épargnés. L'un des éléments ayant un fort impact sur la conduite de la guerre en Afghanistan réside dans l'énorme disparité entre les parties au conflit en termes de capacité technologique et de puissance militaire. Le déséquilibre en faveur des États-Unis et de leurs alliés a amené l'opposition armée à opter pour une méthode de guérilla reposant sur une stratégie d'endurance et d'usure³. En vertu de cette stratégie, l'opposition armée tente d'échapper au champ de bataille classique en déplaçant les hostilités d'un endroit à l'autre, souvent à proximité des civils. Elle brouille ainsi toujours davantage les lignes de distinction entre les combattants, d'une part, et les personnes qui ne participent pas activement aux hostilités, d'autre part. Dans le même temps, un élément important de la stratégie anti-insurrectionnelle contemporaine accorde une place prééminente à la population civile, dont il importe de se rapprocher le plus possible⁴. Pour les parties au conflit, le brouillage des lignes de distinction entraîne des difficul-

1 L'opposition armée en lutte contre le gouvernement de la République islamique d'Afghanistan et la présence militaire internationale est communément désignée sous le nom de « talibans », qui se décrivent eux-mêmes comme constituant l'Émirat islamique d'Afghanistan. Sous ce vocable se cache une alliance fragmentée réunissant différents groupes tels que la Shura (conseil) de Quetta dans le sud de l'Afghanistan, le Hezb-i islami Gulbuddin (HIG) et le Hezb-i Islami Khalis (HIK) dans l'est du pays et, enfin, le réseau Haqqani. Pour une description des groupes armés non étatiques opérant en Afghanistan, se référer au *Afghanistan Conflict Monitor* du Human Security Report Project (HSRP), disponible sur : <http://www.afghanconflictmonitor.org/armedgroups.html> (dernière consultation le 22 mars 2011).

2 Le terme « combattant » (« fighter » en anglais) est utilisé ici dans son sens usuel et n'implique pas le droit à un statut de combattant ou de prisonnier de guerre.

3 Patrick Quinn, « Taliban leader: insurgents waging war of attrition », dans *The Seattle Times*, 15 novembre 2010, disponible (en anglais) sur : http://seattletimes.nwsources.com/html/nationworld/2013436796_apasafghantalibanmessage.html (dernière consultation le 15 mars 2011). Voir également Ehsan Mehmood Khan, « A strategic perspective on Taliban warfare », dans *Small Wars Journal*, 22 mars 2010, disponible (en anglais) sur : <http://smallwarsjournal.com/blog/2010/03/a-strategic-perspective-on-tal/> (dernière consultation le 15 mars 2011).

4 Voir, par exemple, Armée de terre canadienne, « Des soldats s'intègrent parmi des Afghans », 15 février 2011, disponible sur : <http://www.army.forces.gc.ca/land-terre/news-nouvelles/story-reportage-eng.asp?id=5024> (dernière consultation le 15 mars 2011); David Axe, « US-led alliance concentrates on Afghan population centers », dans *Voice of America*, 9 mai 2011, disponible (en anglais) sur : <http://www.voanews.com/english/news/asia/US-led-Alliance-in-Concentrateson-Afghan-Population-Centers-121518749.html> (dernière consultation le 27 juin 2011).

tés accrues en termes d'identification des objectifs militaires et d'application des principes de proportionnalité et de précaution. Tous ces éléments sont à l'origine de diverses tentatives visant soit à élargir certains concepts du droit international humanitaire (DIH) – comme, par exemple, la définition de la participation directe aux hostilités⁵ – soit à limiter d'une autre manière la portée protectrice de ce droit⁶. Au fil du temps et avec l'augmentation du nombre de victimes civiles, il est cependant apparu que la tendance à limiter la portée protectrice du DIH constituait en fait un obstacle à la réalisation des objectifs stratégiques à long terme. En conséquence, ce sont des considérations d'ordre politique et opérationnel qui ont conduit à l'adoption de règles d'engagement qui, par certains aspects, sont plus restrictives que les dispositions du DIH⁷.

L'article s'articule autour de quatre grands axes. Premièrement, il examine les différentes étapes du conflit armé qui se déroule en Afghanistan depuis 2001 : cette classification est importante dans la mesure où elle permet de déterminer le cadre juridique régissant les hostilités en cours. Deuxièmement, l'article cherche à établir si la nature asymétrique du conflit armé en Afghanistan a eu, à ce jour, une incidence sur le DIH, s'agissant en particulier de l'interprétation et de l'application des règles relatives à la conduite des hostilités. Cette analyse se concentre sur trois principes cardinaux du DIH – les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution – et il se penche sur les difficultés rencontrées en la matière par les forces militaires internationales. Troisièmement, l'article tente de faire la lumière sur la distinction (parfois difficile à établir dans certaines opérations) entre, d'une part, le paradigme du maintien de l'ordre et, d'autre part, le paradigme des hostilités. Ces deux paradigmes peuvent potentiellement se chevaucher, comme, par exemple, dans le cas des points de contrôle des véhicules, qui constituent une mesure de sécurité importante en Afghanistan. Quatrièmement, l'article examine les éventuels problèmes, et avantages, que les nouvelles technologies peuvent introduire

5 Voir Kenneth Watkin, « Opportunity lost : organized armed groups and the ICRC “Direct participation in hostilities” interpretative guidance », dans *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, N° 3, 2010, pp. 641-695 ; Michael N. Schmitt, « Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements », dans *ibid.*, pp. 697-739 ; Bill Boothby, « “And for such time as” : the time dimension to direct participation in hostilities », dans *ibid.*, pp. 741-768.

6 Par exemple, en ce qui concerne le statut de combattant des membres des talibans et d'al-Qaïda et leur détention, voir, par exemple, W. Hays Park, « Combatants », dans Michael N. Schmitt (éd.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, US Naval War College International Law Studies, Vol. 85, Naval War College Press, Newport, RI, 2009, pp. 269-275. Pour une critique du refus collectif de l'octroi du statut de prisonnier de guerre, ainsi que pour une analyse des bases juridiques de la détention, voir Stéphane Ojeda, « US detention of Taliban fighters: some legal considerations », dans *ibid.*, pp. 360-369.

7 Par exemple : « Avant de déclencher des tirs, le commandant qui approuve la frappe doit s'assurer qu'aucun civil n'est présent. S'il n'est pas en mesure d'évaluer le risque de la présence de civils, les tirs sont interdits, sauf si l'une ou l'autre des deux conditions suivantes se trouve remplie [indication des conditions spécifiques – liées aux risques courus par la FIAS et les forces afghanes – supprimée pour raisons de sécurité opérationnelle] » – [traduction CICR]. Voir FIAS/ISAF, *General Petraeus issues updated tactical directive: emphasizes « disciplined use of force »*, Communiqué de presse, 2010-08-CA-004, Kaboul, 4 août 2010, disponible (en anglais) sur : <http://www.isaf.nato.int/article/isaf-releases/general-petraeus-issues-updated-tacticaldirective-emphasizes-disciplined-use-of-force.html> (dernière consultation le 15 mars 2011).

dans la conduite des hostilités. Surtout depuis ces dernières années, des aéro-nefs sans pilote (drones) sont employés en Afghanistan non seulement à des fins de surveillance mais aussi, de plus en plus, pour la conduite des hostilités proprement dite, plus spécifiquement dans le contexte de ce que l'on nomme les « assassinats ciblés ».

La qualification juridique du conflit afghan, 2001-2011

La situation en Afghanistan est complexe, tant du point de vue factuel que du point de vue juridique. Plusieurs parties ont été successivement impliquées dans le conflit depuis 2001. De fait, il est aujourd'hui largement admis que le conflit afghan peut être divisé en deux phases : une phase de conflit armé international, du 7 octobre 2001 au 18 juin 2002, qui a vu s'opposer la coalition menée par les États-Unis (opération Liberté immuable) et les talibans au pouvoir en Afghanistan⁸, suivie à partir du 19 juin 2002 d'une phase de conflit armé non international « internationalisé »⁹, qui a vu le nouveau gouvernement afghan, soutenu par la FIAS et les forces engagées dans l'opération Liberté immuable, combattre l'opposition armée¹⁰. Cette phase du conflit se poursuit encore aujourd'hui.

Le conflit armé international avant le 19 juin 2002

Les hostilités actives en Afghanistan ont commencé par les attaques aériennes menées le 7 octobre 2001 contre les talibans, dans le cadre de l'opération Liberté immuable. Dirigée par les États-Unis, cette campagne militaire a été lancée contre les talibans et al-Qaïda en Afghanistan en réponse aux attaques terroristes du 11 septembre de 2001 contre les États-Unis¹¹. Bien que seuls quelques

8 Voir S. Ojeda, *op. cit.*, note 5, pp. 358-359. Selon la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), un conflit armé international existe « chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ». Voir TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, Affaire N° IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel), du 2 octobre 1995, para. 70. Selon le Commentaire des Conventions de Genève de 1949, un conflit armé international a lieu quand se produit « tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention des membres des forces armées ». Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, CICR, 1952, p. 34.

9 Il convient de noter que cette expression ne décrit pas un « troisième » type de conflit armé, mais recouvre les conflits armés non internationaux ayant une dimension « internationale ». Cette expression est utilisée dans les situations où un État (ou une force multinationale) devient partie à un conflit armé non international préexistant. Une telle intervention peut avoir trois types de résultat : 1) le conflit armé existant reste un conflit armé de caractère non international si un État ou une force multinationale soutient un autre État contre l'opposition armée ; 2) le conflit armé se transforme en conflit armé international si les actes de l'opposition armée peuvent être attribués à l'État ou à la force multinationale qui interviennent ; enfin, 3) le conflit armé prend la forme d'un « conflit mixte », dans lequel les relations entre les parties sont régies par les règles relatives aux conflits armés internationaux, pour une part, et par les règles relatives aux conflits armés non internationaux, pour une autre part.

10 S. Ojeda, *op. cit.*, note 5, pp. 359-360.

11 L'opération Liberté immuable a été lancée sur la base de la résolution 1368 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 12 septembre 2001, reconnaissant le droit inhérent à la légitime défense

États les aient reconnus en tant que gouvernement légitime de l'Afghanistan, il est largement admis que les talibans représentaient alors le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan¹². En effet, les talibans contrôlaient la majorité du territoire afghan, ils adoptaient des décrets et veillaient à leur mise en œuvre et, de plus, ils procuraient un certain (bien que discutable) degré de « sécurité » à la population dans les zones qu'ils contrôlaient¹³. La chute de Mazar-i Sharif, le 9 novembre 2001, marque le début du déclin du régime des talibans ; ensuite, l'entrée à Kaboul des forces de l'Alliance du Nord, le 13 novembre 2001¹⁴, puis la chute de Kandahar, le 7 décembre 2001¹⁵, semblent indiquer que la majorité des unités de talibans s'étaient dissoutes¹⁶. Le déclin des talibans a ouvert la voie à l'établissement d'un nouveau gouvernement de transition. Pendant cette phase du conflit, les discussions juridiques ont principalement porté sur les questions relatives au statut des combattants ennemis ainsi qu'au statut et au traitement des personnes détenues¹⁷.

Le conflit armé non international depuis le 19 juin 2002

Conformément à l'Accord de Bonn du 5 décembre 2001, la *Loya Jirga* réunie d'urgence a mis en place l'Administration transitoire afghane le 19 juin 2002 ; elle a en outre élu Hamid Karzaï nouveau chef du gouvernement reconnu par

- individuelle ou collective conformément à la Charte des Nations Unies, condamnant les « attaques terroristes » ayant eu lieu aux États-Unis et les considérant comme une menace à la paix et à la sécurité internationales. En outre, l'OTAN a invoqué l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord du 4 avril 1949, stipulant que : « Les parties conviennent qu'une attaque armée contre l'une ou plusieurs d'entre elles survenant en Europe ou en Amérique du Nord sera considérée comme une attaque dirigée contre toutes les parties ». Voir aussi OTAN Hebdo, « Confirmation : l'article 5 peut être invoqué », 2 octobre 2001, disponible sur : <http://www.nato.int/docu/update/2001/1001/f1002a.htm> (dernière consultation le 10 août 2011). Voir également « 7 October 2001 : US launches air strikes against Taleban », dans *BBC*, « *On this day* », 7 octobre 2001, disponible sur : http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/7/newsid_2519000/2519353.stm (dernière consultation le 22 mars 2011).
- 12 Trois États seulement – Pakistan, Arabie saoudite et Émirats arabes unis – ont reconnu les talibans comme le gouvernement *de jure* de l'Afghanistan. Pour une discussion de cette reconnaissance, voir Rüdiger Wolfrum et Christine E. Phillip, « The status of the Taliban: their obligations and rights under international law », dans J.A. Frowein et R. Wolfrum (éd.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, pp. 571-577 et 584-586.
- 13 *Ibid.*, p. 566 ; voir également *Rapport du Secrétaire général sur la situation en Afghanistan et ses conséquences pour la paix et la sécurité internationales*, 17 août 2001, doc. Nations Unies S/2001/789.
- 14 John Simpson, « Eyewitness: the liberation of Kabul », dans *BBC News*, disponible sur : http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/1654353.stm (dernière consultation le 10 mars 2011).
- 15 « 7 décembre 2001 : Taleban surrender Kandahar », dans *BBC* « *On this day* », disponible sur : http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/december/7/newsid_4031000/4031711.stm (dernière consultation le 22 mars 2011).
- 16 Voir Barbie Dutter et Stephen Robinson, « Reign of the Taliban is over », dans *The Telegraph*, 7 décembre 2001, disponible sur : <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/1364622/Reign-of-the-Taliban-is-over.html> (dernière consultation le 22 mars 2011).
- 17 Sur cette discussion voir, notamment, Jelena Pejic, « “Unlawful/enemy combatants” : interpretation and consequences », dans Michael N. Schmitt et Jelena Pejic (éd.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines – Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 335-336 ; voir aussi Gabor Rona, « Legal issues in the “war on terrorism” : reflecting on the conversation between Silja N.U. Voneky and John Bellinger », dans *German Law Journal*, Vol. 9, N° 5, 2008, pp. 711-736.

la communauté internationale¹⁸. À ce moment-là, le conflit armé international a pris fin, l'opposition entre deux ou plusieurs États ayant cessé¹⁹. Les hostilités n'ont cependant pas tardé à reprendre, l'opposition armée s'étant adaptée à la nouvelle situation²⁰. Depuis lors, les hostilités se déroulent en différents lieux et atteignent des degrés d'intensité divers. Le nouveau gouvernement afghan – soutenu par des forces engagées dans l'opération Liberté immuable et par la FIAS²¹ – combat l'opposition armée. L'organisation de l'opposition armée et les hostilités elles-mêmes ont atteint un niveau tel que l'on peut sans risque admettre l'existence d'un conflit armé non international, auquel s'appliquent à la fois l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 (dit « article 3 commun ») et le droit international humanitaire coutumier (pertinent pour une telle situation)²².

L'Afghanistan ayant ratifié le Protocole additionnel II en date du 10 novembre 2009, les hostilités entre l'armée nationale afghane et l'opposition armée pourraient éventuellement être également régies par cet instrument. Pour que le Protocole soit applicable, il faudrait que l'opposition armée exerce sur au moins une partie du territoire de l'Afghanistan un contrôle tel qu'il lui permette de « mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer [le Protocole additionnel II] »²³. L'opposition armée semble avoir réussi à établir un « gouvernement de l'ombre » sur l'ensemble du territoire de l'Afghanistan, où elle contrôle certaines parties de la population et administre des

18 Voir la résolution 1419 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 26 juin 2002, saluant l'élection de Hamid Karzaï, doc. Nations Unies S/RES/1419 (2002). Voir également *Rapport du Secrétaire général sur la situation en Afghanistan et ses conséquences pour la paix et la sécurité internationales*, 11 juillet 2002, doc. Nations Unies S/2002/737. La Conférence internationale sur l'Afghanistan tenue en décembre 2001 a conduit à l'adoption de l'*Accord sur des arrangements temporaires en Afghanistan en attendant le rétablissement des établissements permanents de gouvernement* (« Accord de Bonn », doc. Nations Unies S/2001/1154, du 5 décembre 2001, établissant une Autorité intérimaire et demandant la convocation d'une *Loya Jirga* d'urgence. Voir Lucy Morgan Edwards, « State-building in Afghanistan: a case showing the limits? », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, N° 880, 2010, pp. 967-991 ; voir aussi Norah Niland, « Impunity and insurgency: a deadly combination in Afghanistan », dans *ibid.*, pp. 931-950.

19 À propos de l'opinion exprimée en 2009, selon laquelle la nature du conflit entre les États membres de la coalition et l'opposition armée n'a pas changé (c'est-à-dire que le conflit reste un conflit armé international), voir, par exemple, Yoram Dinstein, « Terrorism and Afghanistan », dans M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 5, pp. 51-53.

20 Voir le *Rapport du Secrétaire général sur la situation en Afghanistan et ses conséquences pour la paix et la sécurité internationales*, 18 mars 2002, doc. Nations Unies S/2002/278, para. 45-54.

