

La notion de « fonction de combat continue » dans les conflits armés : est-il temps d'étendre son application ?

Sabrina Henry*

Sabrina Henry est titulaire d'un baccalauréat en Affaires publiques et Relations internationales et d'une maîtrise en droit international et transnational de l'Université Laval ainsi que d'un master en droit (LLM) de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève. Cet article est tiré de son mémoire de LLM, intitulé « Transposition de la notion de "fonction de combat continue" dans les conflits armés internationaux et son application aux forces armées gouvernementales dans les conflits armés non internationaux », qui fut récompensé en 2016 par le Prix Henry Dunant.

Texte original en français

Résumé

Cet article traite du concept de « fonction de combat continue » et propose d'étendre son application. Cet article montre tout d'abord que le concept de « fonction de combat continue » pourrait être étendu à certains membres des groupes armés organisés lorsque ces groupes n'appartiennent à aucune des parties à un conflit armé international et lorsque leurs actions n'atteignent pas le niveau d'intensité requis pour être en présence d'un conflit armé non international en parallèle. Ensuite, cet article examine si ce concept peut être étendu afin de déterminer l'appartenance d'un individu à des forces armées gouvernementales dans le cadre d'un CANI, tout en soutenant que le concept de « forces armées » devrait être interprété différemment selon la nature du conflit, international ou non international.

* L'auteur souhaite remercier tout particulièrement le professeur Marco Sassòli pour ses judicieux conseils dans la rédaction de cette thèse, ainsi que son conjoint, Samit D'Cunha, pour son formidable soutien dans la rédaction de cet article.

Mots clés : fonction de combat continue, participation directe aux hostilités, groupes armés organisés, droit international humanitaire, forces armées gouvernementales.



Introduction

En tant que principe cardinal du droit international humanitaire (DIH)¹, le principe de distinction s'applique dans le cadre de la conduite des hostilités et spécifique qui est une cible légitime au regard du DIH afin de protéger la population civile contre les effets des hostilités. Ce principe, qui est reconnu tant dans les conflits armés internationaux (CAI) que dans les conflits armés non internationaux (CANI), établit que les parties à un conflit doivent faire la distinction entre les combattants et les civils qui ne participent pas directement aux hostilités, afin de ne diriger les opérations qu'envers les combattants². Afin de donner un sens à ce principe, les rédacteurs des Conventions de Genève et de leurs Protocoles ont favorisé une définition négative du terme « civil », en adoptant des articles définissant uniquement les expressions de « combattants » et d'« objectifs militaires³ ». Bien que ce principe soit reconnu tant dans les CAI que dans les CANI, son interprétation diffère légèrement en raison de la nature des différentes parties qui s'affrontent. En effet, cette différence s'explique notamment en raison de l'absence du statut de combattant dans les CANI. Dans l'objectif d'assurer la mise en œuvre de ce principe, une définition précise s'avère nécessaire dans les deux types de conflits puisque seules certaines catégories d'individus constituent des cibles légitimes au regard du DIH⁴ : les civils bénéficient d'une protection aussi longtemps qu'ils ne participent pas directement aux hostilités⁵.

En ce qui concerne le principe de distinction dans les CAI, le Protocole additionnel I (PA I) indique que les personnes civiles sont définies par défaut comme étant « toutes les personnes qui ne sont ni des membres des forces armées d'une partie au conflit ni des participants à une levée en masse⁶ ». Afin de définir qui peut

- 1 Cour Internationale de Justice (C.I.J.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, par. 78.
- 2 Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux du 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978), 1125 RTNU 3 (PA I), article 48 ; Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, Bruylant, Bruxelles, 2006, règle 1.
- 3 Voir Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), 75 RTNU 135 (CG III), article 4, lettre A ; PA I, articles 43 et 52, par. 2.
- 4 Dans le droit des CAI, seuls les combattants et les civils qui participent directement aux hostilités constituent des cibles légitimes (voir CG III, art. 4 ; PA I, art. 51, par. 3). Dans le droit des CANI, les membres des forces armées gouvernementales, les membres de groupes armés assumant une FCC, ainsi que les civils qui participent directement aux hostilités constituent des cibles légitimes (voir Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux du 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978), 1125 RTNU 609 (PA II), art. 13, par. 3 ; Étude de droit coutumier, *op. cit.* note 2, règles 1 et 4).
- 5 PA I, article 51, par. 3 ; PA II, article 13, par. 3 ; Étude de droit coutumier, *op. cit.* note 2, règle 6.
- 6 Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2010, p. 22. Voir également CG III, article 4 ; PA I, articles 43 et 50, par. 1.

