

Une boîte de Pandore ? Les frappes de drones au regard du droit : *jus ad bellum*, *jus in bello* et droit international des droits de l'homme

Stuart Casey-Maslen*

Stuart Casey-Maslen est Directeur de recherches à l'Académie de droit international humanitaire et des droits humains à Genève, et spécialiste du droit des armes et du respect des normes internationales par les acteurs armés non étatiques.

Résumé

Les drones armés sont une grave menace pour l'interdiction générale de l'usage interétatique de la force et le respect des droits de l'homme. Sur le champ de bataille, en situation de conflit armé, l'utilisation de drones armés peut permettre le respect des règles de distinction et de proportionnalité, qui sont les règles fondamentales du droit international humanitaire (bien qu'il puisse s'avérer difficile de déterminer la responsabilité pénale internationale de leur usage illégal). Hors du contexte du champ de bataille, les frappes de drones constituent souvent une violation des droits de l'homme. Il est urgent de clarifier le régime juridique qui leur est applicable et de définir des limites pour empêcher la prolifération de cette technologie.

* L'auteur remercie Andrew Clapham, Nils Melzer et Bonnie Docherty pour leurs commentaires sur le projet de cet article, ainsi qu'Alice Priddy pour ses recherches sur le sujet. Tous les sites Internet indiqués en référence ont été consultés en octobre 2012, sauf indication contraire.

La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Pandora's box? Drone strikes under *jus ad bellum*, *jus in bello*, and international human rights law », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 886, été 2012, pp. 597-625.

Mots-clés: conflit armé ; participation directe aux hostilités ; drone ; droits de l'homme ; droit international humanitaire ; maintien de l'ordre ; assassinat ciblé ; véhicule aérien sans pilote.

: : : : : :

« Some have called such operations 'assassinations'. They are not, and the use of that loaded term is misplaced. Assassinations are unlawful killings. »

(D'aucuns ont qualifié ces opérations d'« assassinats ». L'emploi de ce terme tendancieux est inapproprié, car il ne s'agit pas d'assassinats. Un assassinat est le fait de tuer illégalement.)

Eric Holder, Procureur général des États-Unis, 5 mars 2012¹

Depuis dix ans, l'utilisation de drones – véhicules aériens ou avions sans pilote² – à des fins militaires et antiterroristes connaît une croissance exponentielle³. On rapporte, par exemple, que l'administration de Barack Obama, Président des États-Unis, aurait autorisé en 2010 plus de deux fois plus de frappes de drones dans le nord-ouest du Pakistan qu'en 2009, « année durant laquelle les attaques de drones avaient déjà été plus nombreuses que pendant la totalité du mandat de George W. Bush »⁴. Le Pentagone aurait disposé de 7 500 drones début 2012, soit environ un tiers de la flotte aérienne militaire totale des États-Unis⁵. Leur utilisation par la police pour des opérations classiques de maintien de l'ordre à l'intérieur des États devrait aussi voir une augmentation mais à un rythme moins rapide⁶.

1 Discours prononcé devant la faculté de droit de la Northwestern University de Chicago le 5 mars 2012, disponible sur : <http://www.lawfareblog.com/2012/03/text-of-the-attorney-generals-national-security-speech/>.

2 Selon une loi fédérale des États-Unis adoptée en 2012, le terme « avion sans pilote » désigne un « avion fonctionnant sans possibilité d'intervention humaine directe à l'intérieur ou sur l'appareil ». Article 331(8) de la Loi de modernisation et de réforme de l'administration de l'aviation fédérale (FAA Modernization and Reform Act), promulguée par le Président des États-Unis le 14 février 2012 [traduction CICR].

3 US Department of Defence, « US Unmanned Systems Integrated Roadmap (Fiscal years 2009-2034) », Washington, D.C., 2009, p. 2, disponible sur : <http://www.acq.osd.mil/sts/docs/DoD%20USRM%202013.pdf> (« Feuille de route pour systèmes intégrés sans pilote »).

4 Peter Bergen et Katherine Tiedemann, « Hidden War, There Were More Drone Strikes – And Far Fewer Civilians Killed », *New America Foundation*, 22 décembre 2010, disponible sur : <http://newamerica.net/node/41927>.

5 W. J. Hennigan, « New drone has no pilot anywhere, so who's accountable? », dans *Los Angeles Times*, 26 janvier 2012, disponible sur : <http://www.latimes.com/business/la-fi-auto-drone-20120126,0,740306.story>. On s'attend à ce que les drones atteignent les mêmes proportions dans la Royal Air Force (RAF) britannique au cours des 20 prochaines années. Nick Hopkins, « Afghan civilians killed by RAF drone », dans *The Guardian*, 5 juillet 2011, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/uk/2011/jul/05/afghanistan-raf-drone-civilian-deaths>. Le Général N. A. Schwartz, Chef d'État-major de l'US Air Force, aurait jugé « concevable » que le nombre de pilotes de drones dépasse celui de pilotes en cabine dans un proche avenir, mais prédit que les forces armées aériennes conserveront des pilotes traditionnels pendant encore au moins une trentaine d'années. Elisabeth Bumiller, « A Day Job Waiting for a Kill Shot a World Away », dans *The New York Times*, 29 juillet 2012, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2012/07/30/us/drone-pilots-waiting-for-a-kill-shot-7000-miles-away.html?p.wanted=all>.

6 Voir, par exemple, « Groups Concerned Over Arming Of Domestic Drones », dans *CBSDC*, Washington, D.C., 23 mai 2012, disponible sur : <http://washington.cbslocal.com/2012/05/23/groups-concerned-over-arming-of-domestic-drones/>; Vincent Kearney, « Police in Northern Ireland consider using mini drones », dans *BBC*, 16 novembre 2011, disponible sur : <http://www.bbc.co.uk/news/uk->

Ce sont les États-Unis d'Amérique qui, les premiers, ont déployé un nombre significatif de drones⁷ pour des opérations de surveillance et de reconnaissance dans des conflits armés, d'abord au Viet Nam dans les années 1960⁸, puis en Bosnie-Herzégovine et au Kosovo dans les années 1990⁹. Plus récemment, en 2012, des informations indiquent que le régime syrien utiliserait des drones pour localiser les forces rebelles¹⁰. Mais bien qu'ils soient utilisés comme appareils de reconnaissance ou de surveillance (et certaines forces armées ne les utilisent que dans ces fonctions), les drones sont surtout connus pour servir à exécuter des assassinats ciblés, principalement hors des frontières, en lançant des explosifs sur des « terroristes » suspectés¹¹.

En même temps que les progrès scientifiques permettent de construire des drones plus gros et plus rapides, la miniaturisation ouvre la voie à des appareils de la taille d'un insecte, les « nanodrones »¹², qui pourraient aussi être utilisés pour des assassinats ciblés, éventuellement par empoisonnement. En février 2011, des chercheurs ont dévoilé un prototype de drone colibri volant à 17 km/h, capable de se poser sur un appui de fenêtre¹³.

northern-ireland-15759537; BBC, « Forces considering drone aircraft », 26 novembre 2009, disponible sur : http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/8380796.stm; Ted Thornhill, « New work rotor: helicopter drones to be deployed by U.S. police forces for the first time (and it won't be long before the paparazzi use them, too) », dans *Daily Mail*, 23 mars 2012, disponible sur : <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2119225/Helicopter-drones-deployed-U-S-police-forces-time-wont-long-paparazzi-use-too.html>. La Loi de modernisation et de réforme de l'administration fédérale de l'aviation (US Federal Aviation Authority Modernization and Reform Act) de 2012 laisse plus de latitude aux forces de police locale de tous les États pour utiliser leurs propres drones.

- 7 L'Oxford English Dictionary donne de ce mot la définition suivante : « *a remote-controlled pilotless aircraft or missile* » (avion ou missile télécommandé, sans pilote). Le mot, en vieil anglais, désignait le bourdon (insecte). Au Pakistan, à cause de leur bruit qui ressemble à un bourdonnement d'insecte, les drones sont surnommés *machay* (les guêpes) par les Pachtounes. Jane Meyer, « The Predator war », dans *The New Yorker*, 26 octobre 2009, disponible sur : http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa_fact_mayer.
- 8 David Cenciotti, « The dawn of the robot age: U.S. Air Force testing air-launched UAVs capable to fire Maverick and Shrike missiles in 1972 », dans *The Aviationist* (blog), 14 mars 2012, disponible sur : <http://theaviationist.com/2012/03/14/the-dawn-of-the-robot-age/>.
- 9 « Predator Drones and Unmanned Aerial Vehicles (UAVs) », dans *New York Times*, mise à jour du 5 mars 2012, disponible sur : http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/u/unmanned_aerial_vehicles/index.html.
- 10 « Syrian forces use drone in attack on rebel city », dans *ABC News*, 12 juin 2012, disponible sur : <http://www.abc.net.au/news/2012-06-12/52-killed-in-syria-as-troops-pound-rebels-strongholds/4064990>.
- 11 Selon Alston, un assassinat ciblé est « l'usage intentionnel, prémédité et délibéré de la force létale par un État ou ses agents agissant sous couleur du droit, ou par un groupe armé organisé dans un conflit armé, contre un individu déterminé qui ne se trouve pas physiquement sous la garde de l'agresseur ». Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Addendum, Study on targeted killings, rapport au Conseil des droits de l'homme; document ONU A/HRC/12/21/Add.6, du 28 mai 2010, para. 1, disponible sur : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf> (ci-après « 2010 Study on Targeted Killings ») [traduction CICR]. Selon N. Melzer, un assassinat ciblé cumule cinq éléments : usage de la force létale, intention, préméditation et volonté de tuer; ciblage de personnes sélectionnées individuellement; absence de garde physique; et imputabilité du meurtre à un sujet du droit international. Nils Melzer, *Targeted Killings in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 3-4.
- 12 J. Meyer, *op. cit.*, note 7.
- 13 Elisabeth Bumiller et Thom Shanker, « War Evolves With Drones, Some Tiny as Bugs », dans *The New York Times*, 19 juin 2011, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2011/06/20/world/20drones.html?p.wanted=1&r=1&ref=unmannedaerialvehicles>.

Cela préfigure aussi la robotisation de la guerre et les difficultés évidentes qu'il y aurait à établir la responsabilité pénale individuelle (voir plus loin). Un article de presse paru en 2011 à ce sujet alertait sur le fait que les États-Unis s'apprêtaient à déployer des drones entièrement autonomes, capables de déterminer une cible et de faire feu sans nécessité d'intervention humaine une fois l'engin lancé¹⁴, ce qui représente potentiellement le plus grand défi au *jus in bello* depuis le développement des armes chimiques¹⁵. Une étude interne sur les drones publiée en 2011 par le Ministère de la défense du Royaume-Uni affirme que : « Si nous voulons, en particulier, permettre que des systèmes prennent des décisions indépendantes de toute intervention humaine, nous aurons beaucoup à faire avant de pouvoir montrer comment ces systèmes fonctionneront légalement »¹⁶. Dans un même ordre d'idées, le Département de la défense des États-Unis affirmait, en 2009 :

Parce que le Département de la défense respecte le droit des conflits armés, l'emploi d'armes dans un appareil sans pilote pose de nombreuses questions qu'il faudra résoudre... Pendant longtemps encore, sans doute, la décision de déclenchement d'un tir ou de lancement d'un missile par un appareil sans pilote restera entièrement sous le contrôle d'un opérateur humain et ne sera pas entièrement automatisée. Plusieurs aspects de la séquence de tir seront entièrement automatisés, mais la décision de faire feu ne le sera probablement pas tant que toutes les questions relatives à la légalité, aux règles d'engagement et à la sécurité n'auront pas été étudiées exhaustivement et résolues¹⁷.

Étant donné que les drones « sont promis à un bel avenir¹⁸ » – les « drones tueurs » seraient en effet « l'avenir de la guerre¹⁹ », de l'avis d'un ancien juriste de la CIA – le présent article s'intéresse à la légalité des frappes de drones à l'intérieur et

14 W. J. Hennigan, « New drone has no pilot anywhere, so who's accountable? », dans *Los Angeles Times*, 26 janvier 2012, disponible sur : <http://www.latimes.com/business/la-fi-auto-drone-20120126,0,740306.story>.

15 Emma Slater, « UK to spend half a billion on lethal drones by 2015 », dans *The Bureau of Investigative Journalism*, 21 novembre 2011, disponible sur : <http://www.thebureauinvestigates.com/2011/11/21/britains-growing-fleet-of-deadly-drones/>.

16 Development, Concepts and Doctrine Centre, *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, Joint Doctrine Note 2/11, Ministry of Defence, 2011, p. 5-2, para. 503. Il est par ailleurs dit dans ce rapport : « On évalue diversement le temps qu'il faudra pour arriver à l'intelligence artificielle (par opposition aux systèmes automatisés complexes et intelligents), mais on semble s'accorder sur le fait qu'il faudra plus de 5 ans et moins de 15 ans, certains estimant même qu'il faudra beaucoup plus de temps ». *Ibid.*, p. 5-4, para. 508 [traduction CICR].

17 US Department of Defence, *op. cit.*, note 3, p. 10 [traduction CICR].

18 Voir E. Bumiller et T. Shanker, *op. cit.*, note 13. Selon le Département de la défense des États-Unis, « les systèmes sans pilote continueront de jouer un rôle central dans les diverses opérations de sécurité [des États-Unis], et plus particulièrement dans la Guerre contre le terrorisme ». US Department of Defence, *op. cit.*, note 3, p. iii (CICR).