21 À propos du mandat de la FIAS, voir en particulier la résolution 1386 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 20 décembre 2001 ; voir aussi la résolution 1510 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 13 octobre 2003 et la résolution 1890 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 8 octobre 2009.

22 Il n'existe pas en droit international de définition claire et uniforme de ce qui constitue un conflit armé non international. Il est toutefois généralement accepté que l'existence d'un tel conflit est basée sur des critères objectifs (à savoir, l'intensité de la violence et l'organisation des parties). Pour une description de ces critères de seuil, voir Comité international de la Croix-Rouge (CICR), *Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire ?*, Prise de position du CICR, mars 2008, disponible en anglais sur : <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf> (dernière consultation le 22 mars 2011).

23 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, article 1.

tribunaux²⁴. Ce contexte factuel milite en faveur de l'application du Protocole additionnel II dans le cadre des hostilités entre l'opposition armée et les forces armées gouvernementales afghanes.

Il convient de relever à cet égard qu'il n'est pas certain que les autres États soient liés par les dispositions du Protocole additionnel II en ce qui concerne le conflit en Afghanistan. D'une part, le Protocole ne peut pas lier directement les États qui, comme les États-Unis, ne l'ont pas ratifié²⁵. D'autre part, le libellé de l'article premier, paragraphe 1, du Protocole additionnel II suggère que cet instrument ne s'applique qu'aux conflits armés entre l'État contractant et les parties non étatiques adverses qui contrôlent une partie du territoire de cet État²⁶. Il semble donc que les États autres que l'Afghanistan qui sont parties au conflit armé ne soient pas non plus directement liés par le Protocole additionnel II, même s'ils l'ont ratifié. Malgré tout, chaque partie au conflit doit se conformer aux règles qui ont acquis le statut de droit coutumier²⁷.

Le cadre juridique applicable à toutes les parties engagées dans le conflit armé en Afghanistan est donc à la fois l'article 3 commun et le DIH coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux. En outre, le conflit armé entre le gouvernement de l'Afghanistan et l'opposition armée est régi par les règles du Protocole additionnel II. Le fait que le Protocole additionnel II n'est applicable qu'au conflit entre l'opposition armée et le gouvernement de l'Afghanistan n'a cependant qu'une importance relativement marginale. La plupart des dispositions du Protocole additionnel II ont acquis le statut de droit coutumier. Elles s'appliquent donc aussi à d'autres États parties au conflit armé en Afghanistan. S'agissant de la portée géographique de l'application du DIH, il est important de souligner que l'applicabilité de ces règles ne se limite pas à la zone où se déroulent des hostilités actives, et qu'elles s'appliquent par conséquent à l'ensemble du territoire afghan²⁸.

24 Voir David Kilcullen, *The Accidental Guerrilla: Fighting Small Wars in the Midst of a Big One*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 47-48 et 49-50. Voir également Griff Witte, « Taliban shadow officials offer concrete alternative », dans *The Washington Post*, 8 décembre 2009; Anand Gopal, « Some Afghans live under Taliban rule – and prefer it », dans *The Christian Science Monitor*, 15 octobre 2008, disponible sur : <http://www.csmonitor.com/World/Asia-South-Central/2008/1015/p01s01-wosc.html> (dernière consultation le 22 mars 2011).

25 Voir l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, énonçant la règle générale selon laquelle « [u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement ».

26 Voir l'énoncé de l'article 1[1] du Protocole additionnel II : « Le présent Protocole ... s'applique à tous les conflits armés ... qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui ... exercent sur une partie de son territoire un contrôle ... » (italiques ajoutés).

27 Voir l'article 38 la Convention de Vienne sur le droit des traités : « [a]ucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle ».

28 Voir, par exemple, TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, op. cit., note 7, para. 86 et 89; voir également Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire N° TPIR-96-4-T, Jugement du 2 septembre 1998, para. 635 et 636.

Afghanistan : un conflit armé asymétrique

L'un des défis majeurs du conflit armé en Afghanistan réside dans l'écart important entre la puissance militaire et la capacité technologique des forces militaires internationales/FIAS, d'une part, et celles de l'opposition armée, d'autre part. L'Afghanistan est ainsi devenu l'exemple paradigmatique d'un conflit armé asymétrique²⁹.

Bien sûr, la notion de « guerre asymétrique » possède de multiples facettes. Il n'existe aucune compréhension commune (ni aucune définition claire) de ce que signifie vraiment l'expression « guerre asymétrique ». Certains ont même avancé que le concept d'asymétrie a été « tellement déformé qu'il en a perdu toute utilité »³⁰. Quoi qu'il en soit, dans la doctrine juridique relative à ce type de guerre, l'expression est couramment utilisée en tant que raccourci descriptif : il s'agit de refléter à la fois l'évolution des structures des conflits armés modernes et les défis posés à l'application du DIH par cette évolution. Dans ce contexte, l'expression « guerre asymétrique » est utilisée pour décrire les inégalités et les déséquilibres qui existent entre des belligérants impliqués dans un conflit armé moderne et qui peuvent concerner tous les aspects de la conduite des hostilités³¹. Le plus souvent, il est fait référence à une distribution disparate de la puissance militaire et de la capacité technologique³². Les déséquilibres de puissance entre les parties concernées peuvent être si prononcés que, dès le départ, la partie plus faible est dépourvue de toute perspective réaliste de vaincre l'adversaire sur le plan militaire. Il est d'ailleurs possible que la victoire militaire, au sens classique du terme, ne soit même pas l'objectif poursuivi par les parties concernées³³.

La situation en Afghanistan illustre de manière frappante l'existence d'une chaîne de causalité entre ces déséquilibres de puissance et ce que l'on nomme la « guerre de guérilla »³⁴. La puissance militaire des forces multinationales

29 Voir Claus Kress et Georg Nolte, « Im ungleichen Krieg », dans *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, disponible sur : <http://www.faz.net/s/RubD5CB2DA481C04D05AA471FA88471AEF0/Doc~E0AA11FCF923947BEB8C20C7D45EFA2DC~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (dernière consultation le 22 mars 2011); voir aussi Andreas Paulus et Mindia Vashakmadze, « Asymmetrical war and the notion of armed conflict: a tentative conceptualization », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, N° 873, 2009, p. 108. Généralement, voir Herfried Münkler, « The wars of the 21st century », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, N° 849, 2003, p. 7.

30 Stephen J. Blank, *Rethinking Asymmetric Threats*, U.S. Army War College, Strategic Studies Institutes, septembre 2003, disponible sur : <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=103> (dernière consultation le 22 mars 2011).

31 Voir Michael N. Schmitt, « Asymmetrical warfare and international humanitarian law », dans Wolff Heintschel von Heinegg et Volker Epping (éd.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Springer Science and Business Media, Berlin/Heidelberg, 2007, pp. 11-48.

32 Robin Geiss, « Asymmetric conflict structures », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 88, N° 864, 2006, pp. 757-777; Toni Pfanner, « Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 87, Sélection française 2005, pp. 259-288.

33 William C. Martel, *Victory in War: Foundations of Modern Military Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

34 Voir, par exemple, D. Kilcullen, *op. cit.*, note 23, pp. 39 et suiv. Traditionnellement, en particulier dans la théorie militaire, la guerre asymétrique a souvent été assimilée à la guerre de guérilla et à la guerre de partisans. Voir Stephen Metz et Douglas V. Johnson II, *Asymmetry and U.S. Military Strategy*:

nales en Afghanistan amène l'opposition armée à adopter des tactiques dites de guérilla, afin d'éviter une confrontation militaire directe avec un ennemi plus puissant et de compenser ainsi son infériorité. Certains auteurs suggèrent également que l'opposition armée en Afghanistan adopte surtout une stratégie d'épuisement afin de prendre le contrôle sur les régions pachtounes, au lieu de chercher à renverser directement le gouvernement afghan³⁵. Cette logique (simple) en matière de conduite de la guerre n'est pas nouvelle; au contraire, elle a déjà une longue histoire³⁶. Au XX^e siècle, les guerres de libération nationale et la grande majorité des conflits armés non internationaux ont tous été intrinsèquement des « guerres asymétriques ».

Malgré ses faibles moyens militaires, l'opposition armée a montré qu'elle avait la capacité de faire obstacle aux objectifs stratégiques de ses adversaires, plus puissants qu'elle-même, tout en poursuivant ses propres objectifs³⁷. La durée du conflit armé non international en Afghanistan témoigne de cette réalité, puisqu'à ce jour, les hostilités se poursuivent depuis près de dix ans³⁸. Le conflit en Afghanistan est très dynamique. Il tend à échapper à toutes démarcations claires (spatiales et temporelles). Le niveau de violence est fluctuant: des hostilités éclatent à tout moment et potentiellement n'importe où. Ainsi, le « champ de bataille » est partout, et la notion traditionnelle d'un champ de bataille bien défini semble souvent plutôt obsolète dans une telle constellation³⁹. Les talibans, en Afghanistan, semblent se composer d'un noyau de « guérilleros » qui se déplacent sans cesse d'une vallée à l'autre (surtout lorsque leur sécurité est menacée); ils montent des embuscades, posent des mines ou des engins explosifs improvisés (déclenchés par des personnes ou par des véhicules, ou télécommandés), utilisent des snipers et parfois commettent des attentats-suicides⁴⁰. Ces combattants qui ne cessent de se déplacer bénéficient souvent de

Definition, Background, and Strategic Concepts, US Army War College, Strategic Studies Institute, janvier 2001, disponible sur: <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ssi/asymmetry.pdf> (dernière consultation le 3 janvier 2011).

35 Voir, par exemple, D. Kilcullen, *op. cit.*, note 23, pp. 50 et 52.

36 Andrew J. R. Mack, « Why big nations lose small wars: the politics of asymmetric conflict », dans *World Politics*, Vol. 27, N° 2, 1975, pp. 175-200.

37 Ivan Arreguín-Toft, *How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

38 « Is the Afghan War really the longest in U.S. history? », dans *The Week*, 10 juin 2010, disponible sur: <http://theweek.com/article/index/203842/is-the-afghan-war-really-the-longest-in-us-history> (dernière consultation le 22 mars 2011).

39 H. Münkler, *op. cit.*, note 28, pp. 7-22; Herfried Münkler, *Der Wandel des Krieges: Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, 2^e édition, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2006.

40 D. Kilcullen, *op. cit.*, note 23, p. 55. Il convient de relever que l'opposition armée parle d'attaques-martyre (en anglais « martyrdom attacks »). Voir « The Islamic Emirate of Afghanistan. The Layha [Code of Conduct] for Mujahids », version du 29 mai 2010, [traduction non officielle du CICR], dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 881, p. 116, article 57. Pour des exemples de récents attentats-suicide et autres types d'attaques, se référer, *inter alia*, à Heidi Vogt et Mirwais Khan, « Afghanistan suicide bomber kills 6 NATO troops », dans *The Huffington Post*, 12 décembre 2010, disponible sur: http://www.huffingtonpost.com/2010/12/12/afghanistan-suicide-bomber_n_795588.html (dernière consultation le 22 mars 2011); voir aussi Alissa J. Rubin, « 31 killed in suicide attack on Afghan census office », dans *The New York Times*, 21 février 2011, disponible sur: <http://www.nytimes.com/2011/02/22/world/asia/22afghanistan.html> (dernière consultation le 22 mars 2011); voir enfin

l'appui de guérilleros locaux « à temps partiel » et de cellules villageoises (agissant en tant que mécanismes de coordination et de collecte de renseignements)⁴¹.

Les structures propres aux conflits asymétriques soulèvent toute une série de différents problèmes d'ordre juridique⁴². En ce qui concerne la conduite des hostilités, les discussions portent essentiellement sur le point suivant : quel impact des lignes de distinction toujours plus floues peuvent-elles avoir sur l'application et l'adéquation des règles humanitaires pertinentes ? Éviter systématiquement la confrontation militaire directe, déplacer délibérément les hostilités d'un lieu à l'autre et adopter des approches centrées sur la population – autant d'éléments de stratégies dont le résultat est souvent de rapprocher les hostilités du milieu urbain et des civils. Tout cela ne fait que brouiller encore davantage la distinction entre combattants, d'une part, et civils protégés, d'autre part. Dans la pratique, il devient de plus en plus difficile de déterminer quelles personnes ou quels biens peuvent faire l'objet d'une attaque. En conséquence, les risques courus par la population civile augmentent. Dans le même temps, les soldats opérant sur le terrain sont eux aussi confrontés à de plus grands défis sur le plan de la sécurité. En effet, les soldats ne peuvent pas toujours faire la différence entre les personnes qui participent et celles qui ne participent pas (ou plus) aux hostilités. Cette tendance déplorable est bien connue⁴³. À maintes reprises, les forums internationaux ont exprimé leur inquiétude quant au fait que les civils continuent d'être le plus durement touchés par les conflits armés modernes⁴⁴. Cela dit, une attention bien moindre a été portée aux différentes questions « de suivi » soulevées par le caractère de plus en plus flou des lignes de distinction. Ces questions ont trait à l'identification des objectifs militaires légitimes, à l'application du principe de proportionnalité et, enfin, aux mesures de précaution prévues par l'article 57 du Protocole additionnel I ainsi que par les règles du droit coutumier. Les conflits asymétriques, semble-t-il, mettent davantage en lumière un certain nombre de questions et d'ambiguïtés existant

« Taliban attack Afghanistan Nato bases », dans *RFI*, 28 août 2010, disponible sur : <http://www.english.rfi.fr/asia-pacific/20100828-taliban-attack-afghanistan-nato-bases> (dernière consultation le 22 mars 2011). Selon un rapport du Secrétaire des Nations Unies, il y a eu environ trois attentats-suicides par semaine en 2010, ces attaques étant principalement dirigées contre les forces militaires internationales. Voir *Rapport du Secrétaire général sur la situation en Afghanistan et ses conséquences pour la paix et la sécurité internationales*, 10 décembre 2010, Doc. Nations Unies S/2010/630, para. 15.

41 D. Kilcullen, *op. cit.*, note 23, pp. 83-86.

42 En conséquence, la définition et la notion même de conflit armé en droit international humanitaire ont fait l'objet d'une attention considérable dans la littérature récente. Voir A. Paulus et M. Vashakmadze, *op. cit.*, note 28, pp. 95-125.

43 *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, rapport préparé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en vue de la XXX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 30IC/07/8.4, octobre 2007, disponible sur : http://www.icrc.org/file/assets/files/other/30ic_8-ihlchallenges_report&annexes_fra_final.pdf et <http://www.icrc.org/fr/resourcess/documents/misc/ihl-30-international-conference-101207.htm> (dernière consultation le 16 août 2011).

44 Voir *ibid* ; Conseil de sécurité des Nations Unies, « Despite progress, civilians continue to bear brunt of conflict, says Under-Secretary-General in briefing to Security Council », communiqué de presse du 26 juin 2009, SC/9692, disponible (en anglais) sur : <http://www.un.org/News/Press/docs/2009/sc9692.doc.htm> (dernière consultation le 22 mars 2011).

de longue date et concernant les règles humanitaires relatives à la conduite des hostilités. Le présent article analyse ces questions dans le contexte du long conflit afghan, principalement en utilisant comme étude de cas les difficultés rencontrées par les forces militaires internationales.

La conduite des hostilités dans les conflits asymétriques

Éviter la confrontation directe et préserver ses propres forces deviennent des priorités primordiales, surtout pour un belligérant militairement inférieur à son adversaire. Or, de telles priorités peuvent notamment aller à l'encontre du principe fondamental de distinction. Il est facile d'endosser des habits civils pour échapper aux attaques directes. Le fait de feindre de bénéficier d'un statut protégé, de se mêler à la population civile et de lancer des attaques à partir de biens qui jouissent d'une protection spéciale constituent des conséquences des plus déplorable – mais apparemment inévitables – de cette logique. Des boucliers humains sont parfois utilisés pour protéger des objectifs militaires difficiles à dissimuler. Or, une telle démarche affecte la capacité de l'ennemi d'évaluer la proportionnalité. Elle enfreint en outre le principe de précaution, énoncé à l'article 58 du Protocole additionnel I et qui fait partie du droit international humanitaire coutumier applicable tant dans les conflits armés internationaux que non internationaux⁴⁵.

La réciprocité et autres incitations au respect des règles humanitaires

Les violations répétées des règles humanitaires commises par l'une des parties sont susceptibles d'avoir également un impact sur le comportement de l'autre partie. Le pire scénario possible consiste en une dynamique de réciprocité négative ou, en d'autres termes, en un effet de spirale descendante qui conduit finalement les deux parties à ignorer les règles du DIH. Si l'un des belligérants viole constamment le droit humanitaire, et si un tel comportement lui procure un avantage militaire tangible, l'autre partie risque fort de finir elle aussi par ne plus tenir compte de ces règles ; ce faisant, elle peut espérer élargir sa propre marge de manœuvre et, donc, accroître l'efficacité de ses contre-stratégies.