être considéré comme faisant partie des membres des forces armées, il est nécessaire de se référer à l'article 4 de la Troisième Convention de Genève (CG III). Cet article différencie les membres réguliers des forces armées de l'État mentionnés à l'article 4, lettre A, chiffre 1, des membres irréguliers mentionnés à l'article 4, lettre A, chiffre 2, qui, pour leur part, doivent remplir quatre conditions collectives afin d'être qualifiés de combattants⁷. Quant à l'article 43 du PA I, il abolit la distinction entre forces armées régulières et irrégulières⁸. Il s'avère donc fondamental de savoir si un individu peut être qualifié de combattant puisqu'au regard du DIH seuls les combattants sont autorisés à participer aux hostilités⁹.

Contrairement au droit des CAI, la notion de « civil » n'est pas négativement définie dans le cadre des CANI. Bien que le droit des CANI ne définisse pas le terme de « civil », la pratique des États ainsi que la terminologie utilisée dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève (ci-après article 3 commun) et dans le Protocole additionnel II (PA II) indique que les « civils » et les « forces armées » des parties au conflit sont des concepts mutuellement exclusifs. Comme l'État et les groupes armés disposent tous deux de « forces armées », il est possible d'affirmer que l'article 3 commun énonce implicitement le concept de « civil » afin de viser que ceux qui ne portent pas d'armes au nom d'une partie au conflit¹⁰. Le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités* (ci-après *Guide interprétatif du CICR*) est toutefois venu clarifier ce terme en spécifiant qu'aux fins du principe de distinction dans les CANI « toutes les personnes qui ne sont pas des membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés d'une partie au conflit sont des personnes civiles¹¹ ». Autant dans les CANI que dans les CAI, les personnes civiles sont protégées contre les attaques directes, à moins qu'elles participent directement aux hostilités, auquel cas elles perdent leur protection, mais ce uniquement pour la durée de cette participation¹².

Tel que mentionné ci-dessus, le principe de distinction dans les CANI reste quelque peu ambigu en raison de l'absence de définition des termes « civils » ou « groupe armé ». Dans l'objectif de clarifier les contours de ce principe, le CICR a élaboré un *Guide interprétatif*, un document qui est le résultat de cinq réunions informelles regroupant des experts dans le domaine¹³. Ainsi, dans un premier temps, cet article se concentrera particulièrement sur la notion de « fonction de combat

7 Voir CG III, article 4. Les quatre conditions mentionnées à l'article 4, lettre A, chiffre 2 de la CG III sont : d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; de porter ouvertement les armes ; de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre. Les conditions énumérées dans cet alinéa sont considérées comme étant implicitement satisfaites par les membres des forces armées régulières.

8 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 23. L'article 43 du Protocole additionnel I dispose que « les forces armées d'une partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie ».

9 PA I, article 43, par. 2.

10 CICR, réunion d'experts, *Fourth Expert Meeting on the Notion of "Direct Participation in Hostilities under IHL"*, background document, Genève, 27-28 novembre 2006, p. 12.

11 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 29.

12 PA I, article 51, par. 3 ; PA I, article 13, par. 3 ; Étude de droit coutumier, *op. cit.* note règle 6.

13 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 9.

continue » (FCC) développée par ce Guide qui précise quel individu peut être considéré comme étant membre d'un groupe armé aux fins de la conduite des hostilités, à partir de quel moment cet individu devient une cible légitime au regard du DIH et la portée de la perte de protection associée à cette appartenance à un groupe armé¹⁴. Il sera observé que cette notion de FCC inexistante en droit conventionnel fut élaborée afin de déterminer l'appartenance individuelle à un groupe armé organisé¹⁵.

Toutefois, bien que le CICR utilise la FCC afin de renforcer le principe de distinction dans les CANI, le Guide n'exclut pas l'utilisation de ce concept dans les CAI¹⁶. En effet, ce concept est étendu, aux fins de la conduite des hostilités, à certains individus engagés par des entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP) et aux membres irréguliers des forces armées. Comme les conflits armés auxquels nous sommes confrontés englobent différents acteurs dont les rédacteurs des Conventions de Genève et de leurs Protocoles étaient loin de prévoir l'implication, cet article va donc tenter de démontrer les raisons pour lesquelles la notion de FCC, développée par le CICR, doit être étendue à certains membres de groupes organisés qui participent à un CAI mais qui n'appartiennent à aucune des parties à un CAI et dont les actions n'atteignent pas le critère d'intensité nécessaire pour conclure à un CANI parallèle.