19 Afsheen John Radsan, « Lofter Standards for the CIA's Remote-Control Killing », Statement for the House Subcommittee on National Security & Foreign Affairs, *Legal Studies Research Paper Series, Accepted Paper No. 2010-11*, William Mitchell College of Law, St. Paul, Minnesota (États-Unis), mai 2010, disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1604745.

hors des frontières²⁰, dans le cadre des conflits armés et dans celui du maintien de l'ordre. Il abordera les interactions entre le *jus in bello*, le *jus ad bellum* et les règles régissant le maintien de l'ordre, notamment le droit international des droits de l'homme. Il se conclura par une brève analyse des problèmes que l'utilisation de drones et robots de combat posera à l'avenir au droit international.

Avant de nous lancer dans une analyse plus détaillée, il serait utile de rappeler l'article 36 du Protocole additionnel I :

Dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante.

Étant donné sa nouveauté, cette méthode de guerre consistant à lancer des missiles depuis des avions sans pilote commandés par des opérateurs, souvent civils, postés à des milliers de kilomètres, les États cherchant à construire ou à acquérir des drones devraient déjà les avoir soumis à un examen poussé. L'obligation énoncée à l'article 36 devrait s'imposer au moins à tous les États signataires du Protocole additionnel I de 1977, mais on pourrait aussi soutenir que l'obligation générale de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire devrait inciter chaque État, partie ou non au Protocole, à procéder à un tel examen juridique²¹. Or, quand bien même les quelque 70 États supposés posséder des drones auraient réalisé des études concernant la légalité de l'utilisation de drones de combat dans un conflit armé ou pour le maintien de l'ordre, ils ne les ont pas rendues publiques²².

20 Les autres aspects de l'utilisation des drones comme la surveillance et la reconnaissance ne sont pas étudiés dans le présent article.

21 Curieusement, dans l'étude sur le droit international humanitaire coutumier réalisée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et publiée en 2005, l'article 36 n'est pas indiqué comme faisant partie du droit coutumier, apparemment en raison d'un manque d'application pratique par les États. Indépendamment de cette lacune, il est difficile de comprendre comment il est possible de respecter les obligations coutumières interdisant l'usage d'armes de nature à frapper sans discrimination ou à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles (respectivement règles 71 et 70 de l'étude du CICR) si les capacités des armes n'ont pas été soumises au préalable à un examen juridique permettant de vérifier leur conformité au droit. Voir CICR, *Droit international humanitaire coutumier, Vol. I: Règles*, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (éds), Cambridge University Press, Cambridge, 2005 [ci-après « Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier »]. Les États-Unis, par exemple, qui ne sont pas partie au Protocole, réalisent des études détaillées sur les armes avant leur mise en service. Voir, par exemple, US Department of Defence, *op. cit.*, note 3, p. 42.

22 Voir, par exemple, Peter Bergen et Jennifer Rowland (New America Foundation), « A Dangerous New World of Drones », dans *CNN*, 1^{er} octobre 2012, disponible sur : <http://newamerica.net/node/72125>. Ce n'est, en fait, qu'au début de 2012, dix ans après la première frappe de drone, que l'administration des États-Unis a officiellement admis l'existence de son programme secret d'utilisation de drones armés. Dans une discussion en ligne sur Google+ et YouTube, le Président Obama a dit, le 31 janvier 2012, que les frappes visaient « des gens qui sont recensés comme des terroristes actifs ». Voir, par exemple, le document posté par Al Jazeera le 31 janvier 2012, disponible sur : www.youtube.com/watch?v=2TASeH7gBfQ.

Drones et *jus ad bellum*

C'est le *jus ad bellum* qui régit le recours légal d'un État à la force armée, y compris les attaques de drones, contre un autre État ou contre des acteurs armés non étatiques d'un autre État sans le consentement de celui-ci²³. L'article 2(4) de la Charte des Nations Unies, énonce que :

Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.

Cryer *et al.* voient dans cet article le « principe juridique fondamental régissant l'emploi de la force », qui « reflète le droit international coutumier »²⁴. Toutefois, nul n'ignore l'article 51 de la Charte, qui dispose que :

Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales²⁵.

La Cour internationale de justice a commenté la notion d'agression armée perpétrée par des groupes armés équipés par un État étranger dans l'affaire *Nicaragua* dans les termes suivants :

La Cour ne voit pas de raison de refuser d'admettre qu'en droit international coutumier la prohibition de l'agression armée puisse s'appliquer à l'envoi par un État de bandes armées sur le territoire d'un autre État si cette opération est telle, par ses dimensions et ses effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée et non de simple incident de frontière si elle avait été le fait de forces armées régulières. Mais la Cour ne pense pas que la notion d'agression armée puisse recouvrir non seulement l'action de bandes armées dans le cas où cette action revêt une ampleur particulière, mais aussi une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre. On peut voir dans une telle assistance une menace ou un

23 Ainsi, comme le fait observer Noam Lubell, le cadre du *jus ad bellum* n'est pas conçu pour restreindre l'usage de la force à l'intérieur des propres frontières d'un État. Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 8.

24 Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson et Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 322 [traduction CICR].

25 Charte des Nations Unies, article 51. Hormis la légitime défense et l'emploi de la force autorisé par le Conseil de sécurité de l'ONU, l'emploi de la force dans un autre État n'est légal qu'avec le consentement de celui-ci.

emploi de la force, ou l'équivalent d'une intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'autres États²⁶.

Le seuil à partir duquel il est déterminé qu'un État a commis une agression armée est donc assez élevé et dépasse le « simple incident de frontière » entre membres des forces armées de deux États (ou de groupes armés opérant dans un État avec un soutien limité d'un autre État). D'aucuns pourraient même faire valoir qu'une frappe de drone très limitée et très ciblée menée par un État contre des personnes se trouvant dans un autre État ne constituerait pas une agression armée au sens de la Charte des Nations Unies ou du droit coutumier en invoquant le principe très contesté de la légitime défense préventive²⁷. Néanmoins, en l'absence de légitime défense, le recours à la force serait sans aucun doute contraire à l'interdiction générale de la menace ou de l'emploi de la force (et constituerait donc une violation du droit international à moins que l'État « victime » n'ait consenti à l'emploi de la force)²⁸. Il est presque certain que des frappes de drones plus intensives conduites hors des frontières, ressemblant à un bombardement, constitueraient une agression armée contre un autre État, en l'absence d'autorisation donnée par le Conseil de sécurité ou d'une situation de légitime défense²⁹.

On peut toutefois soutenir qu'une attaque de drone, même isolée, est une attaque armée susceptible de constituer une agression. En effet, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé, dans sa résolution 3314 (XXIX), qu'un acte d'agression était constitué, entre autres, par : « Le bombardement, par les forces armées d'un État, du territoire d'un autre État, ou l'utilisation de toutes armes par un État contre le territoire d'un autre État »³⁰. Cet argument est aussi étayé par l'affaire du stratège militaire de l'Organisation de libération de la Palestine tué en 1988 à son domicile à Tunis par neuf commandos israéliens, acte que le Conseil de sécurité de l'ONU a condamné comme « agression » perpétrée en violation flagrante de la Charte des Nations Unies³¹.

Si une attaque isolée de drone constitue une « agression armée », l'État qui lance le drone devra justifier son action par référence à son droit naturel de légitime défense (à moins qu'il n'ait obtenu le consentement requis ou l'autorisation du Conseil de sécurité de l'ONU) ; à défaut, il risquerait de commettre un acte d'agression³². Cette situation porte à controverse lorsque la légitime défense est

26 Cour internationale de justice (CIJ), *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Jugement, CIJ Recueil 1986, para. 195.

27 Voir, par exemple, Antonio Cassese, *International Law*, 2nd éd., Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 357-363.

28 Au sujet des conditions détaillées pour que le consentement soit légal, voir, par exemple, *ibid.*, pp. 370-371.

29 Voir, par exemple, *ibid.*, pp. 158-159.

30 AG ONU, Rés. 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, annexe, article 3(b).

31 CS ONU, Rés. 611 du 25 avril 1988, adoptée par 14 voix avec une abstention (États-Unis d'Amérique).

32 L'acte d'agression est généralement défini comme l'emploi de la force armée par un État contre un autre État non justifié par la légitime défense ni autorisé par le Conseil de sécurité de l'ONU. Les actions pouvant être qualifiées d'actes d'agression sont explicitement influencées par la Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1974. Selon l'article 8 *bis* du Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998, adopté par la première Conférence de révision du

invoquée, non pas contre un autre État, mais contre un acteur armé non étatique se trouvant dans un autre État. Dans l'avis consultatif émis en 2004 par la Cour internationale de justice (CIJ) sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour paraît sous-entendre que la légitime défense ne peut être invoquée que par un État vis-à-vis d'un autre État³³. Une lecture plus attentive de ces *dicta* laisse toutefois penser que la Cour n'exclut pas entièrement la possibilité de légitime défense à l'égard d'un acteur armé non étatique commettant des actes « terroristes » lorsque l'État menacé n'exerce pas le contrôle effectif³⁴. Plus tard, dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour a évité la question de savoir si le droit international autorisait la légitime défense « pour riposter à des attaques d'envergure menées par des forces irrégulières »³⁵. L'opinion individuelle dissidente du juge Kooijmans va plus loin que les *dicta* de la Cour dans l'affaire *Édification d'un mur*, le juge affirmant que :

si l'on se trouve dans la situation où les attaques perpétrées par des forces irrégulières auraient pu, par leurs dimensions et leurs effets, être qualifiées d'agression armée eussent-elles été le fait de forces armées régulières, rien dans les termes de l'article 51 de la Charte n'empêche l'État victime d'exercer son droit *naturel* de légitime défense³⁶.

Le droit coutumier traditionnel régissant le droit de légitime défense des États est né d'un incident diplomatique survenu autrefois entre les États-Unis et le Royaume-Uni, lorsque plusieurs citoyens américains se portant au secours de rebelles – dans ce qui était alors la colonie britannique du Canada – furent tués alors qu'ils transportaient des hommes et du matériel depuis le territoire américain³⁷. Selon la jurisprudence de l'affaire *La Caroline*, le droit de légitime défense ne peut être exercé qu'en cas de « nécessité immédiate, impérieuse, ne laissant

Statut de Rome tenu en 2010 à Kampala, le crime d'agression est défini comme étant la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne en situation de commandement, d'un acte d'agression. Cet acte doit constituer une « violation manifeste » de la Charte des Nations Unies (article 8 *bis*, para. 1).

33 CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, para. 139.

34 La Cour (para. 139) se réfère aux résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU après les attentats perpétrés le 11 septembre 2001 contre les États-Unis, notant « qu'Israël exerce son contrôle sur le territoire palestinien occupé et que, comme Israël l'indique lui-même, la menace qu'il invoque pour justifier la construction du mur trouve son origine à l'intérieur de ce territoire, et non en dehors de celui-ci. Cette situation est donc différente de celle envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité, et de ce fait Israël ne saurait en tout état de cause invoquer ces résolutions au soutien de sa prétention à exercer un droit de légitime défense ». Dans les deux résolutions mentionnées, un paragraphe du préambule reconnaît « le droit naturel de légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte ».

35 CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, CIJ Recueil 2005, para. 147.

36 *Ibid.*, Opinion individuelle du juge Kooijmans, para. 29.

37 À ce sujet, voir Christopher Greenwood, « International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaïda, and Iraq », dans *San Diego International Law Journal*, Vol. 4, 2003, p. 17; N. Lubell, *op. cit.*, note 23, p. 35; et Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations*, 7e éd., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 468-469.

ni le choix des moyens ni le temps de la réflexion », et l'acte de riposte doit être proportionné « puisque l'acte justifié par la nécessité de légitime défense doit être limité par cette nécessité et être clairement contenu dans ces limites »³⁸. On s'accorde largement à voir dans ces déclarations adressées en 1842 par le Secrétaire d'État des États-Unis aux autorités britanniques une description juste du droit coutumier de l'État en matière de légitime défense³⁹.

Pour que le recours à la force d'un État prétendant agir en situation de légitime défense soit reconnu légitime, il faut donc qu'il satisfasse à la fois aux critères de la nécessité et de la proportionnalité. À défaut, l'emploi de la force peut même constituer une agression. Dans un avis consultatif rendu en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ a déclaré que ces deux conditions interdépendantes constituaient une règle du droit international coutumier⁴⁰. Selon le principe de nécessité, « l'État agressé (ou menacé d'agression imminente si l'on admet la légitime défense préventive) ne doit en l'occurrence pas avoir eu d'autre moyen pour arrêter l'agression que le recours à l'emploi de la force armée »⁴¹. La proportionnalité, en revanche, est un principe un peu plus abstrus, car si le terme comporte généralement l'idée d'un équilibre (souvent entre concepts opposés), l'intention, dans le contexte qui nous occupe, est assez différente :

L'exigence dite de la *proportionnalité* de l'action commise en état de légitime défense a trait... au rapport entre cette action et le but qu'elle se propose d'atteindre, à savoir... d'arrêter et de repousser l'agression... Il serait par contre erroné de croire que la proportionnalité doive exister entre le comportement constituant l'agression armée et celui qu'on lui oppose. Il se peut très bien que l'action requise pour stopper et rejeter l'agression doive prendre des proportions qui ne correspondent pas à celles de l'agression subie... Sa licéité ne doit donc se mesurer qu'à son aptitude à atteindre le résultat recherché. On peut d'ailleurs dire que les exigences de la « nécessité » et de la « proportionnalité » de l'action menée en légitime défense ne sont que les deux faces d'une même médaille⁴².

38 Lettre de M. Webster, US Department of State, Washington, D.C., à Lord Ashburton, en date du 27 juillet 1842 [traduction CICR].

39 Voir, par exemple, A. Clapham, *op. cit.*, note 37, pp. 469-470.

40 « Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, il existe une 'règle spécifique bien établie en droit international coutumier' selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter ». La Cour relève que cette double condition « s'applique également dans le cas de l'article 51 de la Charte, quels que soient les moyens mis en œuvre ». CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, para. 41.

41 « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, Rapporteur spécial – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale (Première partie) », Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. II (1), Document ONU A/ CN.4/318/Add.5-7, para. 120.