Néanmoins, le cercle vicieux provoqué par le mépris réciproque des règles humanitaires a gardé jusqu'ici un caractère largement théorique⁴⁶. L'expérience (notamment en Afghanistan) a montré que le strict respect des

45 Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I: Règles*, CICR et Cambridge University Press, Cambridge, 2005, règle 15, p. 51.

46 Selon le TPIY : « Après la Première Guerre mondiale, l'application du droit de la guerre s'est écartée du concept de réciprocité entre les belligérants, ce qui fait qu'en général les règles ont de plus en plus été appliquées par chacun d'entre eux indépendamment de l'éventualité que l'ennemi ne les respecte pas. Ce changement de perspective vient de ce que les États ont pris conscience que les normes du droit international humanitaire avaient avant tout pour vocation, non de protéger leurs intérêts, mais ceux des personnes en leur qualité d'êtres humains ». TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, Affaire N° IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000, para. 518.

principes humanitaires fondamentaux était favorable à la réalisation des objectifs stratégiques à long terme. Inversement, même si elles semblent promettre des gains militaires à court terme, les violations répétées du droit humanitaire risquent à long terme de nuire à la crédibilité et à la réputation d'une partie au conflit. Un tel comportement risque d'entraîner des conséquences potentiellement néfastes pour la capacité de cette partie à poursuivre – sur les plans diplomatique, humanitaire et du développement, notamment – des stratégies qui peuvent avoir une importance cruciale pour la réalisation des objectifs stratégiques à long terme⁴⁷. De plus, les avantages militaires à court terme que l'on peut espérer obtenir en violant les règles humanitaires sont souvent négligeables. Les maux superflus et les souffrances inutiles ne sont que cela – superflus et inutiles – et ils contribuent bien peu à la réalisation des objectifs (militaires) poursuivis⁴⁸. Jusqu'à présent, le principal enseignement à tirer de l'Afghanistan est que le conflit ne sera pas gagné uniquement par la force militaire, ni même principalement par cet instrument stratégique. Au contraire, la volonté de « gagner les cœurs et les esprits » de la population afghane est devenue la priorité stratégique globale. Ainsi, depuis 2009, la FIAS opère en se fondant sur le principe que les pertes et les dommages infligés aux civils doivent être réduits au maximum⁴⁹. Cette doctrine semble avoir conduit à l'établissement de règles d'engagement qui, dans une certaine mesure, sont plus restrictives que le DIH⁵⁰. Ainsi, les forces multinationales agissent fréquemment dans un cadre qui leur impose des limites strictes, ce qui semble nécessaire dans un contexte où, même en restant dans les limites fixées par le DIH, les pertes et les destructions seraient de nature à compromettre la réalisation des objectifs stratégiques principaux⁵¹. Il semble donc raisonnable de conclure qu'en Afghanistan, le non-respect fréquent des règles humanitaires n'a pas conduit à une course à l'abîme en termes de respect des règles humanitaires. La perception dominante est plutôt que le respect du DIH continue de servir des intérêts (étatiques) vitaux, même en l'absence des conceptions traditionnelles de la réciprocité⁵².

Le principe de distinction

D'autres stratégies souvent adoptées dans les situations de guerre asymétrique peuvent poser au DIH des défis bien plus diversifiés et subtils que le mépris pur et simple de ses normes en réponse directe à des violations commises précédemment. Ces situations asymétriques peuvent avoir pour résultat de brouiller

47 Robert D. Sloane, « Prologue to a voluntarist war convention », dans *Michigan Law Review*, Vol. 106, décembre 2007, p. 481.

48 *Ibid.*

49 Gregor Peter Schmitz et Gabor Steingart, « Generäle gegen Obama », dans *Der Spiegel*, 26 septembre 2009, pp. 107-109.

50 Pour des extraits non classifiés de la Directive tactique actualisée, du 1^{er} août 2010 (remplaçant la version du 1^{er} juillet 2009), voir FIAS, *op. cit.*, note 6. C'est à partir de ces extraits que l'on peut tirer certaines conclusions quant aux règles d'engagement en vigueur.

51 *Ibid.*

52 Voir également R. D. Sloane, *op. cit.*, note 46, p. 481.

la distinction entre civils et combattants, de même qu'entre biens de caractère civil et objectifs militaires. Dans le contexte de l'Afghanistan, deux phénomènes permettent d'illustrer les défis posés au DIH. Premier exemple : le *Code de conduite pour les Moujahids* de 2010 recommande, entre autres choses, que les Moujahids adaptent leur apparence physique (coiffure, vêtements et chaussures, notamment) en se conformant à la charia et aux habitudes de la population locale. D'une part, une telle adaptation sera bénéfique en termes de sécurité pour les Moujahids et la population locale ; d'autre part, elle permettra aux Moujahids de se déplacer facilement dans différentes directions⁵³. D'autre part, dans le cadre de l'action visant à « gagner les cœurs et les esprits » et conformément à la stratégie contre-insurrectionnelle axée sur la population locale⁵⁴, des efforts de rapprochement sont déployés, des équipes provinciales de reconstruction (associant des composantes civiles et militaires) sont utilisées pour mener des activités de secours⁵⁵, et parfois, des soldats revêtent des habits civils⁵⁶. Bien que de telles pratiques ne soient pas explicitement interdites en tant que telles par le droit international humanitaire régissant les conflits armés non internationaux, elles suscitent une grande inquiétude quant au respect du principe de distinction. L'existence même d'un ennemi souvent impossible à cerner et à distinguer est simplement inconcevable et suscite le débat : comment savoir, en effet, où tracer la ligne de démarcation entre les personnes protégées et les personnes non protégées, ainsi qu'entre les objectifs militaires et les biens de caractère civil ? Se pose par ailleurs la question de savoir si cette catégorisation binaire – inhérente au principe de distinction – est encore adéquate sur les champs de bataille modernes et dans des situations de combat très dynamiques.

Distinction entre les personnes protégées contre les attaques directes et les personnes pouvant faire l'objet d'une attaque

Des lignes de distinction brouillées ont parfois conduit certains auteurs à plaider en faveur d'interprétations assez souples des critères juridiques qui jouent un rôle déterminant dans la perte de protection contre les attaques directes.

53 Voir «The Islamic Emirate of Afghanistan. The Laiha [Code of Conduct] for Mujahids», *op. cit.*, note 39, article 81.

54 Voir États-Unis, Department of the Army, *FM 3-24.2: Tactics in counterinsurgency*, Washington, DC, 21 avril 2009, en particulier à propos des opérations Clear-Hold-Build (nettoyer-tenir-reconstruire), para. 3-106 et suiv.

55 Voir, par exemple, Save the Children, *Provincial Reconstruction Teams and Humanitarian: Military Relations in Afghanistan*, Londres, 2004. En outre, en ce qui concerne au moins la période allant du 11 septembre 2001 au 1^{er} mai 2003, les forces américaines et/ou de la coalition ont parfois porté des vêtements indigènes pour se confondre avec les forces à qui elles apportaient leur soutien, ou des vêtements civils alors qu'elles participaient à des actions de secours humanitaires. Center for Law and Military Operations, The Judge Advocate General's Legal Center and School, *Legal Lessons Learned from Afghanistan and Iraq, Volume I: Major Combat Operations (11 septembre 2001-1 mai 2003)*, Armée des États-Unis, 2004, pp. 64-69.

56 Voir, par exemple, ISAFMEDIA, « Meet a Marine Sergeant who blends in with the Afghan people to do his job », 2 mai 2011, disponible sur : http://www.youtube.com/watch?v=VoTH5tfTHIQ&feature=youtube_gdata (dernière consultation le 5 mai 2011).

Dit plus simplement, face à la difficulté accrue d'établir, dans la pratique, une distinction entre les combattants et les personnes protégées, les partisans de ce point de vue suggèrent un élargissement de la catégorie juridique des personnes pouvant légitimement faire l'objet d'une attaque. De manière générale, ce raisonnement est souvent basé sur le principe suivant : le champ de bataille moderne étant devenu de plus en plus dangereux pour les soldats qui y mènent des opérations, il faudrait élargir leur marge d'appréciation en ce qui concerne l'utilisation de la force létale. L'interprétation de la notion de « participation directe aux hostilités », activité qui prive temporairement les civils de leur protection contre les attaques directes, fait actuellement l'objet d'un débat qui reflète bien cette tendance (les interprétations plutôt larges de cette notion et de son champ temporel recueillant les suffrages)⁵⁷. Par exemple, deux éléments sont symptomatiques de cette tendance. Il s'agit tout d'abord de l'hypothèse selon laquelle les « boucliers humains » volontaires, comme on les appelle, sont *per se* des participants directs aux hostilités (perdant ainsi leur protection contre les attaques directes). Le second élément réside dans la recommandation selon laquelle, en cas de doute, c'est la présomption que des activités « douteuses » équivalent à une « participation directe aux hostilités » qui devrait prévaloir⁵⁸.

Dans la même veine, il a été proposé de définir de manière assez large la notion d'appartenance à des groupes armés organisés⁵⁹. Les membres de groupes armés organisés cessent d'être des civils et, de ce fait, ils perdent la protection contre les attaques directes aussi longtemps que dure leur appartenance au groupe armé⁶⁰. Ils ne bénéficient plus de l'effet « porte tournante » de la protection accordée aux civils. Cela signifie qu'à la différence des civils, les membres de groupes armés ne récupèrent pas automatiquement leur protection contre les attaques directes dès le moment où ils cessent de participer directement aux hostilités. Au contraire, en tant que combattants, ils peuvent être directement attaqués à tout moment, en vertu des mêmes principes que les membres des forces armées, c'est-à-dire indépendamment de toute participation directe à des hostilités réelles au moment de l'attaque. Toutefois, l'identification des membres d'un groupe armé organisé peut être extrêmement difficile. La situation en Afghanistan illustre clairement la difficulté d'établir une

57 Pour une discussion approfondie, voir les diverses contributions parues dans le *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, N° 3, 2010, disponible sur : <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/jilpvolume42/index.htm> (dernière consultation le 22 mars 2011).

58 M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 4, p. 737 et n. 123, citant Michael N. Schmitt, « Direct participation in hostilities » and 21st century armed conflict », dans Horst Fischer et al. (éd.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 509. L'auteur avance l'argument selon lequel les zones grises devraient être interprétées de manière libérale, c'est-à-dire en faveur de l'établissement d'une participation directe.

59 K. Watkin, *op. cit.*, note 4, p. 691.

60 Dans les conflits armés non internationaux, l'approche axée sur l'appartenance n'est pas incontestée : voir, par exemple, Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-state Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 148-155. Dans son étude sur la participation directe, le CICR a adopté, s'agissant d'établir l'appartenance, une approche basée sur la fonction de combat continue. Voir CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, mai 2009, pp. 31-36.

distinction entre, d'une part, un civil pacifique et, d'autre part, un combattant de l'opposition armée ou un civil participant directement aux hostilités⁶¹. Le port d'armes, à lui seul, ne peut certainement pas être pris comme un signe de participation directe aux hostilités, et encore moins comme un signe d'appartenance à un groupe armé organisé. En effet, les civils afghans gardent traditionnellement des armes dans leurs maisons afin de se protéger et protéger leurs familles⁶². Par ailleurs, certains rapports indiquent que la collecte de renseignements est rendue plus compliquée par le fait que des informateurs afghans dupent occasionnellement les forces militaires internationales pour les amener à tuer des rivaux personnels plutôt que des membres haut gradés de l'opposition armée⁶³. Évidemment, si l'appartenance à un groupe armé organisé devait être déterminée sur la seule base du soutien apporté ou de la sympathie manifestée par une personne donnée à un tel groupe – sous la forme, par exemple, d'un soutien logistique non lié aux opérations militaires, fourni au nom de la solidarité tribale –, la catégorie des personnes non protégées (les « combattants ») se trouverait considérablement élargie. Qui plus est, une telle détermination serait probablement sujette à l'arbitraire en l'absence de critères objectivement vérifiables permettant d'établir l'affiliation d'une personne donnée à un groupe armé⁶⁴.

Néanmoins, une tendance allant dans un sens diamétralement opposé rejette toute tentative d'élargir encore davantage les catégories de personnes pouvant légitimement faire l'objet d'une attaque⁶⁵. Compte tenu de la struc-

61 Il convient de relever que les civils incluent également des membres des talibans n'exerçant pas une fonction de combat continue et qui ne participent pas directement aux hostilités. Au moins pendant la période allant du 11 septembre 2001 au 1^{er} mai 2003, les règles d'engagement de l'opération Liberté immuable ne déclaraient aucune force « hostile ». Au contraire, elles reposaient sur la double notion de « menace vraisemblable et identifiable » et d'« identification positive » de cette menace, ce qui a causé une confusion au sein des troupes. Les forces suivaient un entraînement en vue de l'approche habituelle selon trois axes : déclaration de forces hostiles (pouvant être attaquées à tout moment) ; participation directe aux hostilités ; enfin, dans les situations sans lien avec les hostilités, incorporation du concept d'auto-défense. Voir Center for Law and Military Operations, *op. cit.*, note 54, pp. 96-103 ; Michael N. Schmitt, « Targeting and international humanitarian law in Afghanistan », dans M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 5, p. 314.

62 Selon les estimations, un million de fusils sont dans les mains de civils afghans, ce qui équivaut à quelque 44 armes à feu pour 1000 personnes. Voir, à ce propos, les données compilées par GunPolicy.org, disponibles sur : <http://www.gunpolicy.org/firearms/region/afghanistan> (dernière consultation le 22 mars 2011).

63 Voir, par exemple, Allan Hall, « UStroops "tricked into killing Afghan drug clan's rival" », dans *The Telegraph*, 30 mars 2009, disponible sur : <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/5079429/UStroops-tricked-into-killing-Afghan-drug-clans-rival.html> (dernière consultation le 22 mars 2011) ; Kim Sengupta, « Taliban factions may be using British forces to assassinate rival commanders », dans *The Independent*, 25 juillet 2008, disponible sur : <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/taliban-factions-may-be-using-british-forces-to-assassinate-rival-commanders-876801.html> (dernière consultation le 22 mars 2011).

64 Pour une vue d'ensemble approfondie de cette discussion, voir Nils Melzer, « Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », dans *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, N° 3, 2010, p. 831.

65 Voir *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston, Addendum : study on targeted killings*, Document Nations Unies A/HRC/14/24/Add. 6, 28 mai 2010, para. 65 (en anglais seulement). Voir également Derek Jinks, « Protective parity and the laws of war », dans *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, 2004, pp. 1524-1528.

ture diffuse des conflits asymétriques (non internationaux), les partisans de ce point de vue ont tendance à considérer comme trop rigide et trop inflexible le « code binaire » du DIH, c'est-à-dire la distinction catégorielle entre les combattants et les civils protégés⁶⁶. Certains ont même prétendu que les catégories de statuts prévues par le DIH ont toutes, et intégralement, perdu leur utilité. Par exemple, il a été suggéré – au mépris du principe de distinction – que l'on se réfère au droit des droits de l'homme comme constituant aussi le droit applicable en période de conflit armé non international⁶⁷. En particulier, les jugements rendus en 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Isayeva* ont suscité un débat quant à savoir si, notamment dans les conflits armés de caractère non international, un degré plus élevé (mais toujours réaliste) de protection ne pourrait pas être atteint par le biais de l'application (exclusive ou préférentielle) du droit des droits de l'homme⁶⁸.

Laissons ici de côté la question de savoir si le droit international des droits de l'homme a force obligatoire pour les groupes armés ; laissons aussi de côté le problème de l'application extraterritoriale du droit des droits de l'homme, problème qui se pose chaque fois que des États tiers interviennent dans un conflit armé non international tel que celui de l'Afghanistan (notons au passage qu'il est incontestable que le DIH a force obligatoire pour les groupes armés, et qu'il s'applique de manière extraterritoriale dans les cas soit de conflit armé international, soit d'internationalisation d'un conflit armé non international). En ce qui concerne la conduite des hostilités, le recours prédominant au droit des droits de l'homme plutôt qu'au DIH marquerait un changement de paradigme qui, pour le moment du moins, trouve peu de soutien dans la pratique des États. Contrairement au DIH, le droit des droits de l'homme permet l'utilisation d'une force potentiellement létale uniquement en réponse à une menace imminente et suffisamment grave. En particulier, ce droit exige que soient prises en considération les circonstances concrètes d'une situation donnée, indépendamment de toute distinction binaire entre les combattants ou belligérants (pouvant faire l'objet d'une attaque) et les civils protégés⁶⁹. La

66 Rosa Ehrenreich Brooks, « War everywhere: rights, national security law, and the law of armed conflict in the age of terror », dans *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2004, pp. 675 et 757 : « Il vaudrait beaucoup mieux faire du statut du combattant une question purement fonctionnelle, une question axée non pas sur des aspects techniques, mais sur le degré auquel une personne est impliquée – directement, activement et principalement – dans une action consistant à planifier ou à exécuter des actes de violence, sciemment ou de manière délibérée » [traduction CICR] ; voir aussi Larry May, « Killing naked soldiers: distinguishing between combatants and non-combatants », dans *Ethics and International Affairs*, Vol. 19, N° 3, 2005, p. 39.