Par la suite, cet article propose que l'application de ce concept soit également étendue aux forces armées gouvernementales opérant dans le cadre d'un CANI, une possibilité qui n'est pas envisagée dans le Guide du CICR. Cet article démontrera donc que la notion de « forces armées » dans le cadre d'un CANI devrait être interprétée différemment de celle figurant dans les CAI, notamment en raison de la nature des parties au conflit qui est fondamentalement différente de celles parties à un CAI. Le principe de l'égalité des belligérants sera également invoqué afin de démontrer que le principe de distinction dans les CANI, c'est-à-dire la détermination de qui est considéré comme une cible légitime dans ce type de conflit, devrait être semblable pour les forces armées gouvernementales ainsi que pour les groupes armés organisés. Cependant, comme le cœur de cet article sera concentré sur la notion de FCC, il convient de brièvement analyser cette dernière.

La notion de « fonction de combat continue »

Le DIH conventionnel se réfère aux termes « forces armées », « civils » et « groupes armés » sans en fournir une définition qui serait essentielle afin de circonscrire le sens à donner au principe de distinction¹⁷. Tel que mentionné précédemment, afin

14 *Ibid.*, pp. 14-15.

15 Geoffrey Corn et Chris Jenks, « Two sides of the combatant coin: untangling direct participation in hostilities from belligerent status in non-international armed conflicts », *Université de Pennsylvanie Journal of International Law*, vol. 33, n° 2, 2011, p. 338.

16 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 29. En effet, sans mentionner explicitement que le concept de fonction de combat continue s'applique dans les situations de conflits armés internationaux, le CICR spécifie que « l'appartenance à des forces armées irrégulières – telles que les milices, les corps de volontaires ou les mouvements de résistance appartenant à une partie au conflit – n'est pas réglemée par le droit interne, et elle ne peut être déterminée de manière fiable qu'à l'aide de critères fonctionnels, comme ceux qui s'appliquent aux groupes armés organisés dans les conflits armés non internationaux ».

17 *Ibid.*, p. 29.

de clarifier la portée de ce principe, le CICR a publié en 2010 le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*. Ce Guide qui se concentre particulièrement sur les éléments constitutifs de la notion de participation directe aux hostilités (PDH), fait également référence aux individus qui ne sont pas concernés par le Guide et qui peuvent être attaqués malgré l'absence d'une PDH, c'est-à-dire les membres de « groupes armés organisés », notion qui est au cœur de cet article. Il convient de souligner que dans le cadre des CAI, le principe de distinction est relativement plus facile à saisir puisque les CG et le PA I établissent une définition de la notion de membres des forces armées d'un État. Toutefois, dans les CANI, l'interprétation du principe de distinction demeure plus ambiguë puisque le droit conventionnel ne donne aucune définition de qui peut être considéré comme membre d'un groupe armé organisé¹⁸. Comme la notion d'appartenance au sein des forces armées gouvernementales ne peut être transposée à la notion d'appartenance au sein d'un groupe armé, cette notion fut donc clarifiée par le CICR dans son Guide interprétatif. Ce dernier spécifie que « les groupes armés organisés constituent les forces armées d'une partie non étatique au conflit et ne se composent que de personnes ayant pour fonction continue de participer directement aux hostilités ("fonction de combat continue")¹⁹ ». Ainsi, la FCC est un concept qui permet de déterminer dans quelles circonstances un individu membre d'un groupe armé est une cible légitime dans le cadre des CANI, même en l'absence d'une participation directe aux hostilités au moment d'être attaqué. Cette notion est donc basée sur l'appartenance de l'individu au groupe, en plus de la fonction exercée par cet individu au sein du groupe, et non uniquement sur la conduite individuelle d'une personne pour une action précise, comme c'est le cas pour le test de la PDH²⁰.

Le Guide interprétatif du CICR interprète l'expression « groupe armé organisé » en se référant exclusivement à la branche armée ou militaire d'une partie non étatique²¹. Cette distinction a donc un impact sur la détermination de l'appartenance d'un individu à un groupe armé. En effet, contrairement aux membres des forces armées gouvernementales, l'appartenance d'un individu à un groupe armé n'est pas définie en fonction du droit interne ou par le port d'uniformes ou de signes distinctifs, mais est plutôt exprimée par l'exercice d'une certaine fonction au sein du groupe²². Afin de renforcer le principe de distinction, l'appartenance d'un individu à un groupe armé ne peut être définie en fonction d'une affiliation abstraite ou sur la base de liens familiaux, mais doit être basée sur un critère fonctionnel. Pour réduire ces risques d'erreurs, le Guide interprétatif du CICR soutient que « 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

18 Pour en savoir plus sur la notion de « groupes armés organisés », voir Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Haradinaj et al.*, jugement (Chambre de première instance), 3 avril 2008, par. 60 ; TPIY, Procureur c/ Ljube Boškovski et Johan Tarčulovski, jugement (Chambre de première instance), 10 juillet 2008, par. 195-205.