42 *Ibid.*, para. 121.

Ce point de vue, en particulier l'idée que l'efficacité avec laquelle la riposte réussit à faire cesser une agression armée détermine la proportionnalité⁴³, a été exprimé indirectement par la CIJ dans d'autres affaires. Dans l'affaire de 2003 *Plateformes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour a conclu de la façon suivante :

S'agissant de l'exigence de proportionnalité, la Cour, si elle avait conclu à la nécessité des attaques du 19 octobre 1987 en réponse à l'incident du *Sea Isle City* vu comme une agression armée commise par l'Iran, aurait pu considérer qu'elles y satisfaisaient. En revanche, l'attaque du 18 avril 1988 fut planifiée et menée dans le cadre d'une opération plus vaste baptisée opération « Praying Mantis ».... En réponse au mouillage, par un auteur non identifié, de la mine que devait heurter un seul navire de guerre américain, lequel, s'il fut gravement endommagé, ne sombra toutefois pas et dont l'équipage n'eut à déplorer aucune perte en vie humaine, ni l'opération « Praying Mantis » dans son ensemble, ni même le volet de celle-ci qu'a constitué la destruction des plates-formes de Salman et de Nasr ne sauraient être considérés, dans les circonstances de l'espèce, comme un emploi proportionné de la force au titre de la légitime défense⁴⁴.

Une incertitude demeure en ce qui concerne tant l'application de l'emploi de la force que le degré précis auquel il devient licite en situation de légitime défense⁴⁵. Néanmoins, on peut supposer qu'un État qui utilise un drone armé dans une opération hors de ses frontières sans avoir obtenu le consentement de l'État sur le territoire duquel se trouve le « terroriste » visé ne peut revendiquer un droit de légitime défense que si la menace ou l'usage de la force à son encontre constitue une agression armée⁴⁶. La menace d'une attaque « terroriste » isolée, plus limitée, ne serait donc pas suffisante. Cela peut avoir des incidences importantes, notamment dans le cas de l'utilisation par Israël de drones armés sur le territoire palestinien. Il semblerait aussi, en tout état de cause, que d'après l'article 51 de la Charte des Nations Unies, l'utilisation d'un drone armé par un État qui prétendrait agir en situation de légitime défense contre un autre État ou sur le territoire d'un autre État, devrait être notifié

43 Voir, par exemple, Elizabeth Wilmshurst, « Principles of international law on the use of force by states in self-defence », Chatham House Working Paper, octobre 2005, pp. 7, 8 et 10, disponible sur : <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/ilpforce.doc>.

44 CIJ, *Affaire des plates-formes pétrolières, République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*, Arrêt, CIJ Recueil 2003, para. 77.

45 Y compris lorsqu'un droit de légitime défense est invoqué du fait d'attaques répétées de faible intensité par des acteurs non étatiques. Voir, à cet égard, l'étude du Rapporteur spécial « 2010 Study on targeted killings », *op. cit.*, note 11, para. 41.

46 Comme l'affirme Alston, « il n'arrive que très exceptionnellement qu'un acteur non étatique dont les activités n'engagent la responsabilité d'aucun État puisse mener une attaque armée de nature à créer un droit de riposter par l'emploi extraterritorial de la force ». Rapporteur spécial, « 2010 Study on Targeted Killings », *op. cit.*, note 11, para. 40 [traduction CICR].

immédiatement au Conseil de sécurité pour être licite⁴⁷. À la connaissance de l'auteur, cela ne s'est encore jamais produit⁴⁸.

Les drones et le droit international humanitaire

Théoriquement, l'utilisation de drones sur le champ de bataille est relativement peu controversée au regard du *jus in bello* (sans préjudice du *jus ad bellum*) parce que, concrètement, il n'y a guère de différence entre l'utilisation d'un missile de croisière ou un bombardement aérien et l'utilisation d'un drone équipé d'armes explosives⁴⁹. En effet, d'après le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires, « bien que, dans la plupart des circonstances, les assassinats ciblés violent le droit à la vie, dans les circonstances exceptionnelles d'un conflit armé, ils peuvent être licites »⁵⁰. Que l'utilisation de drones armés constitue une agression ou un acte de légitime défense, si elle s'inscrit dans le contexte d'un conflit armé et satisfait au critère du lien (*nexus*) pertinent (voir, plus loin, le paragraphe sur le lien de belligérance), elle sera jugée au regard du droit applicable, le *jus in bello*⁵¹. Les frappes devront ainsi respecter au moins les règles du DIH applicables à la conduite des hostilités, notamment celles de la précaution dans l'attaque, de la distinction et de la proportionnalité, et ne pas utiliser d'armes dont l'usage n'est pas admis par le DIH. Nous examinerons ces règles une par une ci-dessous.

47 « Les mesures prises par des membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité ». Alston va plus loin en faisant valoir que la Charte des Nations Unies imposerait de demander l'accord du Conseil de sécurité. *Ibid.*, para. 40.

48 De plus, même dans le cas d'opérations menées dans un État qui, dans les faits – et quoiqu'il s'en défende publiquement à intervalles réguliers – consent au moins implicitement à l'utilisation de drones sur son territoire, le fait d'utiliser des drones pour cibler des « terroristes » n'a pas la large faveur de l'opinion publique. Dans un entretien accordé à *Voice of America* le 31 janvier 2012, un porte-parole du Ministère des affaires étrangères du Pakistan a qualifié les frappes de missiles américains d'« illégales, contreproductives et inacceptables, perpétrées en violation de la souveraineté du Pakistan », alors même qu'il avait été dit que ces frappes avaient été exécutées avec l'aide des services de renseignement pakistanais. « Obama's drone strikes remark stirs controversy », *Voice of America*, 31 janvier 2012, disponible sur : <http://www.voanews.com/content/pakistan-repeats-condemnation-of-drone-strikes-138417439/151386.html>.

49 Les États-Unis font un usage soutenu des drones en Afghanistan depuis 2001 ; la toute première frappe aurait eu lieu durant l'invasion de novembre 2001 et qu'elle aurait eu pour cible une réunion de haut niveau d'Al-Qaïda à Kaboul. Voir, par exemple, John Yoo, « Assassination or targeted killings after 9/11 », dans *New York Law School Law Review*, Vol. 56, 2011/12, p. 58, citant lui-même James Risen, « A nation challenged: Al Qaeda, Bin Laden aide reported killed by US bombs », dans *The New York Times*, 17 novembre 2001, p. A1, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2001/11/17/world/a-nation-challenged-al-qaeda-bin-laden-aide-reported-killed-by-us-bombs.html>. À partir d'avril 2011, les drones ont aussi été utilisés dans le conflit armé libyen, notamment lors de la célèbre attaque du convoi transportant le dirigeant libyen destitué Muammar Khadafi à la sortie de Syrte en octobre de cette même année.

50 « 2010 Study on Targeted Killings », *op. cit.*, note 11, para. 10.

51 Ainsi, des actes qui sont illicites en vertu du *jus in bello* ne constitueraient pas nécessairement une riposte disproportionnée si l'on devait déterminer si des actes commis en situation de légitime défense sont licites au regard du *jus ad bellum*.

Les précautions dans l'attaque

Le respect des règles concernant les précautions à prendre lors des attaques et le respect des autres règles coutumières applicables à la conduite des hostilités, notamment les règles de la distinction (ou discrimination) et de la proportionnalité sont directement liés, de même que l'interdiction de l'utilisation de moyens ou de méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles. La plupart des règles concernant les précautions dans l'attaque, qui ont été codifiées dans le Protocole additionnel I de 1977, sont des règles coutumières qui s'appliquent dans les conflits armés non internationaux et les conflits armés internationaux, selon l'étude publiée en 2005 par le Comité international de la Croix-Rouge. Au cœur de ces règles se trouve l'obligation de « veiller constamment », dans la conduite des opérations, à « épargner la population civile, les personnes civiles et les biens à caractère civil ». À cet égard,

« (t)outes les précautions pratiquement possibles doivent être prises en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment »⁵².

L'article 57 du Protocole prévoit que ceux qui préparent ou décident une attaque doivent « prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque »⁵³.

On peut invoquer plusieurs raisons pour soutenir que les frappes de drones sont à même de satisfaire aux exigences de précaution dans l'attaque. Premièrement, un signal vidéo transmis par le drone permet de voir la cible « en temps réel », de sorte que l'on peut s'assurer de l'absence de civils à proximité de la cible jusqu'aux dernières minutes, voire aux dernières secondes⁵⁴. Deuxièmement, il apparaît qu'au moins certaines des cibles des drones sont repérées à l'aide d'un dispositif de repérage apposé (ou peint) sur le véhicule, sur un bagage ou un équipement de la personne ciblée, voire sur la personne elle-même ou l'une des personnes ciblées. Troisièmement, dans certains cas (notamment sur le sol afghan) des forces armées postées à proximité sont aussi chargées de surveiller la cible. Quatrièmement, à l'exception de la version thermobarique des missiles Hellfire⁵⁵, la plupart des missiles lancés par des drones sont censés avoir

52 Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, *op. cit.*, note 21, règle 15.

53 Protocole additionnel I de 1977, article 57(2)(a)(ii).

54 Un ancien responsable des services antiterroristes à la Maison Blanche, resté anonyme, aurait en revanche affirmé « qu'il y a tellement de drones » dans le ciel pakistanais que des querelles ont éclaté pour savoir quels opérateurs à distance pouvaient se prévaloir de telle ou telle cible, provoquant des « problèmes de commandement et de contrôle ». Voir J. Meyer, *op. cit.*, note 7.

55 Selon le site Internet d'un fabricant d'armement des États-Unis, le missile air-sol Hellfire version AGM-114N est muni d'une tête thermobarique à charge métallique augmentée capable d'aspirer l'air hors d'une cave, de provoquer l'effondrement d'un bâtiment ou de produire, à l'extérieur, « un effet de souffle dans un rayon prodigieusement étendu ». « US Hellfire missile orders, FY 2011-2014 », dans

un rayon d'action moindre que les autres munitions classiques généralement tirées d'avions de combat. Ces facteurs ne suppriment pas le risque de faire des victimes civiles, mais ils constituent certainement des précautions pratiquement possibles permettant de réduire au minimum les pertes de vies humaines dans la population civile qui pourraient être causées incidemment⁵⁶.

On ne saurait toutefois nier qu'il y ait eu de sérieux échecs, comme l'opération menée en 2010 en Afghanistan durant laquelle 23 civils afghans ont été tués et 12 autres blessés par une attaque par drone⁵⁷. En mai 2010, les forces armées américaines ont publié un rapport sur cet incident indiquant que la communication « d'informations inexactes et dénotant un manque de professionnalisme » par les opérateurs du drone Predator étaient à l'origine de la mort d'un groupe de civils composé d'hommes, de femmes et d'enfants visé par une attaque aérienne en février 2010⁵⁸. D'après ce rapport, quatre officiers américains, dont un commandant de brigade et de bataillon, ont été réprimandés et deux officiers subalternes ont fait l'objet de mesures disciplinaires. Le Général Stanley A. McChrystal, qui a présenté des excuses au Président afghan Hamid Karzai après l'attaque, a annoncé une série de mesures de formation destinées à empêcher que de tels événements se reproduisent. Il a également demandé aux commandants de l'armée de l'air d'ouvrir une enquête sur les opérateurs du Predator⁵⁹.

Defence Industry Daily, 10 janvier 2012, disponible sur : <http://www.defenseindustrydaily.com/US-Hellfire-Missile-Orders-FY-2011-2014-07019/>.

- 56 On notera, cependant, la prudence dont fait preuve à cet égard Alston : « Les partisans des drones soutiennent que, puisque les drones offrent une capacité de surveillance supérieure et une plus grande précision que les autres armes, ils permettent de réduire le nombre de victimes et de blessés collatéraux parmi la population civile. C'est peut-être vrai dans une certaine mesure, mais c'est une image incomplète. La précision et la licéité d'une frappe dépendent des renseignements humains sur lesquels repose la décision de ciblage ». « 2010 Study on Targeted Killings », *op. cit.*, note 11, para. 81 [traduction CICR]. En effet, Daniel Byman avance l'argument suivant : « Réduire le nombre de victimes nécessite de disposer de services de renseignement de premier ordre. Les opérateurs doivent non seulement savoir où se trouvent les terroristes, mais aussi qui est avec eux et qui risque de se trouver dans le rayon de souffle. La surveillance n'est souvent pas exercée à un tel niveau, et l'utilisation délibérée par les terroristes d'enfants et d'autres civils comme boucliers humains rend plus probable encore la mort de civils dans l'opération. » Daniel L. Byman, « Do Targeted Killings Work? », *Brookings Institution*, 14 juillet 2009, disponible sur : http://www.brookings.edu/opinions/2009/0714_targeted_killings_byman.aspx.
- 57 « First Drone Friendly Fire Deaths », dans *RT*, 12 avril 2011, disponible sur : <http://rt.com/usa/news/first-drone-friendly-fire/>. En octobre 2011, le Département de la défense des États-Unis a conclu que des erreurs de communication entre membres du personnel militaire avaient été à l'origine, en avril de la même année, de la frappe au cours de laquelle deux soldats américains avaient été tués par erreur en Afghanistan. « Drone strike killed Americans », dans *RT*, 17 octobre 2011, disponible sur : <http://rt.com/usa/news/drone-american-military-report-057/>.
- 58 Dexter Filkins, « Operators of Drones Are Faulted in Afghan Deaths », dans *New York Times*, 29 mai 2010, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2010/05/30/world/asia/30drone.html>. Le rapport, signé du général de division T. P. McHale, établissait que les opérateurs du Predator au Nevada et des « postes de commandement inefficaces » de la zone n'avaient pas transmis au commandant de terrain des informations sur la présence de civils dans les camions. Selon des responsables militaires à Washington et en Afghanistan qui se sont exprimés sous le couvert de l'anonymat, des analystes des services de renseignement qui surveillaient le signal vidéo du drone ont à deux reprises envoyé des messages électroniques pour prévenir les opérateurs du drone et les postes de commandement au sol de la présence visible d'enfants.