67 Voir William Abresch, « A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in *Chechnya* », dans *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, pp. 758-760 and 767.

68 Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), *Isayeva, Yusupova et Bazayeva c. Russie*, App. N° 57947-49/00 (24 février 2005) ; *Isayeva c. Russie*, App. n° 57950/00 (24 février 2005).

69 Dans son rapport sur la Colombie (1999), la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a souligné qu'en vertu de l'article 4 (« Droit à la vie ») de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'usage de la force létale dans les opérations de maintien de l'ordre ne pouvait pas être basé sur une simple suspicion ni sur des critères collectifs, tels que l'appartenance à un groupe. Selon le rapport : « Son action n'est jamais justifiée si la police prive un individu de sa vie au motif de

force employée doit être proportionnée à la menace aiguë posée⁷⁰. Cette norme est plus protectrice. Surtout, elle est proportionnée à la menace et s'applique au cas par cas. Dans la pratique, elle demeure toutefois largement perçue comme étant inadéquate aux champs de bataille, risquée à mettre en œuvre, et donc irréaliste. Par conséquent, certains font valoir qu'en Afghanistan, le principe de distinction (en dépit de ses lacunes intrinsèques dans les situations de conflits asymétriques) n'est pas remis en question en tant que norme fondamentale de l'ordre juridique humanitaire, même si certains auteurs en ont proposé des interprétations moins rigoureuses. Les catégories prévues par le DIH quant aux personnes pouvant légitimement être attaquées conservent donc une importance capitale pour les États qui mènent des opérations dans des conflits armés asymétriques modernes tels que celui de l'Afghanistan.

Ces deux axes d'argumentation reflètent en fait deux notions diamétralement opposées – la nécessité militaire et l'humanité – qui constituent le socle du DIH. La première ligne de raisonnement, favorable non seulement au maintien des catégories basées sur la distinction binaire que prévoit le DIH, mais aussi (au moins en partie) à leur extension, semble être principalement concernée par la minimisation des risques courus par les soldats en opération, parfois apparemment sans tenir dûment compte de la protection des civils. À l'inverse, il semble que la seconde ligne de raisonnement, tout en ayant à cœur à juste titre de renforcer la protection de la population civile (car, comme mentionné précédemment, ce sont les civils qui sont le plus durement touchés par les conflits armés modernes), en vienne parfois à négliger les réalités auxquelles sont confrontés les soldats sur le terrain. Bien sûr, une voie médiane pourrait permettre de trouver un équilibre plus subtil entre les notions antagonistes de nécessité militaire et d'humanité, en n'accordant aucune prédominance catégorique à l'une ou à l'autre. Théoriquement, une telle voie médiane pourrait consister soit à augmenter la flexibilité des normes de droit humanitaire, en allant dans le sens d'une extension de leur portée protectrice, soit à augmenter la flexibilité des normes des droits humains, en allant dans le sens d'une plus grande permissivité. De fait, c'est cette seconde voie que la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir empruntée dans l'affaire *Isayeva*. Une troisième approche consisterait à combiner des éléments des deux régimes juridiques⁷¹.

Le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités* du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) adopte lui aussi une

son appartenance à un « groupe marginal » ou parce qu'il est soupçonné d'avoir été impliqué dans une activité criminelle. La police n'est pas non plus autorisée à utiliser automatiquement la force létale pour empêcher la commission d'un crime ou pour agir en état de légitime défense. L'usage de la force létale dans de tels cas serait uniquement admissible s'il était proportionné et nécessaire » [traduction CICR]. CIDH, Rapport sur la Colombie 1999, Chapitre IV, para. 213.

70 De plus, au regard du DIH, il serait bien plus difficile de justifier ce que l'on nomme un « dommage collatéral », non illégal *per se* au regard du droit international des droits de l'homme.

71 Voir également Francisco Forrest Martin, « Using international human rights law for establishing a unified use of force rule in the law of armed conflict », dans *Saskatchewan Law Review*, Vol. 64, 2001, pp. 347-396.

voie médiane, basée sur l'interprétation du droit tel qu'il existe actuellement. D'une part, le *Guide interprétatif* reconfirme l'application du principe de distinction dans les conflits armés modernes et en clarifie les modalités d'application. Surtout dans les conflits armés non internationaux, la catégorie de personnes (les « combattants ») qui ne sont pas des civils et qui peuvent faire l'objet d'attaques est définie sur une base fonctionnelle, en se fondant sur leur « fonction de combat continue »⁷². D'autre part, le *Guide interprétatif* réitère une contrainte majeure limitant l'usage de la force contre des personnes non protégées contre les attaques directes. La nature et le degré de force qu'il est permis d'utiliser contre ces personnes ne doivent pas excéder ce qui est effectivement nécessaire pour atteindre un objectif militaire légitime dans les circonstances qui prévalent⁷³. Des craintes ont été exprimées quant au fait que cette norme impose un « paradigme d'application des lois » trop restrictif, son but étant de soumettre les opérations militaires menées en temps de guerre « à un continuum de recours à la force irréaliste débutant par l'action la moins dommageable avant de recourir à des blessures graves lors de l'attaque d'un combattant ennemi ou d'un civil prenant une part directe aux hostilités »⁷⁴. Néanmoins, l'obligation d'employer, parmi des moyens ou méthodes d'égale efficacité, le ou la moins dommageable n'équivaut pas à accroître la portée du « paradigme d'application des lois » ou, en d'autres termes, à étendre aux combattants engagés dans un conflit armé le principe de proportionnalité contenu dans le droit des droits humains. Le principe de distinction implique déjà la notion selon laquelle, pendant un conflit armé, la « valeur » relative inhérente à la mise hors de combat des combattants/belligérants ennemis ou des civils participant directement aux hostilités l'emporte sur le droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté de ces personnes. Cela évite que chaque soldat doive prendre individuellement, dans le feu de l'action, des décisions complexes basées sur la mise en balance de différentes valeurs. En revanche, le principe de nécessité, sans interférer avec un tel jugement de valeur, implique simplement qu'il n'y a pas d'assouplissement catégorique des critères utilisés pour l'appréciation purement factuelle (et, en tout cas, situationnelle) visant à déterminer si des mesures moins dommageables, mais d'égale efficacité, sont à disposition dans une situation donnée⁷⁵. Un ennemi qui peut être mis hors de combat par le biais de la capture ne doit pas être tué. Bien sûr, aux premières lignes de combat, il est presque toujours impossible de capturer un ennemi sans exposer ses propres troupes à un risque considérable ; par contre, dans d'autres situations

72 CICR, *op. cit.*, note 59, pp. 27-36.

73 *Ibid.*, pp. 77-82.

74 W. Hays Parks, « Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" study: no mandate, no expertise, and legally incorrect », dans *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, N° 3, 2010, p. 815 [traduction CICR].

75 Voir États-Unis, Department of the Air Force, Air Force Pamphlet (AFP 110-31), *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, Judge Advocate General Activities, 19 novembre 1976, para. 1-3(1), pp. 1-5 : il y est rappelé qu'« un conflit armé doit être conduit ... dans les limites des interdictions énoncées par le droit international, y compris les limitations inhérentes au principe de nécessité » [traduction CICR].

(comme, par exemple, lors de fouilles d'habitations⁷⁶ ou de barrages routiers), ce risque est souvent susceptible d'être atténué et ramené à un niveau tel qu'il devient obligatoire de capturer au lieu de tuer. La formulation du *Guide inter-prétatif*, selon laquelle « le type et le degré de force admissible ... ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent » est suffisamment souple pour s'adapter à ces différents scénarios⁷⁷.

*Distinction entre objectifs militaires et biens de caractère civil :
le problème du « double usage »*

Les difficultés liées à l'application du principe de distinction ne concernent pas seulement les personnes mais également les biens. Certes, le débat autour de la définition et de l'identification des objectifs militaires n'est pas nouveau. Il existait bien avant que l'expression « guerre asymétrique » ait été inventée et se soit popularisée. Néanmoins, cette problématique particulière prend davantage de relief pour deux raisons : le déplacement des hostilités à proximité des centres urbains, d'une part, et, d'autre part, les possibilités accrues d'utilisation de biens de caractère civil pour apporter une contribution effective à l'action militaire. Des discussions sont en cours au sujet des biens qui constituent un objectif militaire légitime, notamment en rapport avec ce que l'on nomme le « double usage » et les biens soutenant l'effort de guerre⁷⁸. Généralement parlant, il n'est pas contesté que les réseaux électriques, les installations industrielles et de communication, les réseaux informatiques et de téléphonie cellulaire, les systèmes de transport et autres infrastructures, y compris les aéroports et les chemins de fer (qui, tous, assument principalement des fonctions civiles) peuvent devenir des cibles militaires légitimes s'ils répondent aux critères énoncés à l'article 52, paragraphe 2, du Protocole additionnel I, reflétant également le droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés internationaux⁷⁹. De fait, chaque bien civil pourrait théoriquement devenir un objectif militaire, à condition qu'il remplisse cumulativement les critères prévus. Par exemple, même des sites religieux, des écoles ou des unités médicales peuvent devenir temporairement des objectifs militaires dans deux cas de figure : premièrement, s'ils apportent une contribution effective à l'action militaire en étant utilisés comme position de tir ou pour faire exploser des engins explosifs improvisés, ou encore pour permettre aux combattants

76 Pour des statistiques concernant les pertes civiles, voir Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan (MANUA), *Annual Report 2010: Protection of Civilians in Armed Conflict*, Kaboul, mars 2011, p. 29.

77 CICR, *op. cit.*, note 59, p. 80.

78 W. Hays Parks, « Asymmetries and the identification of legitimate military objectives », dans W. Heintschel von Heinegg et V. Epping, *op. cit.*, note 30, pp. 65-116.

79 Bien qu'il y ait débat autour de l'interprétation de l'article 52 du Protocole additionnel I, le libellé de cet article n'est pas contesté et il est indéniable que cette définition a acquis le statut de droit coutumier : voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 44, règle 8.

de se mettre à couvert ; deuxièmement, si leur destruction totale ou partielle offre un avantage militaire précis. L'expression « biens à double usage » est employée en langage familier, non juridique, pour désigner les biens de caractère civil utilisés à la fois à des fins militaires et à des fins civiles. Ainsi, en ce qui concerne les biens dits à « double usage », le problème n'est pas de savoir s'ils peuvent théoriquement devenir des objectifs militaires : il s'agit de définir dans quelles circonstances (et pour combien de temps), un attaquant peut juger qu'ils constituent des objectifs militaires légitimes.

De manière générale, la discussion porte sur le fait de savoir si uniquement des avantages militaires réels ou également des avantages militaires potentiels peuvent transformer un bien en objectif militaire légitime⁸⁰. Évidemment, si un bien dit « à double usage » est visiblement utilisé pour apporter une contribution effective à l'action militaire, sa qualification juridique ne posera pas de problèmes particuliers. Cependant, si ce bien n'est pas utilisé à cette fin, la détermination de son statut sera basée sur sa nature, sa destination (finalité) ou son emplacement. Cela pose problème car, en particulier, la distinction entre les deux critères que sont la nature et la destination d'un bien demeure quelque peu ambiguë. Si le critère de la destination est problématique, c'est en raison de la difficulté qu'il y a à déterminer le moment où il devient suffisamment clair (ou suffisamment raisonnable de supposer) qu'un bien donné a pour objet de contribuer effectivement à l'action militaire. Ce critère est par ailleurs ambigu, car il n'est pas absolument clair s'il vise à capturer la destination intrinsèque d'un bien donné (que laisserait supposer sa conception ou l'une de ses caractéristiques intrinsèques, rendant ainsi redondante la distinction entre « nature » et « destination » figurant à l'article 52, paragraphe 2, du Protocole additionnel I) ou la destination qu'une personne a (individuellement) assignée à ce bien. Le *Commentaire* du CICR parle de « l'usage futur » d'un bien, ce qui semble aller dans le sens de cette dernière interprétation⁸¹. Le critère de la nature du bien est quant à lui problématique car s'il était appliqué à des biens à « double usage », il transformerait catégoriquement et automatiquement ces biens en objectifs militaires légitimes, indépendamment de leur utilisation ou de leur destination réelles. Évidemment, cela rendrait redondante l'idée même de « double usage », ces biens entrant alors dans la catégorie des objectifs militaires⁸².

80 Françoise J. Hampson, « Proportionality and necessity in the Gulf conflict », dans *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 86, 1992, pp. 45 et 49 ; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 93 ; Michael Bothe, « The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia : comments on a report to the prosecutor of the TPIY », dans *European Journal of International Law*, Vol. 12, N° 3, 2001, p. 534.

81 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff, Genève, 1986, para. 2022.

82 Programme sur la politique humanitaire et la recherche sur les conflits (HPCR), Université de Harvard, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Commentary*, 2009, p. 109, disponible (en anglais) sur : <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/> (dernière consultation le 22 mars 2011).

Certains auteurs soutiennent en effet que, par exemple, les ponts et les voies ferrées devraient être considérés comme des objectifs militaires par nature⁸³. Dans la même veine, le commentaire d'un manuel récemment publié (*le Air et Missile Warfare Manual* du HPCR) se réfère à une opinion exprimée lors des délibérations du comité de rédaction de ce manuel. Il y est dit qu'en raison de leur nature, les objectifs militaires sont à diviser en deux sous-ensembles : d'une part, les « objectifs militaires par nature, en tout temps » et, d'autre part, « les biens qui ne deviennent des objectifs militaires par nature qu'en raison des circonstances prévalant à ce moment »⁸⁴. Le CICR est nettement en désaccord avec cette lecture. Il fait valoir que le critère de la nature d'un bien, par définition, se réfère à des attributs intrinsèques permanents. Par conséquent, pour le CICR, il ne peut y avoir aucun sous-ensemble composé d'« objectifs militaires par nature » ayant un caractère temporaire⁸⁵.

Le fait de suggérer des interprétations si larges de la définition des objectifs militaires reflète, là encore, certaines tentatives visant à étendre les concepts juridiques pertinents, de manière à remédier aux difficultés pratiques rencontrées dans l'identification des cibles militaires légitimes. Évidemment, le critère de la nature est beaucoup plus catégorique et abstrait, alors que celui de l'usage réel est plus souple et plus spécifique. En effet, ce dernier critère prend en considération la façon dont un bien donné est effectivement utilisé au moment de l'attaque. À l'inverse, le critère de la nature représente les caractéristiques intrinsèques de ce bien. De par sa conception même, le bien doit avoir un attribut inhérent qui, *eo ipso* et indépendamment de son utilisation réelle, apporte une contribution effective à l'action militaire⁸⁶. Ainsi, il paraît impossible de concilier, d'une part, le concept même d'« objectifs militaires par nature ayant un caractère temporaire » ou, en d'autres termes, d'« objectifs militaires par nature... en raison des circonstances prévalant à ce moment » et, d'autre part, la compréhension commune du « critère de la nature ». Pourtant, jusqu'à présent, il subsiste une certaine ambiguïté quant aux caractéristiques intrinsèques à prendre en compte. Traditionnellement, la catégorie des biens considérés comme des objectifs militaires par nature a été interprétée de manière assez étroite : elle a été comprise comme englobant, par exemple, des chars, des abris militaires fixes, des systèmes d'armes, des avions militaires ainsi que des entrepôts destinés au stockage des armes et des munitions. Si des ponts et des voies ferrées (c'est-à-dire des biens qui sont utilisés couramment et massivement à des fins civiles) devaient être considérés comme ayant des caractéristiques intrinsèques qui en font des objectifs militaires permanents par nature, indépendamment de leur utilisation effective, les autres critères de l'article 52, paragraphe 2, du Protocole additionnel I – emplacement, destination et utilisation – seraient largement redondants. Dit plus simplement, si un

83 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 79, p. 93.

84 HPCR, *op. cit.*, note 81, p. 109.

85 *Ibid.*, p. 109, note 261.

86 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 79, p. 88.

pont était considéré comme ayant des caractéristiques militaires intrinsèques, n'importe quel bien pourrait être défini comme un objet militaire par nature. Ce n'était pas là l'intention des rédacteurs du paragraphe 2 de l'article 52 du Protocole additionnel I. Cela ne correspond pas non plus à l'interprétation traditionnelle du « critère de la nature ». De fait, une telle interprétation viendrait en fin de compte affaiblir le principe de distinction. Au lieu de cela, les biens dits « à double usage », en particulier, n'ayant pas par nature un caractère militaire, ne devraient être attaqués que lorsque, véritablement, ils contribuent effectivement à l'action militaire de l'une des parties⁸⁷.

Il semble donc, à ce jour, que les normes qui définissent les biens constituant un objectif militaire légitime n'aient pas été contestées directement, ni modifiées⁸⁸. Cela tient peut-être au fait que la norme pertinente reconnaît que chaque bien de caractère civil peut devenir temporairement un objectif militaire dans certaines circonstances, décrites ci-dessus.