19 *Ibid.*, p. 29.

20 Geoffrey Corn et Chris Jenks, *op. cit.*, note 15, p. 332.

21 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.*, note 6, p. 34.

22 *Ibid.*, pp. 34-35.

aux hostilités²³ ». Cette distinction dans le droit des CANI est primordiale afin de différencier les membres des forces combattantes d'une partie non étatique, des civils qui assument une fonction non combattante au sein d'un groupe armé et des civils qui participent directement aux hostilités sur une base spontanée et sporadique²⁴. Ainsi, dans son Guide interprétatif, le CICR mentionne qu'une fonction de combat continue exige une incorporation durable au sein d'un groupe armé qui agit en tant que forces armées d'une partie non étatique à un conflit armé²⁵. Cette notion inclut également les individus qui sont recrutés, entraînés et équipés au sein de ce groupe pour agir en son nom dans le cadre d'un conflit en participant de manière continue aux hostilités²⁶. Le Guide interprétatif du CICR considère que les personnes qui accompagnent ou soutiennent un groupe armé et dont la fonction n'implique pas une PDH doivent être considérés comme étant des civils et comme bénéficiant d'une protection contre les attaques, sauf si elles décident de manière spontanée de participer directement aux hostilités²⁷.

Les membres des groupes armés assumant une FCC cessent donc d'être civils et d'être protégés aussi longtemps qu'ils exercent cette fonction²⁸. Ainsi, la portée temporelle de la perte de protection pour les groupes armés doit être différenciée de celle accordée aux civils lorsqu'ils participent directement aux hostilités. En effet, il serait absurde de considérer que les membres de groupes armés perdent et regagnent leur protection en tant que civils en fonction de la durée d'un acte hostile. En bénéficiant de cette « porte tournante », les membres des groupes armés bénéficieraient d'un avantage opérationnel considérable par rapport aux membres des forces armées d'un État qui peuvent être ciblés de manière continue²⁹. De la sorte, la notion de FCC établit un équilibre dans le cadre de la conduite des hostilités entre les forces armées étatiques et les membres de groupes armés³⁰. L'objectif derrière la notion de FCC repose sur l'idée que les membres de groupes armés représentent une menace continue comparable à celle des forces armées étatiques qui s'opposent à eux. Ainsi, ces individus devraient pouvoir être ciblés de la même manière que les forces armées gouvernementales puisque les membres de groupes armés participent de manière continue aux hostilités³¹. Le Guide interprétatif précise que ces individus pourront regagner leur protection en tant que civils lorsqu'ils cesseront d'assumer

23 *Ibid.*, p. 35.

24 *Ibid.*, p. 74. La limitation de la perte de protection à la durée des actes hostiles a été conçue pour répondre aux actes hostiles spontanés, sporadiques ou non organisés commis par des civils. Cette notion de PDH ne peut donc pas s'appliquer aux groupes armés organisés.

25 *Ibid.*, p. 36.

26 *Ibid.*, p. 36.

27 *Ibid.*, p. 36. Pour qu'un civil soit considéré comme participant directement aux hostilités – et qu'il perde donc sa protection –, trois critères doivent être remplis : seuil de nuisance, causation directe et lien de belligérance. Pour en savoir plus, voir p. 48.

28 *Ibid.*, p. 75.

29 *Ibid.*, p. 75.

30 CICR, réunion d'experts, *Second Expert Meeting, Direct Participation in Hostilities under IHL*, Background document, 25-26 octobre 2004, p. 11.

31 CICR, réunions d'experts, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, 23-25 octobre 2005, Genève, résumé du rapport, p. 64.

une FCC³². Comme exposé dans ce Guide, « le désengagement de ces individus au sein du groupe armé organisé n'a pas besoin d'être ouvertement déclaré, mais peut simplement s'exprimer à travers un comportement concluant, tel que par un éloignement du groupe ou la réintégration à la vie civile³³ ». En cas de doute, il est nécessaire de présumer que l'individu bénéficie de la protection accordée aux civils³⁴.