59 *Ibid.*

La question du nombre de civils tués par des frappes de drones divise fortement⁶⁰. Selon un article paru en mai 2012 dans *The New York Times*, l'administration Obama a opté pour une méthode de dénombrement des victimes civiles consistant à « compter effectivement comme combattants tous les hommes d'une zone de frappe en âge de servir... à moins que leur innocence soit expressément prouvée à titre posthume par des informations des services de renseignement »⁶¹. À la lumière de ces événements, l'« extraordinaire affirmation » du conseiller principal du Président Obama pour la lutte antiterroriste, John O. Brennan, selon laquelle il n'y aurait eu « aucune victime collatérale » au cours des 12 mois écoulés paraît d'une exactitude très discutable⁶².

La règle de la distinction

Cette règle, que l'on peut considérer comme la plus fondamentale de toutes les règles du DIH, est beaucoup plus simple à appliquer dans un conflit armé international que dans un conflit ne présentant pas un caractère international. L'utilisation de drones de combat ne semble être confirmée jusqu'ici que dans deux conflits armés internationaux, celui auquel ont pris part les États-Unis et leurs alliés en Afghanistan (contre les forces talibanes, et non pas contre Al-Qaïda⁶³) en 2001-2002⁶⁴, et celui qui a opposé les forces armées des États membres de l'OTAN à la Libye en 2011. Il est aussi avéré, par ailleurs, que des frappes de drones aient eu lieu en 2003-2004 lors de

60 Voir, par exemple, Chris Woods, « Analysis: CNN expert's civilian drone death numbers don't add up », dans *The Bureau of Investigative Journalism*, 17 juillet 2012, disponible sur : <http://www.thebureauinvestigates.com/2012/07/17/analysis-cnn-experts-civilian-drone-death-numbers-dont-add-up/>.

61 Jo Becker et Scott Shane, « Secret 'Kill List' Proves a Test of Obama's Principles and Will », dans *New York Times*, 29 mai 2012, disponible sur : http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/obamas-leadership-in-war-on-al-qaeda.html?_r=1&pagewanted=all.

62 « Le Bureau du journalisme d'enquête » (*Bureau of Investigative Journalism*), qui suit le bilan des opérations, a recensé entre 63 et 127 victimes non activistes en 2011, d'après des « décomptes crédibles des médias », et une enquête de l'agence Associated Press a récemment établi qu'au moins 56 villageois et membres de milices tribales avaient été tués au cours des 10 frappes les plus importantes menées depuis août 2010. Toutefois, des analystes, des représentants du gouvernement américain et même de nombreux chefs de tribus reconnaissent que les drones sont de plus en plus précis. Sur les dix frappes qui ont eu lieu cette année, il n'y aurait eu, selon les organes d'information locaux, qu'un cas entraînant des victimes civiles. Dans tous les autres cas, 58 personnes tuées selon des estimations modérées, les victimes étaient des activistes ». Declan Walsh, Eric Schmitt et Ihsanullah T. Mehsud, « Drones at Issue as U.S. Rebuilds Ties to Pakistan », dans *New York Times*, 18 mars 2012, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2012/03/19/world/asia/drones-at-issue-as-pakistan-ties-to-mend-us-ties.html?pagewanted=all>. Pour une défense argumentée des frappes de drones et de l'idée que le nombre de victimes dans la population civile serait largement exagéré, voir, par exemple, Gregory S. McNeal, « Are Targeted Killings Unlawful? A Case Study in Empirical Claims Without Empirical Evidence », dans C. Finkelstein, J. D. Ohlin et A. Altmann (éd.), *Targeted Killings, Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 326-346.

63 De l'avis de l'auteur, il est préférable de classer la lutte menée contre Al-Qaïda en Afghanistan depuis 2001 séparément, comme un conflit armé non international.

64 Le conflit contre les talibans a changé de caractère après la *Loya Jirga* qui a élu Hamid Karzai à la présidence en juin 2002. Sur la question de la qualification des conflits armés en Afghanistan, voir, par exemple Robin Geiss et Michael Siegrist, « Le conflit armé en Afghanistan a-t-il un impact sur les règles relatives à la conduite des hostilités? », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 93, *Sélection française 2011/1*, en particulier pp. 66 et suiv.

l'attaque contre l'Iraq⁶⁵ qui faisait partie du conflit armé international opposant les États-Unis (et leurs alliés) au régime de Saddam Hussein.

Hormis ces exemples, il est clair que l'écrasante majorité des frappes de drones lors de conflits armés se sont produites lors de conflits non internationaux : elles ont été le fait des États-Unis et du Royaume-Uni en Afghanistan à partir de juin 2002⁶⁶, et des États-Unis au Pakistan⁶⁷, en Somalie⁶⁸ et au Yémen⁶⁹. En Iraq, des drones non armés sont maintenant utilisés par le Département d'État américain à des fins de surveillance uniquement⁷⁰ ; des drones armés y ont été utilisés dans le passé, avec des résultats mitigés⁷¹. En Inde, les Forces spéciales indiennes utilisent des drones, mais qui ne seraient pas armés, pour repérer automatiquement les combattants maoïstes⁷².

Cela étant, la règle de distinction qui s'applique – distinction entre les objectifs militaires légitimes et les civils et objets civils – est normalement celle qui régit la conduite des hostilités dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Seuls des objectifs militaires légitimes, incluant les civils « qui participent directement aux hostilités », peuvent légitimement être pris pour cibles des attaques, selon les dispositions de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève complétées par le droit international coutumier (et, le cas échéant, l'article 13(3) du Protocole additionnel II de 1977)⁷³.

65 Voir, par exemple, « Unmanned aerial vehicles (UAVs) », dans *GlobalSecurity.org*, modifié en dernier lieu le 28 juillet 2011, disponible sur : <http://www.globalsecurity.org/intell/systems/uav-intro.htm> .

66 L'Australie et le Canada utiliseraient des drones Heron non armés. Voir, par exemple, « Canada, Australia Contract for Heron UAVs », dans *Defense Industry Daily*, 17 juillet 2011, disponible sur : <http://www.defenseindustrydaily.com/Canada-Contracts-for-Heron-UAVs-05024/> .

67 Voir, par exemple, « US drone strike kills '16' in Pakistan », dans *BBC*, 24 août 2012, disponible sur : <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-19368433>. Il n'est pas certain, par contre, que la situation au Pakistan soit aujourd'hui un conflit armé sous le droit international.

68 La première frappe de drone contre les forces d'Al-Shabaab aurait eu lieu fin juin 2011. Declan Walsh, « US begins drone strikes on Somalia militants », dans *The Guardian*, 1^{er} juillet 2011, p. 18.

69 Voir, par exemple, Ahmed Al Haj, « Khaled Batis Dead: U.S. Drone Strike In Yemen Reportedly Kills Top Al Qaeda Militant », dans *Huffington Post*, 2 septembre 2012, disponible sur : http://www.huffingtonpost.com/2012/09/02/khaled-batis-dead_n_1850773.html ; Hakim Almasmari, « Suspected U.S. drone strike kills civilians in Yemen, officials say », dans *CNN*, 4 septembre 2012, disponible sur : <http://edition.cnn.com/2012/09/03/world/meast/yemen-drone-strike/index.html> .

70 Eric Schmitt et Michael S. Schmidt, « U.S. Drones Patrolling its Skies Provoke Outrage in Iraq », dans *The New York Times*, 29 janvier 2012, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2012/01/30/world/middleeast/iraq-is-angered-by-us-drones-patrolling-its-skies.html?pagewanted=all> .

71 J. Meyer, *op. cit.*, note 7.

72 Nishit Dholabhai, « Scanner in sky gives fillip to Maoist hunt », dans *The Telegraph* (Inde), Calcutta, 16 janvier 2012, disponible sur : http://www.telegraphindia.com/1120117/jsp/nation/story_15015539.jsp .

73 Les États-Unis ne sont pas partie à ce protocole, contrairement à l'Afghanistan. Quand bien même les États-Unis adhèreraient au Protocole, ils feraient peut-être valoir que, d'après son article premier, cet instrument ne s'appliquerait qu'à l'Afghanistan et/ou que son application extraterritoriale aux attaques menées au Pakistan serait exclue. L'article premier dispose, en effet, que le 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, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole ». Pour avoir une vue plus complète de l'application du protocole en Afghanistan, au moins à tous les États parties à cet instrument, voir, par exemple, le projet Rule of Law in Armed Conflict (RULAC), Australia profile, Qualification of Armed Conflicts Section, notamment la note 2, disponible sur : <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/> .

Le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* du CICR est très contestable à certains égards. Personne ne semble prétendre que le DIH interdise de prendre pour cible les forces armées d'un État partie à un conflit armé non international en certaines circonstances⁷⁴. Ce qui est beaucoup plus discutabile, en revanche, c'est l'affirmation selon laquelle des membres (militaires) de groupes armés organisés qui sont partie à un tel conflit satisfont aussi aux critères requis du fait d'une prétendue « fonction de combat continue »⁷⁵. Ceux qui exercent ainsi une fonction de combat continue peuvent, en principe, être visés à tout moment par une attaque (cette possibilité générale étant cependant soumise à la règle de la nécessité militaire). Alston fait ainsi observer que :

la création d'une catégorie « fonction de combat continue » constitue, de fait, une détermination de statut contestable puisque, selon la formulation employée dans le traité, la participation directe est limitée « pendant la durée de l(a) participation », par opposition à « à tout moment »... La création de cette catégorie de fonction de combat continue accroît le risque que soit pris à tort pour cible quelqu'un qui, par exemple, s'est désengagé de sa fonction⁷⁶.

Identifier ces membres militaires, sur le plan juridique et pratique, est une difficulté supplémentaire. Le *Guide interprétatif du CICR* indique que :

au regard du DIH, le critère décisif pour déterminer l'appartenance individuelle à un groupe armé organisé consiste à savoir si une personne assume, pour le groupe, une fonction continue impliquant sa participation directe aux hostilités (ci-après : « fonction de combat continue »). [Cette fonction]... établit plutôt une distinction entre, d'une part, les membres des forces combattantes organisées d'une partie non étatique et, d'autre part, les civils qui participent directement aux hostilités de manière purement spontanée, sporadique ou non organisée, ou qui assument des fonctions exclusivement non combattantes, par exemple de caractère politique ou administratif⁷⁷.

Les personnes qui participent aux hostilités d'une manière spontanée, sporadique ou non organisée ne peuvent être légitimement prises pour cible que pendant leur participation (mais elles peuvent, en d'autres temps, être arrêtées dans

74 Voir Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités dans le droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, pp. 32-33 (ci-après *Guide interprétatif du CICR*).

75 *Ibid.*, pp. 29-30.

76 « 2010 Study on Targeted Killings », *op. cit.*, note 11, paras 65-66 [traduction CICR].

77 *Guide interprétatif du CICR*, *op. cit.*, note 74, p. 35. Selon N. Melzer, la fonction de combat continue « peut également se déduire d'un comportement concluant, par exemple lorsqu'une personne participe aux hostilités directement et de manière répétée, pour soutenir un groupe armé organisé dans des circonstances indiquant qu'une telle conduite constitue une fonction continue et non pas un rôle spontané, sporadique ou temporaire, assumé pendant la durée d'une opération particulière ». *Ibid.*, p. 37 ; voir aussi 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, 2010, p. 890 (ci-après, « Keeping the Balance »).

une opération de maintien de l'ordre et poursuivies en vertu du droit national pour les infractions commises). Celles qui exercent des fonctions exclusivement non combattantes, par exemple à caractère politique ou administratif, ne peuvent légitimement être visées par des attaques à moins qu'elles ne participent directement aux hostilités, et seulement pendant le temps où elles exercent de telles activités⁷⁸. En cas de doute quant à son statut, une personne doit être considérée comme un civil ne participant pas directement aux hostilités⁷⁹.

Sur cette base, l'usage de la force létale contre un militant d'Al-Qaïda en Afghanistan qui planifie, dirige ou exécute une attaque contre l'armée américaine, par exemple, serait donc, *a priori*, licite au regard de la règle de la distinction existant en DIH. Prendre pour cible son fils, sa fille, son épouse ou ses épouses ne le serait que si ces personnes participent directement aux hostilités (et seulement pendant la durée de leur participation)⁸⁰. La légalité de l'attaque contre le militant, si l'on s'attend, par ailleurs, qu'elle tue ou blesse incidemment des civils, dépendra de la détermination établie au regard de la règle de la proportionnalité (voir, plus loin, la sous-section sur la proportionnalité de l'attaque).

Si une telle distinction n'est pas opérée durant l'attaque, celle-ci sera illicite et sera un fait constitutif de crime de guerre⁸¹. En mars 2012, le cabinet

78 Brigadier-General Watkin propose, quant à lui, d'élargir sensiblement la catégorie des personnes qui relèveraient de cette définition, en incluant notamment celles qui exercent exclusivement des fonctions « d'appui aux combattants », telles que les cuisiniers et le personnel administratif. Kenneth Watkin, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in the Hostilities' Interpretive Guidance », dans *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, p. 692, disponible sur : http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv1/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_065932.pdf . Voir N. Melzer, « Keeping the Balance », *op. cit.*, note 77, pp. 848-849.