Le principe humanitaire de proportionnalité⁸⁹

Les lignes de distinction sont de plus en plus floues dans les conflits armés asymétriques. Il est donc d'autant plus important (et souvent plus difficile que jamais) d'évaluer avec soin la proportionnalité d'une attaque. Dans la pratique, l'application du principe humanitaire de proportionnalité exige de prendre un certain nombre de mesures. En premier lieu, une évaluation factuelle doit être menée afin de déterminer si l'on peut attendre d'une attaque planifiée contre un objectif militaire qu'elle cause « incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil... ». En deuxième lieu, il convient de déterminer quel « avantage militaire concret et direct » peut être attendu de l'attaque. En troisième lieu, si des pertes et/ou des dommages risquent d'être infligés aux civils, le commandant militaire qui décide de lancer ou non l'attaque doit déterminer, d'une part, la valeur de l'avantage militaire attendu et, d'autre part, la

87 En ce qui concerne les biens à double usage, le rapport présenté au procureur du TPIY a souligné que les critères énoncés à l'article 52 du Protocole additionnel I devaient être remplis dans chaque cas individuel et qu'une étiquette générale était insuffisante. « Final report to the prosecutor by the committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia », 8 juin 2000, pp. 47 et 55, disponible (en anglais) sur : http://www.TPIY.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf (dernière consultation le 22 mars 2011).

88 Lors de tirs interarmées en Afghanistan, par exemple, plusieurs facteurs doivent être pris en compte avant qu'une attaque soit autorisée. Il s'agit, *inter alia*, d'évaluer si une cible apporte ou non une contribution effective à l'action militaire de l'ennemi, et d'établir si sa destruction offre un avantage militaire précis (en d'autres termes, si c'est un objectif militaire). Voir *Guidance for the Application of Joint Fires*, Annex B to HQ ISAF SOP, daté 06, extrait présenté lors de l'atelier sur les règles d'engagement, Institut international de droit humanitaire, San Remo, 13-17 septembre 2010. Selon le document Joint Pub 3-09, *Doctrine for Joint Fire Support*, 12 mai 1998, p. I-1, les tirs interarmées sont des « tirs produits pendant l'emploi de forces appartenant à une ou plusieurs composantes, dans le cadre d'une action coordonnée en vue d'atteindre un objectif commun » [traduction CICR].

89 À propos de l'application du principe de proportionnalité dans les conflits armés non internationaux, voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 44, règle 14.

valeur attribuée aux dommages infligés aux civils. En dernier lieu, une pesée d'intérêts est nécessaire, au terme de laquelle une décision est prise quant à la valeur qui doit l'emporter sur l'autre⁹⁰. Certes, le DIH a pour objectif global de limiter au maximum le nombre de morts et de blessés au sein de la population civile ainsi que les dommages causés aux biens de caractère civil ; par contre, il n'impose pas de limite absolue quant aux « dommages collatéraux ». Un avantage militaire très conséquent pourrait donc justifier des dommages importants à des biens civils, voire un grand nombre de victimes civiles, c'est-à-dire des dommages collatéraux « considérables » mais pas « excessifs »⁹¹.

Facteurs à prendre en compte lors de l'évaluation de la proportionnalité

Les déficiences du principe humanitaire de la proportionnalité sont bien connues. De fait, la principale difficulté vient de la nécessité de mettre en balance, lors de l'évaluation, deux éléments aussi disparates que, d'une part, la vie et la santé de civils et, d'autre part, l'avantage militaire attendu. Il reste cependant largement admis qu'en période de conflit armé, il n'existe tout simplement pas d'alternative qui soit à la fois meilleure et aussi réaliste⁹². Cela est peut-être vrai, mais il doit également être clair que les détails du principe de proportionnalité et son application dans la pratique pourraient être davantage développés, et de manière plus concrète, qu'ils ne l'ont été jusqu'ici. À cet égard, le Rapport final au procureur présenté par le comité créé pour examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie a soulevé une série de questions instructives quant à l'application du principe humanitaire de la proportionnalité. Les questions suivantes ont notamment été posées : a) Quelles sont les valeurs relatives à attribuer à l'avantage militaire obtenu et aux blessures infligées à des non-combattants ou aux dommages causés aux biens de caractère civil ? b) Qu'incluez-vous, ou excluez-vous, au moment de totaliser vos sommes ? [et] c) Quel est l'étalon de mesure, dans le temps et dans l'espace ?⁹³ Le rapport a été publié le 13 juin 2000, mais même dix ans plus tard, les questions posées à propos du principe de proportionnalité demeurent aussi pertinentes qu'elles l'étaient à l'époque.

Les réponses données à ces questions par le DIH sont plutôt abstraites. Comme indiqué plus haut, le commandant militaire qui décide de lancer ou non une attaque doit déterminer la valeur relative attribuée, d'une part, à l'avantage militaire attendu et, d'autre part, aux dommages anticipés du côté des civils. Les orientations normatives portant sur la marge d'appréciation

90 Asbjørn Eide, « The laws of war and human rights: differences and convergences », dans Christophe Swinarski (éd.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 681.

91 À noter que le *Commentaire* du CICR rejette cet argument car le fait d'infliger des pertes et dommages civils très étendus irait à l'encontre des règles de base du Protocole. Voir Y. Sandoz *et al.*, *op. cit.*, note 80, para. 1980.

92 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 79, p. 122.

93 Rapport final au procureur du TPIY, *op. cit.*, note 86, para. 49.

laissée en matière d'identification de l'avantage militaire et d'évaluation de sa valeur relative sont plutôt fragiles. L'utilisation des adjectifs « concrets » et « directs » à l'article 51 alinéa 5 b) du Protocole additionnel I fait en sorte que seuls des avantages aux contours bien définis puissent être pris en considération. Le but est d'éviter ainsi l'inclusion de considérations abstraites telles que l'objectif global de gagner la guerre – en tant que but militaire suprême, cet objectif éclipserait *per se* presque tous les intérêts civils. Il semble toutefois y avoir un accord généralisé sur le fait que l'avantage militaire ne doit pas nécessairement ou exclusivement provenir de la destruction de l'objet précis de l'attaque, et que l'évaluation de l'avantage militaire attendu peut être effectuée en tenant compte de l'ensemble de la situation opérationnelle⁹⁴. S'appuyant sur l'article 8, paragraphe 2 b) iv) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, certains auteurs plaident en faveur de l'examen de l'ensemble de l'avantage militaire attendu d'une attaque en tant que question de droit général⁹⁵. Un avantage militaire global regrouperait les avantages militaires provenant de situations temporellement et géographiquement distantes. Dans ce contexte, il est intéressant de noter que lors de la Conférence de Rome, le CICR a déclaré que l'insertion du mot « global » dans la définition du crime ne pouvait être interprétée comme modifiant le droit existant⁹⁶.

Un corollaire du débat sur la portée de l'avantage militaire attendu réside dans la question de savoir à quel point les dommages civils indirects résultant d'une attaque doivent être pris en considération. L'éventail des opinions exprimées est large. Les positions modérées n'excluent pas l'examen des dommages civils indirects, mais elles essaient de définir où il conviendrait de tracer la ligne entre les dommages indirects pouvant être pris en compte et ceux qui ne devraient pas l'être⁹⁷. Le libellé de l'article 51, paragraphe 5 b) et de l'article 57, paragraphe 2 b) du Protocole additionnel I semble suggérer que le concept de pertes et dommages civils auxquels on doit s'attendre doit être interprété au moins de manière aussi large que la notion d'avantage militaire. Sinon, l'évaluation de la proportionnalité serait faussée dès le départ en faveur des considérations militaires. De plus, ces deux articles exigent explicitement

94 La plupart des États membres de l'OTAN, en ratifiant le Protocole additionnel I (tout comme d'autres États lorsqu'ils ont signé ou ratifié ce Protocole) ont fait des déclarations identiques, aux termes desquelles l'expression « avantage militaire » doit être comprise comme faisant référence à l'avantage attendu de l'attaque considérée dans son ensemble et non pas seulement de certaines parties isolées ou particulières de l'attaque.

95 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 79, p. 123; William J. Fenrick, « The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare », dans *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, pp. 111-112; Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 200 (« [l]'évaluation peut inclure un avantage militaire qui ne se cristallisera pas avant quelque temps » [traduction CICR]).

96 Document des Nations Unies A/CONF.183/INF/10 – International Committee of the Red Cross: Statement of 8 juillet 1998 Relating to the Bureau Discussion Paper in Document A/CONF.183/C.1/L.53, dans *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 juin-17 juillet 1998*, Documents officiels, Vol. III: Rapports et autres documents, p. 225, point 2.

97 I. Henderson, *op. cit.*, note 94, p. 208.

que l'avantage militaire attendu soit « concret » et « direct ». Or aucun qualificatif limitatif n'a été ajouté pour désigner les dommages causés incidemment aux civils ; l'adverbe « incidemment » a assurément un sens plus large que les adjectifs « concret » et « direct ». De la même manière, il semblerait que la conception de ce que l'on peut attendre d'une attaque – « ... pertes en vies humaines dans la population civile, ... blessures aux personnes civiles, ... dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages » – aille au-delà de ce qui est réellement « attendu » (l'avantage militaire). Ainsi, en ligne avec le principe fondamental selon lequel la population civile jouit d'une protection générale non seulement contre les attaques, mais également contre les opérations militaires en général, les répercussions sur la population civile prévisibles à long terme doivent être prises en compte dans le cadre de l'évaluation de la proportionnalité.

Dans le contexte du conflit armé en Afghanistan, les États-Unis, en particulier, ont apparemment élaboré un ensemble complexe de règles relatives au ciblage pré-planifié (délibéré), tenant compte des objectifs de la contre-insurrection⁹⁸. Avant tout engagement, la cible doit être identifiée (identification positive, ou PID en anglais)⁹⁹ et son engagement doit être autorisé conformément aux règles d'engagement en vigueur¹⁰⁰. La méthode connue sous son nom anglais de CARVER – *Criticality/criticité, Accessibility/accessibilité, Recuperability/récupération, Vulnerability/vulnérabilité, Effects/effets et Recognizability/repérage* (facilité d'identification de la cible) – énonce les critères permettant d'évaluer et de sélectionner les cibles. Chaque critère reçoit une valeur numérique (exprimant dans quelle mesure il est opportun d'attaquer la cible) qui est ensuite entrée dans une matrice de décision¹⁰¹. Avant que l'engagement délibéré d'une cible puisse être autorisé, une estimation des dom-

98 Pour une description détaillée du ciblage dans les opérations anti-insurrectionnelles en général, et en Afghanistan en particulier, voir M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 60, pp. 309-326. Voir également une description de la méthodologie CDM (Joint Targeting Cycle and Collateral Damage Estimation Methodology), District Court for the District of Columbia (États-Unis), *Nasser Al-Aulaqi c. Barack H. Obama, et al.*, Déclaration de Jonathan Manes, N° 10-cv-1469 (JDB), 8 octobre 2010 (en anglais).

99 « 'Identification positive' signifie qu'il existe une 'certitude raisonnable' que la cible proposée soit un objectif militaire légitime » [traduction CICR]. Center for Law and Military Operations, *op. cit.*, note 54, p. 96.

100 *Ibid.*, p. 103. À noter que si les règles d'engagement doivent demeurer dans les limites imposées par le DIH (c'est-à-dire qu'elles ne peuvent permettre que le ciblage d'objectifs militaires), elles peuvent par contre imposer, en matière de ciblage, des restrictions plus sévères pour des raisons politiques ou opérationnelles.

101 L'outil désigné sous le nom de CARVER a été initialement mis au point en tant que méthodologie d'analyse des cibles, à l'intention des *Special Operations Forces* des États-Unis. Il est utilisé pour évaluer la validité et les exigences d'une mission, tout au long du cycle de ciblage et de planification de la mission, et elle aide à sélectionner les meilleures cibles. Pour une définition des éléments, voir Joint Pub 3-05.5, *Joint Special Operations Targeting and Mission Planning Procedures*, 1993, p. II-8 et glossaire (en anglais). Voir également États-Unis, Field Manual FM 34-36, *Special Operations Forces Intelligence and Electronic Warfare Operations*, Department of the Army, 1991, Appendix D, remplacé par FM 3-05.102, *Army Special Operations Forces Intelligence*, Department of the Army, 2001, para. 2-68. Un exemple de méthode CARVER (modifiée) a été présenté lors de l'atelier sur les Règles d'engagement, organisé par l'Institut international de droit humanitaire, San Remo, 13-17 septembre 2010.

gages collatéraux doit être réalisée¹⁰². Il s'agit d'une méthodologie sophistiquée, englobant notamment la modélisation assistée par ordinateur, l'analyse du renseignement, le *weaponering* (processus visant à déterminer la quantité d'un certain type d'arme requise pour causer un niveau spécifique de dommage à la cible) et, enfin, le *human vetting* (filtrage humain), le but étant d'évaluer les éventuels dommages collatéraux et de déterminer à quel niveau une frappe pré-planifiée doit être approuvée¹⁰³. Les autres informations concernant la méthodologie utilisée en Afghanistan pour estimer les dommages collatéraux ne sont pas diffusées. Néanmoins, il semble que les technologies modernes permettent de calculer l'impact probable d'une attaque aérienne sur les bâtiments et autres biens se trouvant dans le voisinage de la cible. Les effets peuvent alors être illustrés par une ellipse sur une image de surveillance, et des codes de couleur peuvent indiquer le niveau de dommages attendu¹⁰⁴.

Le critère du « commandant militaire raisonnable »

Il est difficile de savoir comment doit être évalué le jugement de valeur inhérent à l'analyse de la proportionnalité. La controverse se poursuit quant à savoir si ce jugement doit être évalué en se fondant sur un critère subjectif ou objectif. Le Rapport final au procureur du TPIY a souligné le fait que l'attribution de valeurs relatives afin d'établir l'équation de proportionnalité pouvait varier selon le contexte et les valeurs de la personne à qui incombe la décision. Il a aussi relevé que, par conséquent, il y avait peu de chances pour qu'un avocat défenseur des droits humains et un commandant de combat expérimenté (ou que des commandants militaires ayant des origines doctrinales différentes et possédant différents degrés d'expérience de combat) attribuent les mêmes valeurs relatives à l'avantage militaire et aux dommages attendus¹⁰⁵. C'est en se fondant sur ce jugement de valeur (et non pas, comme on pourrait le penser, sur le fait que dans les théâtres d'opérations militaires, l'environnement peut ne pas se prêter à des évaluations factuelles rigoureuses) que tant le Rapport au procureur que la Chambre de première instance dans l'affaire Kupreškić sont parvenus à leur conclusion : il existe bel et bien, entre la légalité indiscutable et l'illégalité, des zones grises à l'intérieur desquelles il reste impossible d'établir si une violation du principe de proportionnalité a effectivement eu lieu¹⁰⁶.

102 Extrait du document Joint Forces Command Brunssum OPLAN 30302, présenté lors de l'atelier sur les Règles d'engagement, organisé par l'Institut international de droit humanitaire, San Remo, 13-17 septembre 2010. La méthodologie CDE formelle n'a pas besoin d'être utilisée dans les situations de légitime défense. Néanmoins, dans de telles situations, les principes de proportionnalité et de nécessité doivent être respectés. Voir Center for Law and Military Operations, *op. cit.*, note 54, p. 104.

103 M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 60, p. 311.

104 Voir, par exemple, Allemagne, Procureur général public de la Cour fédérale de Justice, Einstellungsvermerk, 3BJs 6/10-4, Karlsruhe, 16 avril 2010, p. 22, disponible sur : <http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (dernière consultation le 22 mars 2011).

105 « Rapport final au procureur du TPIY », *op. cit.*, note 86, para. 50.

106 *Ibid.*, para. 52 ; TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, Affaire N° IT-95-16-T, Jugement du 14 janvier 2000, para. 526.