La notion de « fonction de combat continue » dans les conflits armés internationaux

Tel que mentionné précédemment, le concept de fonction de combat continue permet de clarifier le principe de distinction, plus précisément, le concept de « civil » dans les conflits armés non internationaux³⁵. Dans l'objectif d'identifier les individus qui constituent des cibles légitimes en vertu du DIH dans les CANI, le Guide interprétatif du CICR indique que « les groupes armés organisés constituent les forces armées d'une partie non étatique au conflit et ne se composent que de personnes ayant pour fonction continue de participer directement aux hostilités ("fonction de combat continue")³⁶ ». Ainsi, *a priori*, ce concept de FCC fut explicitement développé par le Guide interprétatif afin de réguler la réalité des CANI³⁷. Toutefois, le Guide n'exclut pas l'application de ce concept dans les CAI et semble même étendre ce dernier aux EMSP et aux « membres irréguliers » des forces armées³⁸. Les parties suivantes examineront donc ces deux situations dans lesquelles le Guide interprétatif suggère l'application du concept de FCC dans les CAI et s'interrogeront sur la possibilité d'étendre ce concept à d'autres catégories d'acteurs telles que les groupes opérant dans un CAI sans appartenir à aucune des parties dans ce conflit.

Les entreprises militaires et de sécurité privées

Le recours à des entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP) par les parties à un conflit est un phénomène de plus en plus observé dans les conflits contemporains. Le statut de telles entreprises n'étant pas spécifiquement abordé en DIH, celui-ci doit donc être déterminé au cas par cas. Les EMSP sont utilisées afin d'effectuer

32 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 75.

33 *Ibid.*, p. 75. Voir aussi Commentaires de la Deuxième Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 2^e édition, 2017 (Commentaires de la CG II), art. 3, par. 543.

34 PA I, article 50, par. 1.

35 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 18.

36 *Ibid.*, p. 18.

37 *Ibid.*, p. 7 : « Lors de l'examen de cette notion, le CICR a dû tenter de répondre aux interrogations soulevées de longue date par les modalités de son application pratique (par exemple, un même individu peut-il être, le jour, un agriculteur que le droit protège et, la nuit, un combattant qui peut être pris pour cible ?). Le CICR a dû également prendre en considération certaines tendances apparues plus récemment et soulignant davantage encore la nécessité d'une clarification. L'une de ces tendances réside dans le fait que, manifestement, les hostilités sont conduites de plus en plus souvent dans les centres habités par la population civile, incluant des cas de guerre urbaine ; le résultat est un entremêlement sans précédent entre les civils et les acteurs armés ».

38 *Ibid.*, pp. 27 et 40-41.

une multitude de fonctions qui étaient traditionnellement dévolues aux militaires³⁹. Il est donc nécessaire de faire la différence entre les individus engagés par les EMSP pour effectuer des fonctions non combattantes, par exemple construire des infrastructures pour les forces armées et ceux effectuant des activités militaires, telles qu'assurer la protection d'objectifs militaires⁴⁰. Dans le premier cas, ces activités ne pourront généralement pas entraîner la perte de leur statut de civil, bien que les activités effectuées par les membres de telles entreprises ou le lieu dans lequel elles se trouvent peuvent les exposer à un risque accru d'être tués ou blessés incidemment⁴¹. Cependant, dans le deuxième cas, ces individus devraient être qualifiés autrement en raison de la nature de leurs activités.

Le statut des individus engagés par les EMSP serait rapidement résolu s'ils étaient tous formellement incorporés dans les forces armées d'une partie au conflit ou s'ils appartenaient à une partie au conflit⁴². Dans ce cas, ces individus auraient le statut de combattants en vertu de l'article 4, lettre A, chiffres 1 ou 2 de la CG III, ou bien, de l'article 43 du PA I. Cependant, la logique derrière l'utilisation de tels individus est à l'opposé de leur incorporation dans les forces armées ce qui est également confirmé par la pratique des États⁴³. Ainsi, la majorité des individus engagés par des EMSP seraient des civils au regard du DIH et perdraient leur immunité en tant que civils seulement lorsque leur conduite peut être qualifiée de PDH et ce, uniquement pour la durée de cette participation⁴⁴. Il est également avancé par certains, que ces individus devraient être qualifiés de mercenaires au sens de l'article 47 du PA I⁴⁵. Toutefois, cette possibilité ne sera pas analysée dans le cadre de cet article⁴⁶. Le CICR,

39 *Ibid.*, p. 39. Pour en savoir plus sur la participation des EMSP aux conflits armés, voir *Actes du Colloque de Bruges, Compagnies privées de sécurité opérant en situations de conflit armé*, 7^e colloque de Bruges, 19-20 octobre 2006 ; Alexandre Faite, « Involvement of Private Contractors in Armed Conflict: Implications under International Humanitarian Law », *Defence Studies*, vol. 4, n° 2, 2004.

40 CICR, réunion d'experts, *Direct Participation in Hostilities under IHL*, background paper, 2 juin 2003, p. 18.

41 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 39.