79 Selon la recommandation VIII du Guide interprétatif du CICR : « Toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises au moment de déterminer si une personne est une personne civile et, en ce cas, si cette personne civile participe directement aux hostilités. En cas de doute, la personne doit être présumée protégée contre les attaques directes ». *Guide interprétatif du CICR*, *op. cit.*, note 74, p. 77. Voir également N. Melzer, « Keeping the balance », *op. cit.*, note 77, notamment pp. 874-877. Radsan affirme que : « Sauf dans des circonstances exceptionnelles, les services ne peuvent frapper que s'ils sont convaincus au-delà de tout doute raisonnable que leur cible est un combattant en action d'Al-Qaïda ou d'un groupe terroriste similaire. Les frappes de drones sont, en effet, des exécutions ne laissant aucune possibilité réaliste de recours devant les tribunaux par *habeas corpus* ou sous une autre forme de procédure ». A.J. Radsan, *op. cit.*, note 19, p. 3 [traduction CICR]. On peut regretter de voir l'auteur affirmer, plus loin : « Il existe, bien entendu, des exceptions à ce que je formule comme une règle générale concernant le ciblage par la CIA. Je résume ces exceptions sous l'étiquette de 'circonstances extraordinaires' ; par exemple une cible jouant un rôle irremplaçable dans Al-Qaïda, ou un opérateur de drone voyant une personne sur l'écran qui est probablement Ben Laden, mais sans en avoir la certitude absolue. Même dans ces cas, l'avantage militaire qu'il y aurait à tuer Ben Laden plutôt qu'un terroriste de second rang justifie parfois que l'on prenne aussi le risque de tuer ou blesser par erreur un paisible civil ». *Ibid.*, p. 5.

80 À cet égard, Melzer note que, selon la déclaration des États-Unis dans le contexte du Protocole facultatif relatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, « 'participer directement aux hostilités' : i) s'entend d'actes immédiats et effectifs sur le champ de bataille susceptibles de causer un dommage à l'ennemi parce qu'il y a un lien de causalité direct entre ces actes et le dommage causé à l'ennemi ; et ii) ne s'entend pas d'actes de participation indirecte aux hostilités, comme la collecte et la transmission de renseignements militaires, le transport d'armes, de munitions et d'autres fournitures, ni du déploiement avancé ». Voir N. Melzer, « Keeping the balance », *op. cit.*, note 77, p. 888 et note 226.

81 À cet égard, les affirmations selon lesquelles les frappes de drones de la CIA ont souvent pris pour cible des cortèges funèbres ou les personnes venues au secours des victimes de frappes de drones sont

d'avocats britannique Leigh Day & Co et l'organisme de bienfaisance Reprieve ont engagé des poursuites contre le Ministre des affaires étrangères du Royaume-Uni, William Hague, au nom de Noor Khan, dont le père Malik Daud Khan avait été tué lors d'une frappe aérienne au Pakistan en 2011 « alors qu'il présidait un paisible conseil de sages tribaux »⁸².

En 2009, les médias ont rapporté que les noms de quelque 50 barons de la drogue afghans soupçonnés de participer au financement des talibans avaient été ajoutés à la *Joint Integrated Prioritized Target List*, la liste des cibles terroristes approuvée par le Pentagone, déjà longue de 367 noms⁸³. Les personnes qui cultivent, distribuent ou vendent des stupéfiants sont *a priori* des criminels ; toutefois, même s'ils financent délibérément ou non le terrorisme, ils ne participent pas directement aux hostilités en Afghanistan⁸⁴. Diriger des frappes de drones contre des criminels serait donc contraire au droit.

La règle de la proportionnalité

Même lorsque la cible d'une opération est un objectif militaire légitime au regard du DIH, se pose la question de la proportionnalité, qui peut avoir des incidences sur le choix des moyens et méthodes de guerre pouvant légitimement être mis en œuvre, ou même empêcher le lancement d'une attaque. Une attaque qui ne respecterait pas la règle de la proportionnalité serait une attaque sans discrimination, selon le Protocole additionnel I de 1977⁸⁵. Cette règle ne figure ni dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ni dans le Protocole additionnel II de 1977, mais elle est considérée comme une règle coutumière du DIH applicable aux conflits armés internationaux comme aux conflits armés ne présentant pas un caractère international. La Règle 14 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier est ainsi formulée :

Il est interdit de lancer des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

extrêmement inquiétantes. Selon un rapport du *Bureau of Investigative Journalism* : « À l'issue de trois mois d'enquête et de récits recueillis auprès de témoins oculaires, il est apparu qu'au moins 50 civils avaient été tués lors de frappes consécutives à une attaque alors qu'ils portaient secours aux victimes. Plus de 20 civils ont également été délibérément ciblés lors d'attaques lancées sur des convois funèbres et les participants aux funérailles ». « Obama terror drones: CIA tactics in Pakistan include targeting rescuers and funerals », dans *Bureau of Investigative Journalism*, 4 février 2012, disponible sur : <http://www.thebureauinvestigates.com/2012/02/04/obama-terror-drones-cia-tactics-in-pakistan-include-targeting-rescuers-and-funerals/> [traduction CICR].

82 « GCHQ staff could be at risk of prosecution for war crimes », dans *Gloucester Echo*, 13 mars 2012, disponible sur : <http://www.thisisgloucestershire.co.uk/GCHQ-staff-risk-prosecution-war-crimes/story-15505982-detail/story.html>.

83 J. Meyer, *op. cit.*, note 7.

84 Voir, à cet égard, « 2010 Study on Targeted Killings », *op. cit.*, note 11, para. 68.

85 Protocole additionnel I de 1977, articles 51(5)(b) et 57(2)(a)(iii).

La question, naturellement, est de savoir ce que l'on entend par « excessif ». Dans le commentaire publié par le CICR sur l'article 51(5) du Protocole additionnel I de 1977, d'où est extrait le texte énonçant la règle de la proportionnalité de l'attaque, il est dit que :

La disproportion entre les pertes et dommages causés et l'avantage militaire attendu pose évidemment un problème délicat ; certaines situations ne laisseront subsister aucun doute, tandis que dans d'autres situations il y aura matière à hésitation. Dans de tels cas, c'est l'intérêt de la population civile qui doit primer⁸⁶.

La notion de ce qui est proportionné sera appréciée, cela va sans dire, très diversement par tel État et tel autre. Même entre des alliés militaires proches comme le Royaume-Uni et les États-Unis, les avis divergent sensiblement sur ce point. L'Afghanistan nous en donne un exemple éloquent en mars 2011, lorsque quatre civils afghans ont été tués et deux autres blessés par un drone de la Royal Air Force lors d'une attaque contre des « chefs insurgés » dans la province de Helmand, la première opération dans laquelle il a été confirmé qu'un avion Reaper du Royaume-Uni avait causé la mort de civils⁸⁷. Dans un communiqué de presse, le porte-parole du Ministère de la défense du Royaume-Uni a dit ceci :

« Un incident faisant des victimes parmi les civils est profondément regrettable et nous prenons toutes les mesures possibles pour éviter que de tels incidents se produisent. Le 25 mars, un appareil Reaper du Royaume-Uni a été chargé d'attaquer et de détruire deux camions. La frappe a entraîné la mort de deux insurgés et la destruction d'une quantité importante d'explosifs transportés dans les camions. Malheureusement, quatre civils afghans ont aussi été tués et deux autres blessés. Il existe des procédures rigoureuses, fréquemment revues à la lumière de l'expérience, qui ont pour but d'une part de minimiser le risque de morts accidentelles et d'autre part d'enquêter sur tout incident qui se produit malgré tout (traduction CICR). »

Une enquête a été menée par la Force internationale d'assistance et de sécurité (FIAS) pour déterminer s'il y avait des leçons à tirer de cet incident ou si des erreurs avaient été commises dans les procédures opérationnelles ; le rapport a indiqué que les équipages du Reaper avaient agi conformément aux procédures et aux règles d'engagement du Royaume-Uni⁸⁸.

Néanmoins, une « source », apparemment attachée au Ministère de la défense du Royaume-Uni, a fait savoir au quotidien britannique *The Guardian* que cette attaque « n'aurait pas eu lieu si nous avions su qu'il y avait aussi des civils à

86 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éds), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1987, paras. 1979-1980.

87 N. Hopkins, *op. cit.*, note 5.

88 *Ibid.*

bord des véhicules »⁸⁹. Ainsi, bien que la cible (c'est-à-dire les insurgés se trouvant dans au moins un des camions pick-up) n'aurait probablement pas été illégitime au regard du DIH, il semble que le Royaume-Uni aurait estimé disproportionné de cibler les deux insurgés s'il avait su que des civils se trouvaient à bord des camions.

On comparera à l'exemple qui précède le cas de la mort du chef taliban, Baitullah Mehsud. Le 23 juin 2009, la CIA tuait Khwaz Wali Mehsud, un commandant taliban pakistanais de rang intermédiaire. Elle entendait utiliser sa dépouille comme « appât » pour tuer Baitullah Mehsud, censé assister aux funérailles. Parmi les quelque 5 000 personnes rassemblées pour la circonstance se trouvaient des combattants talibans mais aussi de nombreux civils. Les drones américains frappèrent de nouveau, tuant jusqu'à 83 personnes. Parmi les victimes, il y aurait eu 45 civils, dont 10 enfants et 4 chefs tribaux. Une attaque de ce type pose des questions très graves du point de vue de l'interdiction des attaques sans discrimination. Baitullah Mehsud en sortit indemne, mais succomba six semaines plus tard, ainsi que sa femme, à une nouvelle frappe de la CIA⁹⁰.

L'utilisation d'armes licites

Le droit coutumier interdit l'usage, dans les conflits armés internationaux et non internationaux, d'armes de nature à frapper sans discrimination ou à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles⁹¹. En général, les missiles Hellfire normalement lancés par des drones ne paraissent pas enfreindre cette règle⁹². Comme nous l'avons dit plus haut, cependant, la prudence s'impose en ce qui concerne l'utilisation potentielle de missiles Hellfire thermobariques. Compte tenu de leur grand champ d'action et de leurs conséquences sur les êtres humains, ces missiles demandent à être examinés de plus près au regard de ces deux principes généraux relatifs à l'armement⁹³. De surcroît, les drones n'étant que des plateformes, il arrive qu'ils soient équipés d'autres armes qui ne respectent pas forcément l'interdiction de l'usage d'armes illicites dans les conflits armés.

Lien avec le conflit

Faut-il considérer les frappes au Pakistan, en particulier celles qui visent des hommes soupçonnés d'appartenir à Al-Qaïda, comme s'inscrivant dans la

89 *Ibid.*

90 C. Woods et C. Lamb, *op. cit.*, note 81. D'après Meyer, la CIA a effectué 16 frappes de missiles tuant jusqu'à 321 personnes avant de réussir à atteindre Baitullah Mehsud. Voir J. Meyer, *op. cit.*, note 7.

91 Voir l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, *op. cit.*, note 21, règles 70 et 71.

92 Étant donné que les frappes de drones se déroulent souvent dans des zones densément peuplées, si le rayon de souffle des missiles utilisés devait augmenter, il serait plus problématique de respecter l'interdiction concernant les attaques sans discrimination.

93 Les armes thermobariques compteraient « parmi les armes les plus horribles qui puissent se trouver dans l'arsenal d'une armée : la bombe thermobarique, explosif effroyable qui enflamme l'air au-dessus de sa cible, et vide ensuite de son oxygène toute personne ayant eu le malheur de survivre à l'explosion initiale ». Noah Shachtman, « When a gun is more than a gun », dans *Wired*, 20 mars 2003, disponible sur : <http://www.wired.com/politics/law/news/2003/03/58094> (consultée en dernier lieu le 20 février 2012, la page n'est plus disponible).

conduite licite des hostilités dans le cadre du conflit armé en Afghanistan⁹⁴ ? Dans un échange en ligne du 31 janvier 2012, le Président Obama disait que les frappes de drones au Pakistan, effectuées par la CIA plutôt que par l'armée⁹⁵, étaient une « action ciblée, centrée sur des personnes répertoriées comme étant des terroristes actifs » et que les États-Unis ne se contentaient pas « de frapper à tort et à travers », mais visaient « des gens soupçonnés d'appartenir à Al-Qaïda vivant dans des zones montagneuses d'accès difficile le long de la frontière entre l'Afghanistan et le Pakistan »⁹⁶. Un « terroriste » n'est cependant pas toujours quelqu'un qui est engagé dans un conflit armé (*a fortiori* les barons de la drogue évoqués plus haut). Il doit exister clairement un lien avec un conflit armé impliquant une partie non étatique clairement définie, et non un discours prônant une vague « guerre contre le terrorisme » mondialisée, dont l'administration américaine actuelle, d'ailleurs, cherche à se démarquer⁹⁷. Comme le souligne Melzer,

La question de savoir si un groupe participe ou non aux hostilités ne consiste pas seulement à savoir si ce groupe recourt à la violence armée organisée dans une situation coïncidant temporellement et géographiquement avec un conflit armé, mais si cette violence sert à aider l'un des belligérants contre un autre (lien de belligérance)⁹⁸.

Selon le Procureur général des États-Unis, Eric Holder, qui a évoqué la question des frappes de drones dans un discours prononcé en mars 2012, « la compétence juridique du gouvernement des États-Unis ne se limite pas aux champs de bataille d'Afghanistan ». M. Holder a déclaré que, dans certaines circonstances, « il serait licite d'employer la force meurtrière dans le cadre d'une opération menée dans un pays étranger contre un citoyen américain qui est un haut dirigeant d'Al-Qaïda ou de forces associées et qui planifie activement de tuer des Américains »⁹⁹. Les circonstances évoquées sont notamment le fait qu'un examen approfondi a permis de déterminer que la personne fait peser une « menace imminente d'attaque violente contre les États-Unis », que

94 Lorsque, en revanche, des talibans pakistanais ou afghans planifient ou réalisent des incursions sur le territoire afghan, ou lorsque les États-Unis lancent des frappes de drones pour soutenir le Pakistan dans le conflit armé non international contre les talibans pakistanais, ces opérations sont clairement liées à un conflit armé spécifique.