Dans le domaine du droit pénal international, la note 36 des « Éléments des crimes » concernant l'article 8, paragraphe 2 b) iv) du Statut de Rome, explique que « l'avantage militaire » désigne « un avantage militaire que l'auteur pouvait prévoir avant de lancer l'attaque » ; la note 37 explique pour sa part que cet élément requiert que l'auteur effectue personnellement le jugement de valeur nécessaire¹⁰⁷. De son côté, le Rapport au procureur du TPIY a approuvé à juste titre un critère plus objectif. Selon le Rapport, s'agissant de décisions aussi cruciales que l'attribution de la valeur relative d'un avantage militaire et de la valeur relative des pertes civiles anticipées, le critère déterminant est celui dit du « commandant militaire raisonnable »¹⁰⁸. En effet, les exigences opérationnelles dans un conflit armé, ni ne requièrent ni ne justifient un critère purement subjectif de prise de décision. Bien sûr, le DIH doit prévoir des circonstances fluctuantes ainsi que la myriade d'incertitudes qui existent dans un conflit armé. Il doit aussi, afin de rester réaliste, laisser une marge d'appréciation aux soldats opérant sur le terrain. Il convient toutefois de bien distinguer la marge d'appréciation et le critère pertinent pour l'évaluation de la prise de décisions individuelles. Un critère objectivé de prise de décision – celui du « commandant militaire raisonnable » – ne réduit pas la marge d'appréciation dont dispose un soldat pour évaluer les réalités d'une situation, mais prévient tout simplement l'arbitraire dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Minimisation des risques pour ses propres forces

Dans les scénarios de conflits comme celui de l'Afghanistan, la question de la minimisation des risques pour ses propres forces est particulièrement pertinente pour chacune des parties impliquées. Des ennemis qu'il est impossible

107 Voir document ICC-ASP/1/3 relatant les travaux de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI). La note 37 introduit une exception aux exigences énoncées au paragraphe 4 de l'Introduction générale du document publié en 2008 par la CPI concernant les éléments des crimes : « Pour ce qui est des éléments psychologiques associés aux éléments faisant intervenir un jugement de valeur, comme ceux qui utilisent les mots « inhumains » ou « graves », il n'est pas utile que l'auteur ait lui-même porté un jugement de valeur, sauf indication contraire ». Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 161. Différentes opinions ont été exprimées au sujet de l'interprétation de la note 37. Néanmoins, de manière générale, un critère plutôt subjectif semble être approuvé en la matière. Il semble qu'il y ait un accord entre les États pour estimer que cette note ne devrait pas avoir pour résultat d'exonérer de sa responsabilité un auteur de crime qui connaît tant l'avantage militaire attendu que les pertes et les dommages pouvant être prévus, mais qui ne se préoccupe pas d'évaluer le caractère possiblement excessif des pertes ou dommages causés incidemment ; *ibid.*, p. 165.

108 Le « Rapport final au Procureur du TPIY », *op. cit.*, note 86, para. 50, déclare : « Bien qu'il y ait matière à discussion dans certains cas, nombreux seront les cas où des commandants militaires raisonnables conviendront que les blessures infligées aux non-combattants ou les dommages causés aux biens de caractère civil étaient clairement disproportionnés par rapport à l'avantage militaire obtenu » [traduction CICR]. Dans l'affaire Kupreškić, le TPIY a invoqué la Clause Martens en tant que référence minimum ; il a estimé, sur cette base, que les prescriptions des articles 57 et 58 du Protocole additionnel I soient interprétées « de manière à limiter le plus possible le pouvoir discrétionnaire d'attaquer les belligérants et à renforcer, par là même, la protection accordée aux civils ». TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, *op. cit.*, note 105, para. 525.

de repérer rendent particulièrement dangereuses les opérations sur le terrain. Naturellement, une partie à un conflit armé sera encline à limiter au maximum les risques courus par ses propres forces. La minimisation des risques pour les soldats peut cependant accroître le risque de pertes civiles. Cela est particulièrement évident si un choix doit être fait, par exemple, entre l'emploi de la puissance aérienne ou de forces terrestres, ou entre des opérations aériennes à basse ou à haute altitude. Encore une fois, il y a dix ans, le Comité chargé d'examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie a soulevé, dans son rapport au procureur du TPIY, la question de savoir si la réduction des risques pouvait être prise en considération en tant que critère pertinent lors de l'évaluation de la proportionnalité.

De manière générale, la protection et la préservation de ses propres forces constituent une considération légitime au regard du DIH. Tout le reste serait en contradiction avec les réalités d'un conflit armé. C'est pour cette raison que différents manuels militaires modernes définissent la nécessité militaire comme requérant des mesures pour vaincre l'ennemi « le plus rapidement possible, avec un minimum de moyens et de personnel », ou avec « un minimum de pertes en vies humaines et de ressources »¹⁰⁹. Néanmoins, cela ne répond toujours pas à la question de savoir si, et dans quelle mesure, le cadre du droit humanitaire contemporain laisse suffisamment de place à la prise en compte de la protection de ses propres forces dans le cadre d'une évaluation concrète de la proportionnalité réalisée avant une attaque spécifique.

Le DIH interdit toute tentative de prendre en compte les considérations générales qui pourraient l'emporter sur la protection de la population civile en général, ou des personnes civiles *per se*. L'article 51 alinéa 5 b) du Protocole additionnel I montre qu'une décision raisonnée, pesant le pour et le contre, doit être prise au cas par cas, et avant chaque attaque. Les affirmations catégoriques selon lesquelles toute considération particulière (ayant trait, par exemple, à la sécurité de ses propres forces) pourrait en soi l'emporter sur les intérêts civils ne sont pas autorisées. Le droit international humanitaire a pour vocation générale de protéger les civils et, en tout cas, de minimiser les pertes et les dommages qui pourraient leur être infligés. Une partie ne peut donc pas considérer ou invoquer la protection de ses propres forces comme prévalant catégoriquement sur la protection de la population civile ou sur la vie des personnes civiles. Cela n'exclut cependant pas l'examen des risques lors de la planification d'une attaque concrète et de la détermination d'un avantage militaire concret. À cet égard, deux problématiques doivent être distinguées : la sécurité de ses propres forces en général, d'une part, et la sécurité des forces attaquantes en particulier, d'autre part. Si « A » attaque les forces terrestres de

109 Royaume-Uni, ministère de la Défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, section 2.2; États-Unis, Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A, juillet 2007, par. 5.3.1. Il a été souligné que « les minima posés ... sur le plan des pertes en vies humaines et en matériel ne visent pas seulement l'assaillant, mais aussi l'assailli »; voir Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (éd.), *op. cit.*, note 80, para. 1397.

« B » et si, de ce fait, « B » en vient à demander un appui aérien pour contrer l'attaque et protéger ses forces terrestres, la préservation des forces terrestres de « B » constitue un avantage militaire qui peut être pris en compte, en plus de l'avantage militaire provenant de la destruction des troupes de « A ». La raison en est que les deux avantages (la destruction des troupes de « A » et la préservation des troupes de « B ») seront le résultat direct de l'attaque ; de fait, aucun de ces deux avantages ne se concrétisera avant que l'attaque ait eu lieu.

Néanmoins, la sécurité accrue des « forces assaillantes » ne constituerait pas, à proprement parler, le résultat de l'attaque. Elle se matérialise non pas du fait de l'attaque proprement dite, mais plutôt du fait de la décision stratégique (prise avant l'attaque) d'attaquer d'une certaine manière (à haute altitude, par exemple) plutôt que d'une autre (recours aux forces terrestres, par exemple). Si, dans un tel scénario, la sécurité des forces assaillantes pouvait être prise en compte dans l'équation de proportionnalité – *quid non* – le fait qu'un commandant ait choisi une méthode très sûre, et donc ostensiblement « militairement avantageuse » (des bombardements aériens, par exemple) signifierait que, vu l'avantage militaire accru offert par cette forme particulière d'attaque, un nombre plus élevé de victimes civiles pourrait être justifié. C'est là, évidemment, une pente très glissante. Dans le scénario évoqué, la prise en compte de la sécurité des forces assaillantes viendrait fausser l'évaluation de la proportionnalité en faveur des considérations militaires, et au détriment de la population civile à protéger. Cela ne signifie pas que les commandants militaires soient empêchés de prendre en considération la sécurité de leurs propres forces lors de la planification d'une attaque. De toute évidence, ils peuvent le faire. Mais, quel que soit le résultat de leur planification, chaque attaque qu'ils ont l'intention de lancer doit sans exception être menée en conformité avec le droit humanitaire. S'il est probable qu'un bombardement aérien causera des pertes civiles excessives, il ne doit pas avoir lieu. Dans ce cas, un commandant militaire dispose de plusieurs options : ne pas attaquer du tout ; recourir à des moyens et méthodes d'attaque alternatifs (pour lesquels il devra à nouveau procéder à une évaluation de la proportionnalité) ; enfin, attendre un changement dans les circonstances prévalant sur le terrain. Cela dit, en aucun cas, un bombardement aérien à haute altitude (même si une évaluation initiale de la proportionnalité a été négative) ne pourrait être justifié par l'argument faisant valoir qu'un tel bombardement est « plus sûr » et offre donc un plus grand avantage militaire que des formes alternatives hypothétiques d'attaque (telles qu'une sortie à basse altitude ou une attaque menée par des forces terrestres). Il est largement admis que les avantages militaires hypothétiques ne doivent pas compter dans le calcul de la proportionnalité¹¹⁰.

110 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 79, p. 93.

Précautions dans l'attaque

En matière de surveillance, les armées modernes disposent aujourd'hui de possibilités sans précédent. Les aéronefs sans pilote (drones), par exemple, peuvent contrôler une zone donnée de manière continue et pendant des périodes de temps significatives. Ils peuvent aussi fournir en temps réel des séquences vidéo aux personnes qui planifient les attaques et décident de les lancer¹¹¹. Dans les conflits asymétriques, malgré ces possibilités technologiques, les lignes de distinction brouillées empêchent souvent de procéder à une analyse précise de la zone cible et d'établir des prévisions fiables quant au risque de pertes et dommages civils. La détection et l'identification des cibles légitimes, de même que le maintien de cette identification dans les conditions réelles du champ de bataille, sont considérés par certains comme étant parmi les problèmes les plus difficiles auxquels sont confrontées les armées modernes participant à des combats¹¹². Dans la présente section, seules seront examinées deux précautions dans l'attaque, à savoir la vérification des cibles et l'efficacité des avertissements. L'analyse se concentrera tout particulièrement sur les capacités des forces militaires internationales.

Vérification des cibles

Quelle quantité et quelle qualité d'informations concernant un objectif militaire un attaquant doit-il obtenir avant d'exécuter une attaque ? Est-il suffisant de s'appuyer exclusivement sur la surveillance aérienne ? Au contraire, l'activité de renseignement humain sur place est-elle requise ? Le DIH ne fournit pas, et ne peut pas fournir, de réponse générique claire à ces questions. Selon l'article 57, paragraphe 2 a) i) du Protocole additionnel I, ceux qui préparent ou décident une attaque doivent faire « tout ce qui est pratiquement possible » pour vérifier que les objectifs à attaquer sont des objectifs militaires¹¹³. Il s'ensuit que les réponses aux questions soulevées ci-dessus dépendent de ce qui est « pratiquement possible » dans les circonstances données d'une attaque spécifique. Par exemple, aussi longtemps que le personnel militaire ne se trouve pas confronté à un danger imminent, la Directive tactique de juillet 2009 de la FIAS semble exiger que l'on procède à une analyse des modes vie (*pattern of life*) sur 48 heures, avec surveillance aérienne ou sur le terrain, afin de s'assurer que des civils ne se trouvent pas dans un groupe d'habitations, avant d'ordonner une attaque aérienne¹¹⁴. Au cours de la rédaction du Protocole additionnel I,

111 Jack M. Beard, « Law and war in the virtual era », dans *American Journal of International Law*, Vol. 103, N° 3, 2009, p. 433.

112 I. Henderson, *op. cit.*, note 94, p. 164.

113 À propos de l'application de cette règle dans les conflits armés non internationaux, voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 44, règle 16.

114 Rajiv Chandrasekaran, « Petraeus reviews directive meant to limit Afghan civilian deaths », dans *The Washington Post*, 9 juillet 2010. Voir également, FIAS/ISAF, *Tactical Directive*, 6 juillet 2009, disponible (en anglais) sur : http://www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical_Directive_090706.pdf

les mots « tout ce qui est pratiquement possible » ont fait l'objet de longues discussions¹¹⁵. Le projet initial proposé à la Conférence de 1971 des experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés avait prévu le mot « assurer », mais il n'a finalement pas été retenu¹¹⁶. L'expression « pratiquement possible », préférée à « raisonnable », a été comprise comme signifiant « ce qui est faisable ou pratiquement faisable »¹¹⁷. À cela, certaines délégations ont ajouté que pour déterminer ce qui était faisable ou pratiquement faisable, il convenait de prendre en compte « toutes les circonstances au moment de l'attaque, y compris celles qui sont liées au succès des opérations militaires »¹¹⁸. Comprise de cette manière, l'exigence de faisabilité semble viser non seulement ce qui est objectivement ou pratiquement possible, mais aussi ce qui est considéré comme positif du point de vue du commandement militaire. Une telle lecture élargie de l'exigence de faisabilité viendrait ajouter un autre élément, plutôt subjectif, à l'évaluation. Une comparaison avec l'article 57, paragraphe 2 c) du Protocole additionnel I montre cependant que lorsqu'une exigence si importante est réellement prévue, elle est exprimée en termes explicites. Ce paragraphe exige en effet qu'un avertissement soit donné par des moyens efficaces « à moins que les circonstances ne le permettent pas ». Aucune exigence aussi explicite quant à la vérification du statut d'un objectif à attaquer n'a été incluse dans l'obligation énoncée à l'article 57, paragraphe 2 a) i) du Protocole. Une interprétation du critère de faisabilité qui inclurait l'invocation du succès des opérations militaires est donc rejetée par le *Commentaire* du CICR comme étant trop large et constituant une voie possible de se dérober à l'obligation de prendre les mesures

(dernière consultation le 22 mars 2011). Une analyse des « modes de vie », y compris par le biais de la surveillance effectuée par un drone Predator, a également été réalisée en vue du ciblage d'un commandant militaire, haut responsable du Hezb-e islami Gulbuddin (HiG) en novembre 2006. Étude de cas présentée lors de l'Atelier sur les règles d'engagement organisé par l'Institut international de droit humanitaire, San Remo, 13-17 septembre 2010.

115 Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (éd.), *op. cit.*, note 80, para. 2198.

116 CICR, *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Volume III : Protection de la population civile contre les dangers des hostilités*, 1971, p. 136.

117 CICR, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (1974-1977)*, Vol. 15, p. 285. Une évaluation de la faisabilité est nécessairement contextuelle et ce qui est faisable dépend également des moyens de reconnaissance dont dispose l'assaillant. Il est donc généralement accepté que, dans la pratique, les parties possédant un avantage technologique soient tenues de respecter des normes plus élevées que les parties qui n'ont pas à leur disposition des moyens de reconnaissance aussi avancés. Voir également Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II annexé à la Convention de 1980 sur les armes classiques), Genève, 10 octobre 1980, dont l'article 3 4) stipule : « Par précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire ».

118 Voir, par exemple, les déclarations faites par le Royaume-Uni, la Turquie, l'Allemagne, le Canada et les États-Unis, CICR, *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (1974-1977)*, Vol. 6, pp. 211, 214, 224, 226 et 241 respectivement.

de précaution prévues par l'article 57, paragraphe 2 a) i) du Protocole I¹¹⁹. Cela est certainement correct. Après tout, la vérification du statut de l'objectif est une condition fondamentale pour toute application du principe de distinction.

Indépendamment de ce débat particulier, la formulation « faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier » semble impliquer qu'en dépit de l'incertitude qui subsiste – alors que tout ce qu'il était pratiquement possible de faire a été fait, mais que le doute persiste quant au statut de la cible à attaquer – un commandant militaire serait autorisé à lancer l'attaque. Le *Commentaire* du CICR rejette une lecture aussi accommodante de l'obligation de vérifier le statut d'un objectif avant une attaque. Selon le *Commentaire*, un commandant qui planifie une attaque doit « en cas de doute, même léger, ... demander des renseignements complémentaires et ordonner éventuellement de nouvelles recherches »¹²⁰. Cette norme, qui exige l'élimination du doute quant au statut d'un objectif, a été critiquée comme étant trop stricte¹²¹. Cela étant, le fait d'autoriser des attaques en dépit des doutes qui subsistent quant au statut d'un objectif viendrait saper de manière considérable le principe de distinction. En effet, aussi longtemps que le doute demeure, le DIH énonce certaines présomptions en faveur du statut protégé (article 50, paragraphe 1 et article 52, paragraphe 3 du Protocole additionnel I)¹²². Ces présomptions seraient vidées de leur sens si des attaques devaient être autorisées alors même qu'un doute subsiste.

Ceci est encore plus important du fait que le critère de l'absence de doute ne peut pas, à lui seul, garantir que seuls des objectifs militaires soient pris pour cible. Cela a notamment été démontré lors de l'attaque aérienne lancée dans la province de Kunduz, le 4 septembre 2009, contre deux camions-citernes transportant du carburant et tombés aux mains de l'opposition armée. Le procureur général allemand est parvenu à la conclusion que le colonel allemand mis en accusation était convaincu (conformément au critère du « commandant militaire raisonnable ») qu'il ne se trouvait pas de civils dans le voisinage des camions. Le colonel avait consulté à de multiples reprises, sur plusieurs heures, les vidéos provenant d'avions de la FIAS ainsi que les renseignements fournis par un informateur dont la crédibilité n'a pas été contestée. En outre, il avait ordonné que l'équipage de l'aéronef procède à l'identification positive de la cible afin d'établir la présence d'armes. Ne s'attendant pas à ce que des civils soient présents au moment de la frappe aérienne (01 h 49), le commandant avait

119 Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (éd.), *op. cit.*, note 80, para. 2198.