42 En plus d'appartenir à une partie au conflit, ils devraient également remplir les quatre conditions énoncées à l'article 4, lettre A, chiffre 2 de la CG III. Voir Lindsey Cameron, « Les entreprises militaires privées : leur statut en droit international humanitaire et l'influence de ce dernier sur leur réglementation », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, n° 863, 2006, p. 585. Dans cet article, l'auteure relève que dans la majorité des cas, ces individus ne porteraient pas de signe distinctifs ou d'uniforme. Ainsi, il est très rare que les individus engagés par des EMSP puissent être qualifiés de combattants. Voir aussi P. R. Kalidhass, « Determining the Status of Private Military Companies under International Law: A Quest to Solve Accountability Issues in Armed Conflicts », *Amsterdam Law Forum*, vol. 6, n° 2, 2014.

43 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 40. Voir également Lindsey Cameron, *op. cit.* note 42, p. 582.

44 *Ibid.*

45 Lindsey Cameron, *op. cit.* note 42, p. 577. Ces individus pourraient donc être poursuivis pour le simple fait d'avoir pris part aux hostilités.

46 Pour en savoir plus sur cette question, voir Françoise Hampson, « Mercenaries: Diagnosis before Prescription », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 3, 1991, pp. 14-16 ; George Aldrich, « Guerrilla Combatants and Prisoner-of-War Status », *American University International Law Review*, vol. 31, 1982, p. 88.1. Il convient également de souligner que selon l'article 47 du PA I, les mercenaires ne peuvent être qualifiés de combattants. Ainsi, il pourrait être pertinent de se questionner sur la possibilité de leur appliquer la FCC dans le contexte d'un CAI. Cet aspect ne sera toutefois pas abordé dans cet article.

dans son Guide interprétatif, ne vient pas explicitement clarifier le statut de ces EMSP et souligne uniquement que les individus engagés par de telles entreprises sont des civils, excepté s'ils ont été « incorporés dans les forces armées d'une partie au conflit, soit par le biais d'une procédure formelle au regard du droit national, soit *de facto*, en se voyant confier une fonction de combat continue⁴⁷ ». Kenneth Watkins soulève l'ambiguïté du langage utilisé par le Guide interprétatif puisque cette formulation ne permet pas de déterminer si ces individus seraient dans ce cas qualifiés de membres des forces armées ou bien de membres d'un groupe armé organisé⁴⁸. Toutefois, le Guide interprétatif n'exclut pas l'application du concept de fonction de combat continue dans les CAI lorsqu'il spécifie que l'appartenance aux forces armées d'une partie peut être déterminée, pour les individus employés par des EMSP, *via* l'octroi d'une fonction de combat continue⁴⁹.

Les membres irréguliers des forces armées

Il a été démontré précédemment qu'aux fins du principe de distinction dans les CAI, un individu sera qualifié de combattant et sera donc une cible légitime, s'il tombe sous l'article 4, lettre A, chiffre 1 ou de l'article 4, lettre A, chiffre 2 de la CG III, ou bien l'article 43 du PA I. L'article 4, lettre A, chiffre 2 dispose que « les membres des autres milices et les membres des autres corps volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une partie au conflit⁵⁰ » seront considérés comme faisant partie des forces armées étatiques si le groupe satisfait collectivement aux quatre conditions suivantes : 1) avoir à sa tête une personne responsable pour ses subordonnés ; 2) avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; 3) porter ouvertement les armes ; et 4) se conformer, dans ses opérations, aux lois et coutumes de la guerre. Les membres des autres milices et les membres des autres corps volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés remplissant ces conditions sont donc considérés comme étant les forces armées « irrégulières » d'une partie à un CAI⁵¹. Il convient de noter que ces conditions ne s'appliquent pas aux forces armées dites « régulières » puisque ces dernières sont reconnues en tant que telles dans le droit interne⁵².

A priori, ces exigences identifiées dans l'article 4, lettre A, chiffre 2 constituent les conditions que doivent remplir les « forces armées irrégulières » si elles désirent prétendre au privilège du combattant et au statut de prisonnier de guerre une fois capturées. Toutefois, si leurs membres ne peuvent pas être qualifiés de combattants et de prisonniers de guerre, ceci ne signifie pas que ces personnes doivent être nécessairement considérées comme n'appartenant pas aux forces armées

47 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 41 (souligné par nous).

48 Kenneth Watkin, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2010, p. 657.

49 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 41.

50 CG III, article 4, lettre A, chiffre 2.

51 Voir *ibid.*, article 4, al. 2. Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 24.

52 *Ibid.*, p. 24.

et donc « comme [des] personne[s] civile[s] aux fins de la conduite des hostilités⁵³ ». Selon le Guide interprétatif du CICR, une telle conclusion reviendrait à contredire le principe de distinction en accordant à ces forces armées irrégulières un statut plus protecteur dont bénéficie la population civile⁵⁴. Ainsi, selon le CICR « tous les acteurs armés montrant un *degré suffisant d'organisation militaire et appartenant à une partie* au conflit doivent être considérés comme appartenant aux forces armées de cette partie⁵⁵ ».