95 Les drones de la CIA seraient commandés d'un bâtiment d'une banlieue proche de Langley (Virginie) où se trouve le siège de l'Agence. Voir D. Walsh, *op. cit.*, note 68.

96 Voir, par exemple, la vidéo « Obama discusses US use of drones in online Q&A », dans *The Guardian*, 31 janvier 2012, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/world/video/2012/jan/31/obama-us-drones-video>.

97 Voir, par exemple, N. Lubell, *op. cit.*, note 23, pp. 113, en particulier la note 5, et 114.

98 N. Melzer, « Keeping the balance », *op. cit.*, note 77, p. 841 [traduction CICR] ; voir également N. Melzer, *op. cit.*, note 11, p. 427.

99 La notion de « forces associées » devrait être précisée. Les États-Unis auraient une position juridique plus défendable s'ils restreignaient publiquement leur liste de personnes à éliminer aux dirigeants d'Al-Qaïda, au lieu d'y inclure toute personne soutenant publiquement ou en privé les objectifs de cette organisation ou adhérant à ses méthodes.

« sa capture n'est pas possible » et que « l'opération sera menée conformément aux principes applicables du droit de la guerre »¹⁰⁰.

S'il serait opportun de limiter la licéité des assassinats ciblés à ceux visant des hauts dirigeants d'Al-Qaïda ou de forces associées qui font peser « une menace imminente d'attaque violente contre les États-Unis », car cela nous laisse supposer qu'une frappe ne sera pas autorisée à moins que la menace d'attaque violente soit « imminente », cela laisse cependant subsister plusieurs questions. Premièrement, qu'est-ce qu'une menace « imminente » ? Deuxièmement, les hommes tués par les frappes de drones au Pakistan ne sont souvent pas des hauts dirigeants, mais des combattants de rang intermédiaire ou subalterne. Qu'en est-il de la légalité de ces frappes ? Ou bien les critères de restriction des frappes ne valent-ils que lorsqu'il s'agit de citoyens américains ? Ce qui voudrait dire, s'agissant d'étrangers, que « la chasse est ouverte »¹⁰¹ ? Troisièmement, les États-Unis considèrent-ils une attaque contre des forces américaines en Afghanistan conduite par des combattants basés au Pakistan comme une attaque terroriste ? Bien que la définition du mot « terrorisme » soit toujours controversée, nombreux sont ceux qui soutiennent que ce qui caractérise et définit le terrorisme, c'est le fait de prendre pour cible des civils – et non des membres des forces armées d'un État¹⁰² – dans l'intention d'influencer la politique du gouvernement sur un ou plusieurs sujets. Or ce n'est manifestement pas ainsi que le gouvernement des États-Unis comprend le mot « terrorisme ».

Le discours du Procureur général élude, une fois encore, la question de savoir si de telles frappes s'inscrivent dans un conflit armé : l'engagement verbal de conduire une opération « conformément aux principes applicables du droit de la guerre » ne signifie pas, en effet, que le DIH soit applicable selon le droit international. Dans l'affaire *Hamdan c. Rumsfeld*, la Cour suprême des États-Unis a rejeté l'assertion selon laquelle le conflit était une guerre globale contre Al-Qaïda à laquelle les Conventions de Genève ne s'appliquaient pas, et a déterminé, en l'espèce, que l'article 3 commun aux Conventions de Genève s'appliquait à Salim Ahmed Hamdan, ancien garde du corps et chauffeur d'Oussama Ben Laden capturé par les forces armées des États-Unis en Afghanistan en novembre 2001¹⁰³. Cet arrêt ne signifie pas que toute personne affiliée à Al-Qaïda, où qu'elle se trouve dans le monde, soit impliquée dans un conflit armé non international contre les États-Unis, en tant que personne participant directement aux hostilités du fait de son adhésion, voire de son soutien indirect, à une idéologie violente¹⁰⁴.

100 « Attorney General Eric Holder defends killing of American terror suspects », dans *Daily Telegraph*, 6 mars 2012, disponible sur : <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/al-qaeda/9125038/Attorney-General-Eric-Holder-defends-killing-of-American-terror-suspects.html>.

101 Radsan écrit : « Si la vie de citoyens non-américains a autant d'importance que celle de citoyens américains, le même système de procédure régulière (ou de 'précaution', pour reprendre un terme de DIH) devrait s'appliquer à tous. En d'autres termes, si les contrôles ne sont pas assez précis pour tuer des Américains, ils ne le sont pas non plus pour tuer des Pakistanais, des Afghans ou des Yéménites ». Voir A. J. Radsan, *op. cit.*, note 19, p. 10.

102 Voir, par exemple, le document de l'ONU « Un monde plus sûr : notre affaire à tous ; Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement », New York, 2004, paras. 159-161.

103 Cour suprême des États-Unis, affaire *Hamdan c. Rumsfeld*, 29 juin 2006, pp. 67-69.

104 Voir, par exemple, M.E. O'Connell, « Seductive drones : learning from a decade of lethal operations », Notre Dame Legal Studies Paper No. 11-35, dans *Notre Dame Law School Journal of Law, Information*

Les frappes de drones et le droit international des droits de l'homme

Après avoir étudié l'application du DIH aux attaques de drones et ses effets dans une situation de conflit armé, nous verrons dans cette section quelles sont les implications du droit international des droits de l'homme en ce qui concerne l'usage de drones de combat. Le premier assassinat ciblé exécuté à l'aide d'un drone en dehors de la scène d'un conflit armé serait, semble-t-il, celui de six membres présumés d'Al-Qaïda dont Qaed Senyan Al-Harithi, plus connu sous le nom d'Abou Ali Al-Harithi, soupçonné d'avoir été l'instigateur du bombardement du navire américain *USS Cole* en octobre 2000¹⁰⁵. Tous les six ont été tués le 3 novembre 2002 au Yémen par un ou peut-être deux missile(s) Hellfire¹⁰⁶ tiré(s) d'un drone commandé par la CIA (agence centrale de renseignement des États-Unis), détruisant la jeep à bord de laquelle les hommes se déplaçaient dans la province de Marib, dans le nord du Yémen, à environ 160 kilomètres à l'est de Sanaa¹⁰⁷. Depuis lors, les assassinats ciblés à l'aide de drones sont devenus monnaie courante au Pakistan et, dans une moindre mesure, au Yémen et dans d'autres pays¹⁰⁸. En septembre 2011, l'exécution au Yémen, par un drone de la CIA, d'Anwar Al-Awlaki, un religieux musulman radical d'ascendance yéménite, a suscité une polémique d'autant plus vive qu'il était citoyen américain¹⁰⁹. Après l'échec de plusieurs frappes dirigées contre lui, sa famille avait engagé une bataille juridique en vue d'empêcher que les États-Unis exécutent sans procès un de leurs citoyens¹¹⁰.

Dans la première sous-section, nous verrons comment le droit international des droits de l'homme régit l'emploi de la force dans une situation de

✂ *Science*, août 2011 ; également cité par Carrie Johnson dans « Holder spells out why drones target US citizens », *NPR*, 6 mars 2012, disponible sur : <http://www.npr.org/2012/03/06/148000630/holder-gives-rationale-for-drone-strikes-on-citizens>.

105 Voir N. Melzer, *op. cit.*, note 11, p. 3 ; « Sources: US kills Cole suspect », dans *CNN*, 4 novembre 2002, disponible sur : http://articles.cnn.com/2002-11-04/world/yemen.blast_1_cia-drone-marib-international-killers?_s=PM:WORLD.

106 Le missile AGM-114 Hellfire est un missile air-sol conçu initialement pour un usage antichar, qui peut être lancé d'une plateforme aérienne, navale ou terrestre. Voir, par exemple, Lockheed Martin, « HELLFIRE II Missile », sur le site de *Lockheed Martin*, non daté, disponible sur : <http://www.lockheedmartin.com/us/products/HellfireII.html> (consulté le 20 mars 2012). Le missile, dont le premier lancement téléguidé a eu lieu en 1978, tire son nom du fait qu'il était conçu pour être tiré d'hélicoptère et fonctionner de manière automatisée après lancement (HELicopter Launched FIRE-and-forget). « AGM-114A HELLFIRE missile », dans *Boeing*, disponible sur : <http://www.boeing.com/history/bna/hellfire.htm>.

107 Voir, par exemple, « CIA 'killed al-Qaeda suspects' in Yemen », dans *BBC*, 5 novembre 2002 ; et « US Predator kills 6 Al Qaeda suspects », dans *ABC News*, 4 novembre 2002, disponible sur : <http://abcnews.go.com/WNT/story?id=130027&page=1>. Selon l'article de *ABC News*, il ne restait plus du véhicule « que quelques débris dans le désert ».

108 Les forces israéliennes ont commis des assassinats ciblés de Palestiniens à l'aide de drones. Voir, par exemple, « Three killed in Israeli airstrike », dans *CNN*, 23 juin 2012, disponible sur : <http://articles.cnn.com/keyword/gaza-strip> ; « Gaza truce gets off to a shaky start », dans *CNN*, 23 juin 2012, disponible sur : http://articles.cnn.com/2012-06-23/middleeast/world_meast_israel-gaza-violence_1_gaza-truce-popular-resistance-committees-palestinian-medical-officials?_s=PM:MIDDLEEAST.

109 « Predator drones and unmanned aerial vehicles (UAVs) », dans *The New York Times*, mise à jour du 5 mars 2012.

110 « Obituary: Anwar al-Awlaki », dans *BBC*, 30 septembre 2011, disponible sur : <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-11658920>.

« maintien de l'ordre », en dehors d'un conflit armé, et dans la seconde nous analyserons son rôle et ses effets réels et potentiels dans un conflit armé, en tant qu'élément constitutif, avec le DIH, du *jus in bello*.

L'application des droits de l'homme au maintien de l'ordre

En droit international des droits de l'homme, deux principes importants régissent l'usage de la force dans le contexte du maintien de l'ordre : la nécessité et la proportionnalité. Bien que ces termes soient employés à la fois dans le contexte du *jus ad bellum* et dans celui du DIH, ils ont un sens précis nettement différent dans le contexte des droits de l'homme. Alston écrit :

« Un meurtre d'État n'est légal que s'il doit être commis pour protéger la vie (la force létale étant ainsi *proportionnée*) et s'il n'existe aucun autre moyen, tel que la capture ou la neutralisation l'individu, d'empêcher cette menace de mort de se réaliser (la force létale étant ainsi *nécessaire*) »¹¹¹.

À cela s'ajoute que la menace de mort devant être écartée par le recours à la force létale doit être imminente¹¹². Ainsi, pour ce qui est de la manière de réglementer l'usage intentionnel de la force létale, le droit international des droits de l'homme reprend généralement les critères fixés dans les Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois de 1990 (« les Principes de base »¹¹³). La dernière phrase du 9^e Principe de base précise : « Quoi qu'il en soit, [les responsables] ne recourent intentionnellement à l'usage meurtrier d'armes à feu que si cela est absolument inévitable pour protéger des vies humaines »¹¹⁴.

Il existe toutefois deux objections à cette position générale. La première est que ces principes n'ont pas été conçus pour régir les actes des forces armées

111 « 2010 Study on Targeted Killings », *op. cit.*, note 11, para. 32 [traduction CICR]. Melzer souligne que, dans le « modèle » du maintien de l'ordre, « le critère de la proportionnalité ne consiste pas à savoir si l'usage de la force potentiellement létale est 'nécessaire' pour mettre fin à une menace concrète, mais s'il est 'justifié' compte tenu de la nature et de l'ampleur de cette menace ». N. Melzer, *op. cit.*, note 11, p. 115 [traduction CICR].

112 Selon le Principe 9 des Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, de 1990 : « Les responsables de l'application des lois ne doivent pas faire usage d'armes à feu contre des personnes, sauf en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace *imminente* de mort ou de blessure grave, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines, ou pour procéder à l'arrestation d'une personne présentant un tel risque et résistant à leur autorité, ou l'empêcher de s'échapper, et seulement lorsque des mesures moins extrêmes sont insuffisantes pour atteindre ces objectifs » [nous soulignons].

113 Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990. Les États-Unis n'ont pas participé à cette réunion, mais une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée la même année a accueilli avec satisfaction les Principes de base et a invité les gouvernements « à les respecter et à les prendre en considération dans le cadre de leurs législations et de leurs pratiques nationales ». AG ONU, Rés. 45/166, A/45/PV.69, adoptée sans vote le 18 décembre 1990.

114 Le Principe 8 se lit comme suit : « Aucune circonstance exceptionnelle, comme l'instabilité de la situation politique intérieure ou un état d'urgence, ne peut être invoquée pour justifier une dérogation à ces Principes de base ».

en situation de conflit armé, lesquels continuent de relever du *jus in bello*. La seconde est que le seuil de l'emploi intentionnel de la force létale a été fixé en termes moins restrictifs par la jurisprudence domestique des États-Unis (en ce qui concerne les pouvoirs de police) et interprété, de même, d'une manière plus laxiste par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (pour les opérations antiterroristes)¹¹⁵. Dans l'affaire *Tennessee v. Garner*¹¹⁶, la Cour suprême des États-Unis a dit que :

Lorsque le policier peut avoir des raisons de penser que le suspect fait peser une menace d'atteinte grave à l'intégrité physique sur sa personne ou sur d'autres personnes, il n'est pas déraisonnable, du point de vue constitutionnel, d'empêcher le suspect de s'échapper en employant la force meurtrière. Ainsi, si le suspect menace le policier avec une arme ou lorsque l'on peut avoir des raisons de penser qu'il a commis un délit grave consistant à infliger ou menacer d'infliger des atteintes graves à l'intégrité physique, la force mortelle peut être utilisée si elle est nécessaire pour empêcher sa fuite, après sommation si la situation le permet¹¹⁷.