120 *Ibid.*, para. 2195. Le *Commentaire* du CICR exige en outre que l'appréciation des informations obtenues comprenne un « contrôle sérieux de leur véracité ».

121 I. Henderson, *op. cit.*, note 94, p. 163.

122 Les présomptions présentes à l'article 51 para. 1 et à l'article 52 para. 3 du Protocole additionnel I ont toutefois continué à faire l'objet de controverses. En particulier dans le cas des conflits armés non internationaux, aucune règle claire ne régit les situations où un doute existe quant au caractère (statut) d'une personne. Il semble cependant approprié que, s'agissant de déterminer le statut des personnes, la même approche soit exigée que lors des conflits armés internationaux. Voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 44, règle 6.

refusé une manœuvre préalable de « démonstration de force » visant à disperser les personnes se trouvant sur le terrain (et qui étaient toutes supposées être des combattants de l'opposition armée)¹²³. Or, il s'est finalement avéré qu'une grande partie des victimes étaient des civils¹²⁴.

Il est certes vrai – et peut-être plus encore dans les conflits asymétriques – que les décisions de ciblage doivent souvent être prises dans le « brouillard de la bataille » et qu'il n'est pas toujours possible d'atteindre une « précision clinique »¹²⁵. Cela dit, le brouillard de la bataille comporte autant de risques pour les soldats en opération que pour les civils, souvent pris au piège des combats. Rien, dans le cadre juridique humanitaire, n'indique que des incertitudes factuelles peuvent entraîner, sur le plan du droit, une diminution de la protection due aux civils. Ainsi, alors que le brouillard de la bataille ne permet pas toujours d'atteindre une précision clinique dans la prise de décision, il peut très bien être prétendu que c'est précisément pour tenir compte de ce brouillard, et que c'est précisément parce que les conflits sont très dynamiques et que les circonstances changent rapidement, que le DIH exige la vérification des cibles et interdit de lancer une attaque en cas de doute.

Avertissements efficaces

En vertu de l'article 57, paragraphe 2 (c) du Protocole additionnel I, ainsi qu'en vertu du droit coutumier, un avertissement doit être donné par des moyens efficaces dans le cas d'attaques « *pouvant affecter la population civile ... à moins que les circonstances ne le permettent pas* »¹²⁶. Du fait des lignes de distinction toujours plus floues, l'obligation d'avertir ne cesse de prendre de l'importance sur le plan humanitaire. Laissons de côté la question de savoir quels types d'avertissement peuvent être qualifiés d'avertissements préalables donnés « par des moyens efficaces » et quelle interprétation il convient de donner à l'expression « à moins que les circonstances ne le permettent pas ». L'obligation prévue par l'article 57, paragraphe 2 c) du Protocole additionnel I dépend entièrement du fait qu'une attaque peut ou non « affecter la population civile ». Dans le contexte de l'incident de Kunduz du 4 septembre 2009, le Bureau du procureur général allemand n'a pas tenu compte de l'existence d'une obligation d'avertir, en partant du prin-

123 Allemagne, procureur général public de la Cour fédérale de justice, *op. cit.*, note 103. Il convient de noter que les frappes aériennes semblent avoir été limitées aux situations de troupes au contact. Le commandant allemand a finalement placé la situation dans la catégorie de « menace imminente », au motif qu'il craignait que les camions soient utilisés contre les Équipes provinciales de reconstruction à Kunduz ou soient préparés en vue d'attaques ultérieures. *Ibid.*, p. 23.

124 Voir, par exemple, *ibid.*, p. 36 et suiv.; Christoph Reuter, « Entschädigung für die Kundus-Opfer steht », dans *Stern*, 5 août 2010, disponible sur : <http://www.stern.de/politik/ausland/tankklaster-angriff-in-afghanistanentschaedigung-fuer-die-kundus-opfer-steht-1590279.html> (dernière consultation le 22 mars 2011); voir aussi James Sturcke et David Batty, « Nato air strike in Afghanistan kills scores », dans *The Guardian*, 4 septembre 2009.

125 Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 279.

126 J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 44, règle 20, italiques ajoutés.

cipe qu'il n'était pas prévu que des civils soient affectés par l'attaque sur le point d'être lancée¹²⁷. Par voie de conséquence, le procureur n'a pas eu à tenter de répondre aux questions formulées ci-dessus, c'est-à-dire à chercher de savoir si les circonstances auraient ou non permis de donner un avertissement. Dans la même veine, un document de l'armée de l'air des États-Unis indique qu'aucun avertissement n'est nécessaire si des civils ne sont pas susceptibles d'être affectés par l'attaque¹²⁸. Sans doute un peu plus restrictif, le Manuel militaire du Royaume-Uni considère qu'un avertissement n'est pas nécessaire si aucun civil ne subsiste dans la zone sur le point d'être attaquée¹²⁹. Néanmoins, compte tenu de la dynamique des conflits armés asymétriques modernes et au vu des lignes de distinction toujours plus floues, peut-on – en restant réaliste – exclure la possibilité d'une attaque (aérienne) « pouvant affecter la population civile » ? En particulier dans le cas d'attaques aériennes et de bombardements, il semble qu'une telle possibilité ne pourrait presque jamais être exclue de manière certaine. Du point de vue ex-post, l'incident de Kunduz témoigne de cette réalité. Certes, le mot « pouvant » utilisé dans l'article 57, paragraphe 2 c) du Protocole signifie qu'aucun degré de certitude n'est exigé quant à savoir si une attaque va réellement affecter les civils : la simple possibilité de tels effets suffit. Ainsi, le critère relatif aux attaques « pouvant affecter la population civile » devrait être interprété de manière large. L'obligation d'avertir existe, sauf s'il est possible d'exclure que l'attaque affectera la population civile : il serait difficile de prétendre que c'est là une norme excessivement astreignante. Après tout, l'article 57, paragraphe 2 c) du Protocole permet toujours explicitement de tenir compte des circonstances de la situation, y compris des considérations d'ordre militaire¹³⁰. Ainsi, même en se fondant sur une compréhension élargie des conditions dans lesquelles une attaque peut « affecter la population civile », l'article du Protocole n'exigerait pas catégoriquement qu'un avertissement précède chaque attaque. Les commandants militaires conserveraient une grande marge d'appréciation pour déterminer si les circonstances permettent véritablement ou non un avertissement.

Les différents paradigmes du maintien de l'ordre et de la conduite des hostilités : les points de contrôle des véhicules en Afghanistan en tant que cas d'espèce

Dans les conflits armés contemporains (l'Afghanistan constituant à cet égard un cas d'espèce), il semble souvent difficile d'établir si certaines opérations sont régies par le « paradigme du maintien de l'ordre » ou par le « paradigme

127 Voir (en allemand) la déclaration du Bureau du procureur fédéral, du 19 avril 2010, para. 2, disponible sur : <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?searchstring=Klein&newsid=360> (dernière consultation le 22 mars 2011).

128 États-Unis, *Air Force Pamphlet* (1976), para. 5-3 c) 2) d).

129 Royaume-Uni, *Military Manual* (1958), para. 291.

130 Le *Commentaire* du CICR précise que « l'avertissement peut présenter des inconvénients lorsque la soudaineté de l'attaque est une condition de son succès » : voir Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (éd.), *op. cit.*, note 80, para. 2223.

de la conduite des hostilités»¹³¹. La distinction est particulièrement pertinente, car les contraintes limitant l'usage de la force peuvent différer considérablement. Alors que le paradigme des hostilités est principalement régi par les règles spécifiques relatives à la conduite des hostilités, le paradigme du maintien de l'ordre est essentiellement régi par les normes relatives aux droits humains (à condition, cependant, que l'applicabilité de ces dernières normes soit établie dans les circonstances spécifiques)¹³². Dans le contexte d'un conflit armé, le DIH peut prévaloir sur l'interprétation des normes relatives aux droits humains, ou tout au moins l'influencer¹³³.

Dans le contexte de l'Afghanistan, les points de contrôle de véhicules offrent un exemple frappant de situation où les deux paradigmes peuvent potentiellement se chevaucher. Ces checkpoints constituent des éléments de sécurité importants en Afghanistan, et tant la FIAS et l'opération Liberté immuable que les forces gouvernementales afghanes les utilisent comme moyen de contrôler les personnes, de saisir armes et drogues et d'arrêter des membres présumés de l'opposition armée¹³⁴. Dans le même temps, les points

131 À propos de cette terminologie et de la définition de ces paradigmes, voir Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, en particulier pp. 85-90 et 269-298 respectivement.

132 Un débat considérable a lieu autour de la question de l'application extraterritoriale des droits humains. Voir, *inter alia*, Jann K. Kleffner, « Human rights and international humanitarian law: general issues », dans Terry D. Gill et Dieter Fleck (éd.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 69 et suiv. ; et enfin, N. Lubell, *op. cit.*, note 59, pp. 193-235. Par exemple, en vertu de l'article premier de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis [dans la Convention] ». Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie en particulier sur le critère du « contrôle effectif » pour affirmer l'applicabilité extraterritoriale des droits humains. Voir, CEDH, *Loizidou c. Turquie*, Exceptions préliminaires [GC], 23 février 1995, para. 61-64 ; CEDH, *Öcalan c. Turquie*, Arrêt [GC], 12 mai 2005, para. 91 ; CEDH, *Al-Saadon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Décision d'admissibilité, 30 juin 2009, para. 87-88. Par rapport à celui de la Convention européenne, le libellé du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) est plus ambigu : en effet, aux termes de son article 2(1), « [L]es États parties ... s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte ». Néanmoins, le Comité des droits de l'homme (CDH) a affirmé la possible application extraterritoriale dans plusieurs cas. Voir tout particulièrement, CDH, Observation générale N° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 26 mai 2004, Document Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 10 ; CDH, Observations finales : États-Unis d'Amérique, 2006, Document Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3, para. 10 ; CDH, *Lopez Burgos c. Uruguay* (Communication N° 52/1979), 29 juillet 1981, Document Nations Unies CCPR/C/13/D/52/1979, para. 12. Enfin, l'article premier de la Convention américaine relative aux droits de l'homme stipule que « [l]es États parties s'engagent à respecter les droits et les libertés [reconnus dans la Convention] et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence ». Voir, par exemple, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Armando Alejandro, Jr., et al. v. Republic of Cuba*, Case Report N° 86/99, 29 septembre 1999, para. 23.

133 Cour internationale de Justice (CIJ), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil 1996, para. 25 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil 2004, para. 106. Voir également Orna Ben-Naftali et Yuval Shany, « Living in denial: the application of human rights in the Occupied Territories », dans *Israel Law Review*, Vol. 37, N° 1, 2003-2004, pp. 103-105.

134 Brian Hutchinson, « Assignment Kandahar: checkpoint 5-1 », dans *National Post*, 10 août 2010 ; Mandy Clark, « Afghan checkpoints key in battle for Kandahar », dans *CBS News*, 3 août 2010.

de contrôle peuvent également être considérés comme un moyen d'entraver les mouvements de l'ennemi : ils peuvent donc, à ce titre, devenir la cible réelle d'attaques ennemies¹³⁵. Cela soulève une question : aux postes de contrôle des véhicules, l'usage de la force est-il régi par le paradigme des hostilités (étant donné que ces checkpoints constituent au moins partiellement, sinon principalement, également des mesures de sécurité) ou par le paradigme du maintien de l'ordre ? N'est-il pas en fait régi par les deux paradigmes ? Une ambiguïté similaire peut se présenter dans le cas de convois ou de patrouilles ainsi que lors de fouilles d'habitations.

En Afghanistan, comme mentionné précédemment, le DIH s'applique dans l'ensemble du territoire, indépendamment du lieu où les combats se déroulent¹³⁶. En conséquence, le DIH s'applique potentiellement également aux checkpoints et les régit. Bien que le DIH ne fasse aucune mention explicite des points de contrôle, il est indéniable qu'au regard de ce droit, les parties à un conflit armé sont autorisées à mettre en place de tels dispositifs de contrôle et à prendre des mesures de sécurité similaires, telles que les fouilles d'habitations. Certaines règles du DIH incluent implicitement l'établissement de points de contrôle en tant que mesures de sécurité. Dans les conflits armés internationaux, par exemple, le DIH prévoit des mesures de sécurité et de contrôle ayant trait aux personnes protégées¹³⁷. De plus, en cas d'occupation, la puissance occupante est tenue de prendre des mesures pour rétablir et assurer l'ordre public et la sécurité¹³⁸. Dans les conflits armés non internationaux, la base juridique éventuelle concernant les postes de contrôle se trouve principalement dans la législation nationale. Qui plus est, dans le contexte particulier de l'Afghanistan, les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU autorisent les États à prendre « toutes les mesures nécessaires » pour répondre, entre autres, aux préoccupations de sécurité dans le pays¹³⁹.

Par ailleurs, conformément au principe de distinction, les opérations militaires liées à la conduite des hostilités ne doivent être dirigées que contre des objectifs militaires légitimes. Par conséquent, les attaques ne doivent pas être dirigées contre des civils ou des biens civils¹⁴⁰. Dans le même temps, il est

135 Voir, par exemple, « Rebuilding an Afghan military checkpoint », dans *OUT On The Porch*, 29 novembre 2010, disponible sur : <http://outontheporch.org/2010/11/29/rebuilding-an-afghan-military-checkpoint/> (dernière consultation le 22 mars 2011).

136 Voir TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, *op. cit.*, note 7, para. 68 et 69 ; TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, *op. cit.*, note 27, para. 635.

137 Voir l'article 27 4) de la IV^e Convention de Genève.

138 Voir l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907.

139 Voir, en particulier, résolution 1943 du Conseil de sécurité des Nations Unies, du 13 octobre 2010, et résolution 1890 du Conseil de sécurité des Nations Unies, du 8 octobre 2009. Concernant le mandat de la FIAS, voir résolution 1386 du Conseil de sécurité des Nations Unies, du 20 décembre 2001 et résolution 1510 du Conseil de sécurité des Nations Unies, du 13 octobre 2003.

140 Voir les articles 48, 51 2) et 52 2) du Protocole additionnel I ; voir aussi l'article 13 2) du Protocole additionnel II. Voir également J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 44, règles 1 et 7. Pour un commentaire sur les attaques, voir Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (éd.), *op. cit.*, note 80, para. 4783 et 1882, définissant les attaques simplement comme « l'emploi de la force des armes pour réaliser une opération militaire ».

admis que les hostilités et les opérations militaires qui y sont liées peuvent affecter les civils : c'est la raison pour laquelle ces derniers « jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires »¹⁴¹. De cette disposition, il devrait découler, *a majore ad minus*, que puisqu'il autorise les mesures de sécurité dans certaines situations et même des opérations militaires liées aux hostilités qui peuvent affecter les civils, le DIH doit également permettre de mettre en place des points de contrôle touchant les civils, à condition que ces mesures ne constituent pas une attaque directe contre les civils, et qu'elles soient conformes aux autres règles humanitaires.

Pour décider si l'usage de la force aux points de contrôle des véhicules est régi par les normes du paradigme du maintien de l'ordre ou par les normes du paradigme des hostilités, il convient de s'appuyer sur le principe de la *lex specialis*, selon lequel ce sont les règles offrant la réglementation la plus détaillée et la plus spécifique qui devraient avoir préséance¹⁴². Par conséquent, il est clair que si des combattants exerçant une fonction de combat continue ou des civils participant directement aux hostilités se rapprochent d'un poste de contrôle ou d'un convoi, ils constituent des objectifs militaires légitimes. Ils peuvent donc être pris pour cibles conformément aux règles particulières relatives à la conduite des hostilités¹⁴³. Cependant, en dehors de la conduite des hostilités (lorsque, par exemple, aux postes de contrôle ou lors de fouilles d'habitations, les forces afghanes ou les forces de la FIAS ou de l'opération Liberté immuable exercent leur autorité ou leur pouvoir sur des personnes protégées contre les attaques directes, ou lorsque ces forces sont en état de légitime défense individuelle, ou encore lorsqu'il existe un doute quant au statut des personnes concernées), l'usage de la force est régi par le paradigme du maintien de l'ordre, c'est-à-dire par le droit des droits de l'homme et, également, par le DIH¹⁴⁴. Le DIH qui régit les conflits non internationaux interdit de tuer les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ainsi que les personnes hors de combat¹⁴⁵.

141 Voir les articles 51 1) du Protocole additionnel I et 13 1) du Protocole additionnel II. Voir également Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (éd.), *op. cit.*, note 80, para. 1935-1936 (PA I) et 4761-4771 (PA II).

142 Nils Melzer, « Law enforcement and the conduct of hostilities », dans T. D. Gill et D. Fleck, *op. cit.*, note 131, p. 42.

143 *Ibid.*, pp. 43 and 44.