La détermination de l'appartenance individuelle dans les forces armées régulières est généralement régulée par le droit interne de l'État⁵⁶ et s'exprime habituellement via une « incorporation formelle dans des unités permanentes identifiables par leurs uniformes, leurs insignes et leur équipement⁵⁷ ». Cependant, la même logique n'est pas applicable aux forces armées irrégulières puisque cette catégorie n'est pas réglementée dans le droit interne. Le CICR propose donc que l'appartenance aux forces armées irrégulières soit déterminée « de manière fiable qu'à l'aide de *critères fonctionnels, comme ceux qui s'appliquent aux groupes armés organisés dans les conflits armés non internationaux*⁵⁸ » Ainsi, dans son Guide interprétatif, le CICR suggère l'utilisation du concept de FCC, c'est-à-dire la fonction continue assumée par une personne, pour le groupe, impliquant sa participation directe aux hostilités afin de déterminer l'appartenance individuelle à un groupe armé organisé dans un CAI⁵⁹. Encore une fois, il semble que le Guide interprétatif prévoit l'application du concept de FCC à certains acteurs opérant dans le cadre d'un CAI.

Les membres irréguliers n'appartenant pas à une partie à un CAI

Même si le Guide interprétatif du CICR prévoit l'utilisation de critères fonctionnels (comme la FCC) pour déterminer l'appartenance individuelle de membres irréguliers qu'advient-il des groupes qui se livrent à des actes d'hostilités contre une partie à un conflit sans appartenir à une autre partie au CAI ? Dans ce cas, le Guide interprétatif est d'avis que ces individus ne peuvent être considérés comme membres des forces armées d'une partie à ce conflit⁶⁰. De ce fait, aux fins de la conduite des hostilités, ces individus devraient être qualifiés de civils⁶¹. Selon le Guide interprétatif, une opinion contraire « refuserait de tenir compte de la dichotomie existant dans tout conflit armé entre les formées armées des parties au conflit et la population civile⁶² ». Toutefois, si le groupe remplit les deux critères nécessaires à la détermination de l'existence

53 *Ibid.*, p. 24.

54 *Ibid.*, p. 24.

55 *Ibid.*, pp. 24-25 (souligné par l'auteur). Selon le guide interprétatif, « le concept d' "appartenance" exige au moins une relation de facto entre un groupe armé organisé et une partie au conflit. Cette relation peut être officiellement déclarée, mais elle peut aussi être exprimée par le biais d'un accord tacite ou d'un comportement concluant qui indique clairement pour quelle partie le groupe combat ».

56 *Ibid.*, p. 26.

57 *Ibid.*, p. 26.

58 *Ibid.*, p. 27 (souligné par l'auteur).

59 *Ibid.*, p. 35.

60 *Ibid.*, pp. 25-26.

61 *Ibid.*, pp. 25-26.

62 *Ibid.*, p. 25.

d'un CANI (intensité et organisation⁶³), ce dernier sera considéré comme partie à un CANI en parallèle au CAI et c'est donc en fonction de ce régime juridique que sera déterminé le statut des individus de ce groupe⁶⁴. Si le groupe n'atteint pas le niveau d'organisation ou d'intensité requis pour conclure à l'existence d'un CANI, le Guide interprétatif soutient que « les actes de violence armée organisée n'atteignant pas l'intensité d'un conflit armé international ou non international *relèvent du maintien de l'ordre*, quelle que soit la manière dont leurs auteurs sont qualifiés⁶⁵ ». Ce genre de situation est loin d'être hypothétique, ainsi que l'a relevé Michael Schmitt :

L'éventualité de la présence, sur le champ de bataille, de groupes qui n'appartiennent à aucune des parties à un conflit armé international est loin d'être hypothétique. Par exemple, lorsque les conflits en Afghanistan et en Irak étaient encore de nature internationale, les forces de la coalition ont souvent fait face à des groupes qui n'étaient ni alliés avec les talibans ni avec le régime Baathiste. Ainsi, certains groupes chiites en Irak s'opposaient à la fois à la coalition et au gouvernement iraquien, puisque ces groupes luttaient pour l'obtention du pouvoir [traduction CICR]⁶⁶.