D'autres pays dont l'Australie et le Royaume-Uni défendent le critère plus rigoureux énoncé dans les Principes de base. Le Royaume-Uni, par exemple, a pour politique de tirer pour tuer en présence d'un suspect d'attentat-suicide, ce qui est tout à fait conforme à ce critère parce que l'attentat-suicide réunit la menace de mort et le critère de l'imminence, qui est un facteur associé à la gravité de la menace. À la suite de la mort de Jean-Charles de Menezes, un jeune homme

115 La Commission semble toutefois faire une confusion entre les situations dans lesquelles l'usage des armes à feu est permis (menace imminente de mort ou de blessure grave) et celles dans lesquelles l'emploi intentionnel de la force létale est admis. Elle cite, en effet, en alléguant que les responsables de l'application des lois peuvent aussi faire usage de la force meurtrière pour se protéger eux-mêmes ou pour protéger d'autres personnes contre une menace imminente de blessure grave, le 9^e Principe de base, qui, comme nous l'avons vu, limite l'usage intentionnel de la force létale aux cas où cela est absolument inévitable pour protéger des vies. Certains auteurs influents semblent avoir commis la même erreur. Voir, par exemple, N. Melzer, « Keeping the balance », *op. cit.*, note 77, p. 903 ; N. Melzer, *op. cit.*, note 11, pp. 62 et 197 ; et N. Lubell, *op. cit.*, note 23, p. 238.

116 *Tennessee v. Garner*, 471 US 1, Appeal from the US Court of Appeals for the Sixth Circuit, No. 83-1035 (27 mars 1985). Dans cette affaire, un policier avait tué par balles un garçon de 15 ans qui ne portait aucune arme. Le suspect a été tué par balles dans l'arrière du crâne avec un revolver de calibre 38 chargé de balles à pointe creuse alors qu'il s'enfuyait d'une maison prétendument cambriolée. On a retrouvé sur lui de l'argent et des bijoux pour une valeur de 10 dollars qui auraient été volés dans la maison.

117 La Cour a cité avec approbation le Code pénal modèle selon lequel : « L'usage de la force létale ne peut être justifié... à moins i) que le motif de l'arrestation soit un crime ou un délit majeur (*felony*) ; ii) que la personne qui procède à l'arrestation soit autorisée à agir en tant qu'agent de la paix ou assiste une personne qu'elle croit autorisée à agir en tant qu'agent de la paix ; iii) que la personne qui agit pense que la force employée ne fait courir aucun risque d'atteinte à l'intégrité physique d'innocents ; et iv) que la personne qui agit pense 1) que le délit grave à l'origine de l'arrestation comporte des actes tels que l'utilisation ou la menace d'utilisation de force mortelle, ou 2) qu'il existe un risque important que la personne à arrêter commette des actes meurtriers ou attentant gravement à l'intégrité physique si son appréhension est différée ». American Law Institute, Model Penal Code, Section 3.07(2)(b) (Projet officiel, 1962), cité dans *Tennessee v. Garner*, *ibid.*, para. 166, note 7 [traduction CICR].

tué en juillet 2005 de sept coups tirés à bout portant par des agents de la Police Métropolitaine Londonienne qui l'avaient pris à tort pour un auteur d'attentat-suicide alors qu'il n'était pas armé¹¹⁸, Lord Stevens, ancien commissaire de la police londonienne, a rendu publique, dans un journal britannique populaire, la politique qui avait été adoptée pendant qu'il était en exercice en 2002¹¹⁹. Il a révélé à ce quotidien que les équipes qu'il avait envoyées en Israël et dans d'autres pays¹²⁰ où des attentats-suicides avaient été commis après les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis avaient appris une « terrible vérité », à savoir que le seul moyen d'empêcher un auteur d'attentat-suicide d'agir était de « détruire son cerveau immédiatement, irrémédiablement ». Jusque-là, les policiers tiraient sur le corps du délinquant, « normalement à deux reprises, pour le rendre incapable d'agir et le maîtriser »¹²¹. Sir Ian Blair, qui était Commissaire en 2005, a déclaré que « cela ne servait à rien » de viser un suspect à la poitrine car c'était l'emplacement le plus probable de la bombe et que cela la ferait détoner¹²².

L'imminence est un aspect extrêmement important pour la question des frappes de drones, en particulier compte tenu du risque de subjectivité et du manque de transparence concernant les noms qui figurent sur la liste des personnes à éliminer des États-Unis¹²³. Dans son discours prononcé en mars 2012, le Procureur général Eric Holder semblait vouloir unir deux régimes juridiques différents – l'un applicable à un paradigme de maintien de l'ordre et l'autre applicable aux conflits armés – lorsqu'il affirmait que l'autorisation de lancer un drone contre un citoyen américain serait subordonnée à « un examen approfondi » permettant de conclure que le citoyen en question faisait peser « une menace imminente d'attaque violente contre les États-Unis » et que sa « capture n'était pas possible ». En 2010, Koh déclarait que :

[l']administration actuelle estime – et cela s'est vérifié lors de mon mandat de conseiller juridique – que les pratiques de ciblage des États-Unis, y compris les opérations létales conduites à l'aide de véhicules aériens sans pilote,

118 Voir, par exemple, « De Menezes police 'told to shoot to kill' », dans *Daily Telegraph*, 3 octobre 2007, disponible sur : <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1564965/De-Menezes-police-told-to-shoot-to-kill.htm>. Cet incident montre à quel point des erreurs fatales sont possibles même lorsqu'une surveillance directe et indirecte ininterrompue est exercée sur un terroriste suspect.

119 Cette politique portait le nom de code « Operation Kratos », d'après le demi-dieu grec Kratos dont le nom signifiait force ou pouvoir en grec ancien.

120 En Russie et à Sri Lanka, selon ses dires.

121 « Debate rages over "shoot-to-kill" », dans *BBC*, 24 juillet 2005, disponible sur : <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/4711769.stm>. Lord Stevens a dit : « Nous vivons une époque marquée par un mal sans précédent, en guerre contre un ennemi d'une brutalité indicible, et il ne fait pour moi aucun doute que ce principe, plus que jamais, est le bon, bien que tout risque d'erreur ne soit, hélas, pas exclu... Et on se tromperait lourdement à vouloir revenir dessus » [traduction CICR].

122 L'utilisation d'armes moins meurtrières telles que le pistolet à impulsion électrique Taser n'est pas non plus recommandée en raison du risque de détonation des explosifs. Voir, par exemple, la note interne de la Metropolitan Police Authority intitulée « Counter Suicide Terrorism » (from the Clerk to the Metropolitan Police Authority to the Members of the MPA), Londres, 8 août 2005.

123 Voir « 2010 Study on Targeted Killings », *op. cit.*, note 11, para. 20. Il y a aussi un risque manifeste de considérer les assassinats ciblés comme un châtiment mérité pour des crimes passés. Voir, par exemple, au Pakistan, N. Melzer, *op. cit.*, note 11, p. 178.

respectent *le droit applicable dans son intégralité*, y compris les lois de la guerre¹²⁴.

En mai 2012, *The New York Times* a révélé l'existence de « mardis de la terreur », lors desquels le Président désignait les personnes qui seraient éliminées par les États-Unis, généralement à l'aide de drones :

Voilà l'ennemi à abattre, présenté sur un plateau par les services de renseignement : 15 personnes suspectées d'appartenir à Al-Qaïda au Yémen ayant des liens dans les pays occidentaux. Le portrait signalétique et la brève notice biographique des suspects feraient plutôt penser à l'annuaire d'une université. Plusieurs des suspects sont des Américains et deux sont très jeunes, notamment une jeune fille de dix-sept ans qui en paraît moins¹²⁵.

Les contraintes importantes que le droit international des droits de l'homme impose en ce qui concerne l'usage intentionnel de la force létale amènent Alston à conclure que :

« En dehors du contexte des conflits armés, l'usage de drones pour des assassinats ciblés n'a quasiment aucune chance d'être légal. Un assassinat ciblé commis à l'aide d'un drone par un État sur son propre territoire, sur lequel il a la maîtrise, a très peu de chances de se situer dans les limites définies par les droits de l'homme pour ce qui concerne l'emploi de la force létale ».

Si l'État n'agit pas sur son propre territoire, poursuit Alston,

« Il existe très peu de situations, en dehors du contexte des hostilités actives, dans lesquelles le critère de la légitime défense préventive... pourrait être respecté... En outre, la mort de toute personne autre que la cible (un membre de la famille ou d'autres personnes se trouvant dans les environs, par exemple) résultant de l'attaque d'un drone constituerait un cas de privation arbitraire de la vie au sens des droits de l'homme et pourrait entraîner la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle des auteurs¹²⁶.

124 Discours de Harold Hongju Koh, Conseiller juridique du Département d'État des États-Unis, à la Réunion annuelle de l'*American Society of International Law*, Washington, D.C., 25 mars 2010, disponible sur : <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> [nous soulignons; traduction CICR].

125 J. Becker et S. Shane, *op. cit.*, note 61.

126 « 2010 Study on targeted killings », *op. cit.*, note 11, paras. 85 et 86 [traduction CICR].

Pour Lubell, par exemple, le meurtre d'Al-Harithi au Yémen en 2002 était illégal car il violait le droit à la vie inscrit dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966¹²⁷.

Application du droit international applicable dans les conflits armés et en liaison avec eux

Outre le *jus ad bellum*, au regard duquel sera éventuellement déterminée la légalité de l'emploi de la force dans un autre État, le droit international des droits de l'homme sera la principale source de droit international pour déterminer si l'usage de drones en dehors d'une situation de conflit armé est légal. Dans une situation de conflit armé, pour les actes présentant le lien requis avec ce conflit, au minimum les droits non susceptibles de dérogation continueront de s'appliquer pleinement, tandis qu'il pourra être dérogé aux autres droits « dans la stricte mesure où la situation l'exige »¹²⁸. Étant donné que les frappes de drones, à l'évidence, menacent avant tout la vie – même si elles peuvent porter atteinte directement ou indirectement à de nombreux autres droits de l'homme – l'analyse se concentrera sur ce droit « suprême » (terme employé par le Comité des droits de l'homme de l'ONU)¹²⁹.

Applicabilité des droits de l'homme dans les conflits armés

Dans un *dictum* souvent cité sur le droit à la vie inscrit dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, la CIJ a observé que :

la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte¹³⁰.

127 N. Lubell, *op. cit.*, note 23, pp. 106, 177 et 254-255.

128 Comité des droits de l'homme, « Observation générale n° 29 : états d'urgence (article 4) », Doc. ONU CCPR/C/21/Ref.1/Add.11, 31 août 2001.

129 « Observation générale n° 6 : Le droit à la vie (article 6) », du 30 avril 1982.

130 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, para. 25.

Plusieurs États ont fait valoir sans succès devant la Cour que le Pacte – et plus généralement les droits de l’homme – n’était pas applicable dans les situations de conflit armé. Ce point de vue n’est maintenant plus guère entendu et a été généralement discrédité¹³¹.

Relation entre les droits de l’homme et le droit international humanitaire

En revanche, l’assertion de la Cour selon laquelle c’est le droit applicable aux conflits armés, en tant que *lex specialis*, qui permet de décider si le droit à la vie a été violé¹³² reste largement soutenue. À la première lecture, la Cour paraît ainsi s’en remettre totalement au DIH. Il existe cependant plusieurs raisons de contester cette assertion. Selon Christian Tomuschat¹³³, cette déclaration de la Cour est « plutôt de courte vue¹³⁴ » puisque, sur la question dont elle était saisie, à savoir la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, la Cour n’a pas réussi à « conclure de manière définitive » de son interprétation du DIH qu’une telle menace ou un tel emploi « serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense¹³⁵ ». Par ailleurs, Tomuschat et d’autres ont fait observer que l’appréciation des rapports entre le DIH et les droits de l’homme donnée par la Cour a été modifiée dans des décisions ultérieures¹³⁶, notamment dans l’avis consultatif Édification d’un mur (2004)¹³⁷ et dans l’arrêt rendu dans l’*Affaire des*

131 Toutefois, en ce qui concerne la position d’Israël et des États-Unis, voir, par exemple, N. Melzer, *op. cit.*, note 11, pp. 79-80. En ce qui concerne la Convention américaine des droits de l’homme, la Commission interaméricaine des droits de l’homme a spécifié que « les contours du droit à la vie peuvent changer dans le contexte d’un conflit armé, mais... la privation arbitraire de la vie reste une interdiction absolue. La Convention établit clairement que le droit à la vie ne peut être suspendu quelles que soient les circonstances, même dans les conflits armés et les états d’urgence légitimes ». Commission interaméricaine des droits de l’homme, « Report on Terrorism and Human Rights », OEA/Ser.L/V/II.116 (doc.5 rev.1 corr.), 22 octobre 2002, para. 86 [traduction CICR].

132 Pour une analyse de l’application de ce principe, voir, par exemple, Nancie Prud’homme, « *Lex specialis*: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship? », dans *Israel Law Review*, Vol. 40, N° 2, 2007.

133 Christian Tomuschat, « The right to life – legal and political foundations », dans C. Tomuschat, E. Lagrange et S. Oeter (éds), *The Right to Life*, Brill, Pays-Bas, 2010, p. 11.

134 Schabas la qualifie de « maladroite, dans le meilleur des cas ». Voir William A. Schabas, « The right to life », dans A. Clapham et P. Gaeta (éds), *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, à paraître. Lubell est encore plus sévère, qualifiant ce propos de la Cour « d’approche peut-être inepte ». N. Lubell, *op. cit.*, note 23, p. 240. Milanović préconise que l’on « cesse de se servir de *lex specialis* comme d’une formule magique résumant en deux mots les rapports entre le DIH et le droit international des droits de l’homme, car cela est source de confusion plus que de clarté ». N. Milanović, « Norm conflicts, international humanitarian law and human rights law », dans Orna Ben-Naftali (éd.), *Human Rights and Humanitarian Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. XIX/1, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 6 [traduction CICR].