144 N. Melzer, *op. cit.*, note 130, pp. 174-175 et 277. À propos de l'argument selon lequel les checkpoints en territoire occupé sont régis par le droit national et le droit des droits de l'homme, voir Marco Sassòli, « Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, pp. 665-666. L'Afghanistan a ratifié le 24 avril 1983 le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 23 mars 1976. Ce traité a donc force obligatoire pour toutes les forces afghanes qui opèrent un checkpoint. Pour les forces de la coalition, les obligations applicables dans le domaine des droits de l'homme dépendent en fait des traités que les différents États ont ratifiés (ce qui soulève la question de savoir si, et dans quelle mesure, ces instruments des droits de l'homme sont applicables de manière extraterritoriale). En outre, le statut et les droits de la FIAS sont spécifiés dans le « Military technical agreement : between the International Security Force (ISAF) and the interim administration of Afghanistan (« Interim Administration ») » du 4 janvier 2002, publié dans *International Legal Materials*, Vol. 41, N° 5, 2002, p. 1032.

145 Voir l'article 3 commun et l'article 4 (2) (a) du Protocole additionnel II ; voir aussi J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 44, règle 89.

En dehors de la conduite des hostilités, cependant, le DIH et ses principes généraux ne fournissent pas de directives suffisantes quant à l'utilisation légitime de la force dans les opérations de sécurité liées à un conflit armé non international. Le recours au droit des droits de l'homme dans le but d'encadrer les modalités de l'usage de la force peut donc être justifié¹⁴⁶.

La distinction basée sur le principe de la *lex specialis* semble simple d'un point de vue juridique. Néanmoins, il peut se présenter dans la pratique des situations où il est, à vrai dire, beaucoup plus difficile d'évaluer quel paradigme doit prévaloir. Dans le cas d'un véhicule qui roule sans ralentir, ou même en accélérant, en direction d'un poste de contrôle, il sera très difficile (voire totalement irréaliste) de chercher à savoir si le conducteur est un combattant, un civil participant directement aux hostilités, ou un civil protégé contre les attaques directes. Comment déterminer, en ce cas, si ce sont les normes régissant la conduite des hostilités ou les normes plus restrictives relevant du maintien de l'ordre qui sont applicables ? La décision de recourir à une force potentiellement létale doit être prise en quelques secondes seulement. Si, par exemple, le premier signal (de s'arrêter) se situe à 200 mètres du poste de contrôle et si un véhicule approche à environ 90 km/h, un soldat n'aura qu'un instant pour passer en revue les procédures relatives à l'escalade de la force et décider si recourir (ou non) à une force potentiellement létale. Il n'est cependant pas certain que, dans un tel scénario, les normes du droit international humanitaire et celles des droits de l'homme diffèrent grandement.

Comme décrit ci-dessus, le DIH exige que chaque partie au conflit fasse « tout ce qui est pratiquement possible » pour vérifier que les cibles sont des combattants ou des civils participant directement aux hostilités (en d'autres termes, pour vérifier que ces cibles sont des objectifs militaires). Ce n'est que si une évaluation minutieuse ne laisse aucun doute quant à son statut d'objectif militaire légitime qu'une personne peut être prise directement pour cible conformément aux règles relatives à la conduite des hostilités. Si le doute persiste, ou si la conclusion, par exemple, est qu'un véhicule qui se rapproche et/ou ses occupants ne constituent pas un objectif militaire, l'usage d'une force potentiellement létale est régi par les normes relevant du maintien de l'ordre. Conformément au droit des droits de l'homme – à condition qu'il s'applique¹⁴⁷ – dans le cas d'un véhicule qui se rapproche, une force potentiellement létale ne peut être utilisée contre lui que s'il représente une menace imminente dans les circonstances de la situation donnée. L'usage de la force doit être strictement nécessaire pour protéger les troupes (dans un convoi) ou les effectifs d'un poste de contrôle, ou toute autre personne, contre des blessures graves ou la mort, ou pour arrêter ou empêcher l'évasion d'une personne soupçonnée d'avoir commis un crime grave¹⁴⁸. En plus du critère selon lequel l'usage de la force doit être

146 Voir O. Ben-Naftali et Y. Shany, *op. cit.*, note 132, pp. 104-105.

147 Voir note 131 ci-dessus.

148 Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/L/V/II.116, Doc. 5 rev 1 corr., 22 octobre 2002, para. 86-92; *Report of the Special Rapporteur on*

proportionné à la menace aiguë qui se présente, la privation de la vie est aussi considérée comme « arbitraire », si des mesures de précaution raisonnables auraient pu éviter ou minimiser l'usage de la force¹⁴⁹. Parmi ces précautions figurent notamment les avertissements et le fait de donner la possibilité de se rendre¹⁵⁰, de disposer d'un équipement adéquat¹⁵¹ et, enfin, de recevoir une formation¹⁵².

Les procédures relatives à l'escalade de la force qui semblent contenir déjà une vaste gamme de mesures de précaution non létales¹⁵³ sont donc très importantes. Elles constituent des précautions possibles qui facilitent l'évaluation visant à établir si un véhicule qui approche représente, oui ou non, une menace à laquelle il peut être répondu avec une force potentiellement létale.

Les nouvelles technologies sur le champ de bataille : l'utilisation de drones en Afghanistan

L'utilisation de drones en Afghanistan – en particulier de drones de combat qui sont capables de lancer des attaques dans des régions reculées – a fait l'objet

Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, op. cit., note 64, para. 32; CDH, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, N° 45/1979, 31 mars 1982, CCPR/C/15/D/45/1997, para. 13.2.

149 Voir, par exemple, CDH, *Suarez de Guerrero v. Colombia, op. cit.*, note 147, para. 13.2-13.3. La Convention européenne des droits de l'homme a prévu un système similaire, mais légèrement différent. En vertu de l'article 2 2) de la Convention, « [l]a mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire » pour atteindre l'un des buts énumérés. À l'instar des autres mécanismes relatifs aux droits de l'homme, la Cour européenne exige également que l'usage de la force soit proportionné et que des précautions soient prises afin d'éviter ou minimiser, dans toute la mesure du possible, tout risque pour la vie ou le recours à la force létale. Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Ergi c. Turquie*, n° 66/1997/850/1057, arrêté du 28 juillet 1998, para. 79-81. À propos des exigences concernant l'organisation et le contrôle d'une opération anti-terroriste, voir Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, N° 17/1994/464/545, 27 septembre 1995, para. 194 et 202-213.

150 CDH, *Suarez de Guerrero v. Colombia, op. cit.*, note 147, para. 13.2.

151 Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Gülec, c. Turquie*, n° 54/1997/838/1044, 27 juillet 1998, para. 71.

152 Cour européenne des droits de l'homme, *McCann et autres c. Royaume-Uni, op. cit.*, note 148, para. 211-212.

153 Les procédures d'escalade de la force semblent inclure, entre autres, l'usage de signes d'avertissement standardisés, de ralentisseurs, de herses à pics cisailant les pneus, de fusées, de cônes et autres moyens de signalisation. Voir, par exemple, John Stevens, « A vignette: Coalition casualties, vehicle control points/cordons & CIVCAS », dans *COIN Common Sense*, Vol. 1, N° 1, février 2010, ISAF-Afghanistan, p. 6. Voir également Center for Army Lessons Learned (CALL), *Escalation of Force Handbook: Tactics, Techniques, and Procedures*, 7-21, juillet 2007. La nécessité de disposer de davantage d'armes non létales dans le contexte de l'Afghanistan a été reconnue récemment par un commandant de la Marine des États-Unis. Voir Dan Lamothe, « 2-star supports more use of nonlethal weapons », dans *Marine Corps Times*, 2 février 2011, disponible sur : <http://www.marinecorpstimes.com/news/2011/02/marine-corpssafghanistan-tasers-nonlethal-weapons-020110/> (dernière consultation le 22 mars 2011). Pour une compilation des armes non létales déjà disponibles et à venir, voir Département de la Défense, *Non-Lethal Weapons Program, Non-Lethal Weapons for Today's Operations*, 2011, disponible sur : <https://www.jnlwp.usmc.mil/misc/publications/AR2011.PDF> (dernière consultation le 22 mars 2011).

de beaucoup d'attention médiatique¹⁵⁴. Ces aéronefs sans pilote sont un moyen de diminuer le risque pour ses propres forces et d'atteindre même les lieux les plus reculés dans les régions montagneuses de l'Afghanistan. Souvent associée à des dommages collatéraux impliquant des victimes civiles, l'utilisation croissante de drones a déclenché un débat, principalement à propos de la licéité de la manière dont ils sont utilisés¹⁵⁵.

Les drones, dont les opérateurs se trouvent habituellement à des centaines ou des milliers de kilomètres du lieu de leur utilisation opérationnelle réelle¹⁵⁶, peuvent rester en vol pendant une vingtaine d'heures et fournir des vidéos en direct (parallèlement aux images prises par les radars infrarouge et les radars à synthèse d'ouverture)¹⁵⁷. Initialement conçus à des fins de surveillance, les modèles de drones de combat actuellement utilisés (le MQ-1 Predator et le MQ-9 Reaper) peuvent être équipés de missiles Hellfire de 100 livres et, dans le cas du Reaper, de bombes de 500 livres¹⁵⁸. Aujourd'hui, la décision de lancer une attaque appartient au « pilote », qui, semble-t-il, doit franchir jusqu'à dix-sept étapes d'approbation avant d'être autorisé à tirer un missile¹⁵⁹. Toutefois, de nouveaux défis pourraient surgir si davantage de programmes automatisés étaient introduits, qui, potentiellement, pourraient se passer d'un être humain pour prendre la décision de tirer.

Lorsque l'on considère l'armement des drones MQ-1 Predator et MQ-9 Reaper, il est difficile d'imaginer leur utilité en tant qu'outils de maintien de l'ordre en dehors des situations de conflit armé¹⁶⁰. Si les drones sont utilisés sur le « champ de bataille », les attaques doivent se conformer aux règles perti-

154 Voir, par exemple, Jane Mayer, « The predator war: what are the risks of the C.I.A.'s covert drone program? », dans *The New Yorker*, 26 octobre 2009, disponible sur : http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa_fact_mayer (dernière consultation le 22 mars 2011).

155 À noter que les drones ne sont pas interdits en tant que plateforme d'armes. C'est principalement leur utilisation en vue d'assassinats ciblés qui a suscité des débats. Voir, par exemple, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, op. cit.*, note 66, p. 24. Pour une discussion sur la licéité de l'emploi des drones au regard du droit international, voir par ex., Chatham House, *International Law and the Use of Drones: Summary of the International Law Discussion Group Meeting Held at Chatham House on Thursday, 21 octobre 2010*, Mary Ellen O'Connell et Michael N. Schmitt (orateurs) et Elizabeth Wilmshurst (présidente).

156 Christopher Drew, « Drones are weapons of choice in fighting Qaeda », dans *The New York Times*, 16 mars 2009.

157 Michael N. Schmitt, « Precision attack and international humanitarian law », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 87, N° 859, 2005, p. 448.

158 Voir US Air Force, MQ-1B Predator, Factsheet, 20 juillet 2010, disponible sur : <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?fsID=122>; voir aussi US Air Force, MQ-9 Reaper, Factsheet, 18 août 2010, disponible sur : <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?fsID=6405> (dernière consultation de ces deux sites le 22 mars 2011); Mary Ellen O'Connell, « The international law of drones », dans *The American Society of International Law Insights*, Vol. 14, N° 36, 12 novembre 2010; Matthias Gebauer *et al.*, « Accident-prone wonder weapons: Afghanistan war logs reveal shortcomings of US drones », dans *Der Spiegel*, 27 juillet 2010.

159 C. Drew, *op. cit.*, note 155.

160 Les opérations et les attaques transfrontières au Pakistan posent de multiples questions auxquelles il est difficile de répondre tant sous l'angle des droits de l'homme et sous celui du DIH, mais aussi du point de vue du *jus ad bellum*. Ces questions sortent cependant du cadre du présent article. Voir, par exemple, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, op. cit.*, note 64, pp. 10-15 et 25.

nentes du DIH telles qu'elles sont rappelées dans le présent article (principes de distinction, proportionnalité et précaution) ; en ce cas, les drones sont soumis aux mêmes règles que n'importe quel système d'armement utilisé sur le champ de bataille qui n'est pas explicitement interdit par le DIH.

Bien que la technologie des drones puisse permettre une surveillance aérienne renforcée et des attaques plus précises (et qu'elle permette donc potentiellement d'accroître le respect des principes de précaution et de proportionnalité dans l'attaque), la question reste de savoir comment parvenir à établir la distinction entre les civils et les objectifs militaires, dans un contexte où il peut être très difficile de recueillir des renseignements fiables. Cette situation devient particulièrement préoccupante quand les drones sont utilisés pour viser des personnes figurant sur une liste de ciblage¹⁶¹, ou pour identifier des personnes en tant que participants directs aux hostilités. Par exemple, sur la seule base d'une analyse vidéo, une personne qui creuse un trou au bord d'une route peut-elle vraiment être distinguée d'une personne mettant en place un engin explosif improvisé ?

Finalement, le fait maintes fois critiqué que le « pilote » qui contrôle le drone se trouve loin du champ de bataille ne constitue pas un défi pour le DIH¹⁶². Cependant, certains auteurs mettent en garde : l'utilisation de drones risque de conduire à une mentalité de « console de jeu » si les opérateurs ne sont pas formés au DIH et s'ils sont mal informés des risques et des rigueurs du combat ; de plus, la sécurité accrue des forces assaillantes pourrait conduire les responsables à recourir avec moins de retenue à la force létale¹⁶³.

Conclusion

Le conflit prolongé en Afghanistan n'a pas induit un changement visible des règles du DIH. Les appels initiaux à l'instauration d'un cadre juridique nouveau ou réformé ont disparu, mais d'importants défis subsistent. En ce qui concerne les règles humanitaires relatives à la conduite des hostilités, le plus grand défi est posé aujourd'hui par le brouillage des lignes de distinction, si caractéristiques des scénarios de conflits asymétriques. Quoi qu'il en soit, à

161 Voir Chatham House, *op. cit.*, note 154, p. 5 : O'Connell relève qu'il y a six ou sept victimes par attaque et, parmi elles, une seule personne qui figurait sur la liste de ciblage. Cela suscite des inquiétudes quant à la manière dont ceux qui planifient ou décident de lancer une attaque procèdent à l'évaluation de proportionnalité. À propos de l'argument selon lequel les capacités technologiques avancées des aéronefs sans pilote (drones) permettant virtuellement une « surveillance persistante » (mettant ainsi à disposition des informations plus pertinentes) conduisent à des exigences plus strictes en termes de décisions de ciblage, de proportionnalité et de précautions, voir J. M. Beard, *op. cit.*, note 110, en particulier pp. 420, 428-442 et 444.

162 Dans les cas où, dans le contexte d'un conflit armé, le drone serait piloté par un sous-traitant civil ou par des agences de renseignement (la CIA, par ex.), le pilote participerait directement aux hostilités et pourrait donc potentiellement être pris pour cible. En outre, la participation du pilote pourrait soulever des questions quant à sa responsabilité pénale et son statut en cas de détention.

163 Voir tout particulièrement *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, *op. cit.*, note 64, pp. 24-25.

ce jour, les préceptes fondamentaux de l'ordre juridique humanitaire n'ont pas été remis en question. Malgré tous les débats sur le besoin potentiel de réforme du DIH, près de dix ans se sont écoulés depuis le début de l'opération Liberté immuable en Afghanistan, en octobre 2001, et aucune proposition convaincante visant à réformer les règles relatives à la conduite des hostilités n'a encore été faite. Au contraire, en particulier durant la deuxième phase du conflit, la stratégie des forces militaires internationales en Afghanistan a été axée sur le respect rigoureux des règles existantes, afin de parvenir à la priorité stratégique globale consistant à « gagner les cœurs et les esprits » de la population afghane.

Néanmoins, la controverse s'amplifie à propos de l'interprétation des règles existantes. À mesure que les structures des conflits deviennent plus floues, la certitude juridique et la clarté des prescriptions du droit humanitaire deviennent de plus en plus importantes. Ce n'est pas un hasard si un certain nombre de réunions ont été organisées ces dernières années dans le cadre de ce que l'on nomme le « processus de clarification par des experts » au sujet de la notion de participation directe aux hostilités ou de la guerre aérienne et de la guerre des missiles. Dans toutes ces enceintes des questions importantes relatives à la conduite des hostilités ont été abordées. Dans le même temps, un certain nombre de questions et d'ambiguïtés existant de longue date (inhérentes, par exemple, au principe de proportionnalité ou à la définition des objectifs militaires) subsistent et sont insuffisamment débattues. Bien sûr, certaines de ces problématiques sont difficiles et semblent faire l'objet de discussions infinies. Sans surprise, ces controverses font partie intégrante, quasiment depuis sa naissance, du cadre juridique humanitaire moderne. Nombre d'entre elles peuvent être retracées jusqu'aux négociations qui ont conduit à l'adoption du Protocole additionnel I de 1977. Les structures des conflits, toujours plus asymétriques, ne rendent pas la solution plus facile en 2011. Il est clair, cependant, que le besoin de clarté juridique en relation avec la conduite des hostilités ne cesse de grandir.