135 *Ibid.*, para. 105.

136 Voir aussi, sur ce point, Sir Daniel Bethlehem, « The relationship between international humanitarian law and international human rights law and the application of international human rights law in armed conflict », document non publié et non daté, de 2012, para. 39.

137 CIJ, *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004. Au paragraphe 106, il est dit ceci : « Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l’homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d’autres peuvent relever exclusivement des droits de l’homme ; et d’autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches

activités armées sur le territoire du Congo (2005)¹³⁸. De l'avis d'Alston, puisque aussi bien le DIH que les droits de l'homme sont applicables dans le contexte d'un conflit armé,

c'est à la *lex specialis* applicable qu'il appartient de déterminer si un meurtre est légal... Dans la mesure où le DIH ne donne pas de règle, ou si la règle n'est pas claire et si son sens ne peut être déduit avec certitude des orientations contenues dans les principes du DIH, il convient de suivre les orientations données par les droits de l'homme¹³⁹.

L'auteur va même plus loin, comme d'autres avec lui. Milanović, par exemple, relève que la Cour a omis, dans l'arrêt de 2005 concernant l'affaire du Congo, de mentionner le DIH en tant que *lex specialis* comme elle l'avait fait dans les avis consultatifs *Édification d'un mur et Armes nucléaires*, et exprime l'espoir que cette omission était intentionnelle¹⁴⁰. Dans un blog du *European Journal of International Law*, il écrit en 2011 :

Il serait plus audacieux d'aborder la question de l'application conjointe du DIH et du DIDH (droit international des droits de l'homme) en se demandant s'il est possible que des assassinats respectent le DIH tout en demeurant arbitraires au regard du DIDH. Autrement dit, le DIDH peut-il, dans un conflit armé, imposer des conditions supplémentaires à celles du DIH pour qu'un meurtre soit licite ? Et est-ce que ces conditions, tout en étant plus rigoureuses que celles du DIH, peuvent l'être un peu moins que celles définies par la jurisprudence en matière de droits de l'homme développée dans et pour des situations normales... ?... Je pense que l'on peut répondre à toutes ces questions par une affirmation prudente¹⁴¹.

Dans l'avis consultatif concernant les *Armes nucléaires*, la Cour précisait en effet que le droit applicable dans les conflits armés (*jus in bello*) ne se limitait pas au DIH¹⁴². Le sens de l'expression « privation arbitraire » confirme aussi qu'il serait exagérément simpliste d'interpréter le droit à la vie dans une situation de conflit

du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire ».

138 CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, Arrêt, CIJ Recueil 2005, para. 216.

139 « 2010 Study on targeted killings », *op. cit.*, note 11, para. 29 [traduction CICR].

140 M. Milanović, *op. cit.*, note 134, p. 6.

141 M. Milanović, « When to kill and when to capture? », dans *EJIL Talk!*, 6 mai 2011, disponible sur : <http://www.ejiltalk.org/when-to-kill-and-when-to-capture/> [traduction CICR].

142 Ainsi, au paragraphe 42 de son avis consultatif, la Cour mentionnait les « exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et règles du droit humanitaire ». Le droit applicable dans les conflits armés comprend bien, en effet, *en particulier* [sic] les principes et règles du droit humanitaire, mais il est moins limité puisqu'il comprend aussi des éléments du droit des droits de l'homme et du droit ('humanitaire') du désarmement. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, para. 42.

armé sous le seul angle du respect du DIH. Pour ce qui est du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, l'expression renfermerait « des éléments d'illégalité et d'injustice, de caprice, et d'irrationalité¹⁴³ ».

Il y a cependant une limite claire à cette approche. Si les droits de l'homme ont beaucoup à apporter au DIH pour ce qui est de limiter la violence et de promouvoir l'humanité (par exemple en contribuant à une meilleure compréhension de ce qui constitue, concrètement, « les principes de l'humanité » et les « exigences de la conscience publique » dans l'application de la clause de Martens), notre propos n'est pas de laisser entendre que les droits de l'homme rendraient en quelque sorte généralement illicite une arme qui est généralement licite au regard du DIH. Lubell, par exemple, indique que les lois régissant le choix des armes relèvent à juste titre du DIH sans qu'il y ait interférence du droit des droits de l'homme¹⁴⁴. (En fait, on pourrait même soutenir qu'une telle interférence risquerait d'affaiblir le DIH puisque le gaz lacrymogène et les balles expansibles, bannis par le DIH, en tant que méthode et moyen de guerre respectivement, pourraient en quelque sorte devenir légitimes puisque le droit international des droits de l'homme admet leur utilisation dans le maintien de l'ordre.)

Néanmoins, la perspective d'une influence accrue et croissante des droits de l'homme sur le contenu du *jus in bello*, considéré jusque-là comme le domaine exclusif du DIH, ne devrait pas être vue comme une menace, mais plutôt comme un contrepoids nécessaire à la plus grande agressivité démontrée par certains États face à ce qu'ils embrassent comme un nouveau modèle de droit dans le monde de l'après 11 septembre¹⁴⁵. La modération n'est pas un signe de faiblesse – c'est un signe de force. En ce qui concerne les drones, la CIA se serait refusée à déployer des Predator pour des missions autres que la surveillance avant le 11 septembre. On rapporte aussi que, la semaine précédant les attentats d'Al-Qaïda contre les États-Unis, George Tenet, alors directeur de la CIA, aurait dit à propos des drones que « faire usage d'une arme de ce type serait une 'erreur impardonnable' de la part du Directeur des services de renseignement »¹⁴⁶. On peut s'interroger sur la valeur prophétique de ces propos.

Conclusion

Les drones permettent aux États d'exécuter des assassinats avec efficacité, à peu de frais et en prenant le minimum de risques. Dans l'Affaire du détroit de Corfou¹⁴⁷, la CIJ a dit que :

143 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, N. P. Engel, Kehl, 1993, p. 111. Voir également N. Melzer, *op. cit.*, note 11, p. 93.

144 N. Lubell, *op. cit.*, note 23, p. 242.

145 Une autre manière d'étudier l'attitude des États après les attentats du 11 septembre consisterait à appliquer les règles du DIH aux situations dans lesquelles devrait s'appliquer le droit international des droits de l'homme applicable aux opérations de maintien de l'ordre.

146 Daniel Benjamin et Steven Simon, *The Age of Sacred Terror*, Random House, New York, 2002, p. 345.

147 L'incident ayant donné naissance à l'affaire du Déroit de Corfou est la collision survenue dans ce détroit entre deux navires de la Royal Navy britannique, provoquant l'explosion de mines immergées (45 officiers de marine et hommes d'équipage ont trouvé la mort et 42 autres ont été blessés dans cet incident); à la suite de l'accident, la marine britannique a effectué des opérations de déminage dans le détroit, mais dans les eaux territoriales

Le prétendu droit d'intervention ne peut être envisagé par elle que comme la manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international. L'intervention est peut-être moins acceptable encore dans la forme particulière qu'elle présenterait ici, puisque, réservée par la nature des choses aux États les plus puissants, elle pourrait aisément conduire à fausser l'administration de la justice internationale elle-même¹⁴⁸.

Les assassinats ciblés commis par les États à l'aide de drones ou d'autres moyens ressemblent trop souvent à l'élimination de noms sur une liste de meurtres de la mafia. En effet, comme le fait observer Melzer : « En dernière analyse,... à l'aune des critères moraux communs à la plupart des sociétés, même les assassinats ciblés exécutés dans le cadre de l'ordre juridique actuel présentent souvent des caractéristiques qui les rapprochent plus des pratiques criminelles que d'une politique gouvernementale acceptable »¹⁴⁹. Ou encore, selon les propos d'un ancien juriste de la CIA : « Le pouvoir du gouvernement de donner la mort doit être rigoureusement contrôlé, sous peine de se transformer en une tyrannie plus grave que le terrorisme »¹⁵⁰.

Ce contrôle suppose que les frappes de drones illicites entraînent la responsabilité juridique internationale individuelle et de l'État. Qui, cependant, doit être tenu pénalement responsable de la mort de civils tués soit en violation des règles de la distinction et de la proportionnalité dictées par le DIH, soit en violation des droits humains fondamentaux ? L'opérateur du drone ? Les « guetteurs » sur place (le cas échéant) ? Ceux qui désignent la cible comme objectif militaire (qui peuvent être des informateurs rémunérés) ? Le juriste qui autorise la frappe ? Toutes les personnes précitées ? Si la frappe est illicite, pourrait-on la considérer comme une entreprise criminelle commune selon le droit pénal international, ou considérer une ou plusieurs des personnes précitées comme complices d'un crime international ?

Plus préoccupante encore est la perspective de drones entièrement autonomes prenant des décisions de ciblage sur la base d'une série de vecteurs pro-

albanaises. La Cour a tenu l'Albanie pour responsable des explosions et a accordé des dommages et intérêts au Royaume-Uni, mais a jugé que les opérations de déminage étaient une violation de la souveraineté albanaise.

148 CIJ, *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, Arrêt (Fond), CIJ Recueil 1949, p. 35.

149 N. Melzer, *op. cit.*, note 11, p. 435.

150 A.J. Radsan, *op. cit.*, note 19, p. 8. Dans une étude du Ministère de la défense du Royaume-Uni (2011), il est dit ceci : « Il est essentiel, avant que les avions sans pilote ne soient partout (s'il n'est pas déjà trop tard), de mener une réflexion sur cette question et de veiller à ce que, en ôtant de son horreur à la guerre, ou du moins en la tenant à distance, nous ne risquions de perdre le contrôle de notre humanité et de rendre la guerre plus probable ». *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, Development, Concepts and Doctrine Centre, Joint Doctrine Note 2/11, Ministry of Defence, 2011, pp. 5-9 [traduction CICR]. Voir également Richard Norton-Taylor et Rob Evans, « The terminators: drone strikes prompt MoD to ponder ethics of killer robots », dans *The Guardian*, 17 avril 2011, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/17/terminators-drone-strikes-mod-ethics>.

grammés, potentiellement sans contrôle humain¹⁵¹. Qui, dès lors, doit être tenu responsable? Le constructeur du drone? Le programmeur du logiciel? Pour le moment, les questions restent bien plus nombreuses que les réponses.

Par ailleurs, les groupes armés non étatiques finiront tôt ou tard par se procurer des drones ou en développer la technologie¹⁵² (ou bien ils pirateront la commande d'un drone étatique dont ils prendront le contrôle)¹⁵³. Ces groupes ne chercheront-ils pas activement à reprendre l'avantage? Un chercheur attaché à la Brookings Institution a lancé en 2011 l'avertissement suivant :

Croire que les drones resteront le domaine réservé de pays responsables, c'est méconnaître la longue histoire des techniques d'armement. Les groupes ou les États voyous hostiles aux États-Unis seront, un jour ou l'autre, capables de construire ou d'acquérir leurs propres drones et de les utiliser pour lancer des attaques sur notre sol ou sur nos soldats à l'étranger, ce n'est qu'une question de temps¹⁵⁴.

La boîte de Pandore a été ouverte, mais à n'en pas douter, l'avenir nous réserve des surprises bien pires encore.

151 Voici ce que dit un rapport de l'US Air Force datant de 2010: «L'utilisation militaire de véhicules pilotés à distance est en plein essor car les forces armées de nombreux pays de par le monde leur trouvent des usages de plus en plus nombreux comme la surveillance, la frappe, la guerre électronique et autres. Ces véhicules comprennent des appareils à voilure fixe et à voilure tournante, des dirigeables, des avions hybrides et d'autres conceptions. Leurs capacités gagneront en autonomie, ce qui permettra aux pilotes à distance de déclarer globalement les buts de la mission et de laisser l'appareil s'adapter de façon autonome à l'environnement local pour répondre au mieux à ces objectifs... Même si l'homme doit rester maître des décisions de frappe dans l'avenir prévisible, le degré d'autonomie s'améliorera considérablement avec les technologies de pointe. Ces dernières pourront alors être exploitées en toute sécurité lorsque des méthodes appropriées de vérification et de validation ainsi que des normes techniques auront été établies et pourront servir à certifier ces systèmes hautement autonomes». US Air Force Chief Scientist, «Report on technology horizons, a vision for Air Force science & technology during 2010-2030», doc. AF/ST-TR-10-01-PR, Vol. 1, mai 2010, pp. 24-42. Voir également Tom Malinowski, Human Rights Watch, «A dangerous future of killer robots», dans *Washington Post*, 22 novembre 2012, disponible sur: <http://www.hrw.org/news/2012/11/22/dangerous-future-killer-robots>.

152 En octobre 2012, le chef du Hezbollah a prétendu que son groupe était à l'origine du lancement d'un drone abattu au-dessus du territoire israélien par les forces de défense israéliennes le 6 octobre. Cheikh Hassan Nasrallah a affirmé que le drone avait été construit en Iran et avait survolé des «sites sensibles» en Israël. «Hezbollah admits launching drone over Israel», dans *BBC*, 11 octobre 2012, disponible sur: <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-19914441>.

153 En juin 2012, des chercheurs des États-Unis ont pris le contrôle d'un drone en vol en piratant son GPS, pour relever un défi de 1 000 dollars lancé par le Département de la sécurité intérieure. Une équipe de l'Université du Texas à Austin a utilisé la technique du leurre qui consiste à faire passer le signal des pirates pour celui des satellites GPS. C'est peut-être cette technique qui a servi à abattre un drone américain en Iran en 2011. «Researchers use spoofing to 'hack' into a flying drone», dans *BBC*, 29 juin 2012, disponible sur: <http://www.bbc.com/news/technology-18643134>.

154 John Villasenor, «Cyber-physical attacks and drone strikes: the next homeland security threat», dans *The Brookings Institution*, 5 juillet 2011, disponible sur: http://www.brookings.edu/papers/2011/0705_drones_villasenor.aspx [traduction CICR].