L'auteur est d'avis, qu'*a priori*, les groupes qui opèrent dans un CAI sans appartenir à une partie au conflit et sans l'existence d'un CANI en parallèle, devraient être régis en fonction du paradigme du maintien de l'ordre. Toutefois, qu'advient-il lorsque les parties à un CAI ne sont pas en mesure d'exercer leur mission de maintien de l'ordre à l'encontre des membres de ce groupe ? Celui-ci bénéficie-t-il, dès lors, d'une immunité contre toute attaque ? Dans l'objectif d'illustrer cet argument, prenons le cas suivant : l'État A est engagé dans un CAI contre l'État B, sur le territoire de l'État B. Dans le cadre de ce conflit, le groupe C se trouvant sur le territoire de l'État B n'appartient à aucune des parties au CAI (puisque il lutte pour le pouvoir, donc contre les États A et B), mais ce dernier se prépare à mener des attaques contre le territoire de l'État A. Bien que ce groupe soit organisé, ce dernier n'atteint pas le seuil d'intensité requis pour déterminer l'existence parallèle d'un CANI. De fait, selon le CICR, les actes de

63 Le critère pour être en présence d'un conflit armé a été ainsi fixé par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire Tadić : « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État ». Voir, TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadić, alias « DULE », arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70. Dans cette affaire, la chambre de première instance a appliqué ce critère aux conflits armés non internationaux en se concentrant sur deux aspects d'un conflit, à savoir 1) son intensité et 2) l'organisation des parties à ce conflit, ces critères servant à « distinguer un conflit armé du banditisme, d'insurrections inorganisées et de courte durée ou d'activités terroristes, qui ne relèvent pas du droit international humanitaire ». Voir TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadić, alias « DULE », jugement, 7 mai 1997, par. 562. Par la suite, le TPIY a dégagé plusieurs indices permettant d'évaluer les critères d'intensité et d'organisation. Voir Le Procureur c/ Ljube Boškovski et Johan Tarčulovski, jugement (chambre de première instance), 10 juillet 2008, par. 195-205.

64 Pour plus d'informations sur les deux critères exigés pour la qualification d'un conflit armé non international voir CICR, Commentaires de la Deuxième Convention, 2017, article 3, par. 415-459.

65 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 26 (souligné par l'auteur).

66 Michael N Schmitt, « The status of opposition fighters in a non-international armed conflict », *Naval War College International Law Studies*, vol. 88, 2012, p. 134.

ce groupe organisé « relèvent du maintien de l'ordre⁶⁷ ». Ainsi, l'État A doit répondre à la menace que pose le groupe C en vertu du paradigme du maintien de l'ordre. Toutefois, n'étant pas sur son territoire, comment l'État A peut-il répondre à cette menace n'ayant pas de forces de maintien de l'ordre sur le territoire de l'État B ? De plus, l'État A ne peut pas demander à l'État B d'exercer sa mission de maintien de l'ordre et d'arrêter les individus de ce groupe, dès lors qu'il est en conflit armé avec l'État B⁶⁸. Ceci montre que, dans certains cas, l'application du maintien de l'ordre « à la conduite des hostilités... peut être à la fois incohérent et inopérant d'un point de vue opérationnel [traduction de l'auteur]⁶⁹ ».

Dans ce cas, l'auteure est d'avis que le DIH devrait régir cette situation. En effet, comme l'État A ne peut exercer ses fonctions de maintien de l'ordre sur le territoire de l'État B et n'a ainsi aucun contrôle sur le groupe armé organisé, la conclusion logique ne peut être d'interdire à l'État A de conduire des actions contre le groupe C. Ainsi, l'auteure avance que dans ce cas exceptionnel où l'État ne peut exercer ses pouvoirs de maintien de l'ordre afin de répondre à la menace que présente le groupe, le DIH devrait être applicable⁷⁰. D'un autre côté, si l'on suit le raisonnement du Guide interprétatif selon lequel ces individus devraient être considérés comme des civils, ceci reviendrait à diluer le principe de distinction, c'est-à-dire la protection dont bénéficie la population civile. En développant le concept de FCC, le Guide interprétatif avait pour objectif de clarifier le principe de distinction en insistant sur la distinction à effectuer, d'une part entre les membres des forces armées d'un État et les groupes armés organisés et, d'autre part, les personnes civiles⁷¹. Ainsi, qualifier ces individus de civils viendrait brouiller cette distinction. En plus, qualifier ces individus de civils irait à l'encontre du principe d'égalité des belligérants⁷² car ils bénéficieraient d'une certaine immunité contre les attaques puisque les États ne pourraient répondre à la menace qu'ils posent, ni en vertu du DIH, ni en vertu du maintien de l'ordre. Dans l'exemple ci-dessus, il serait absurde de conclure que le

67 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 26.

68 Voir Geoffrey Corn, « Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict », *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 52, n° 94, 2010, p. 83 ; Samit D'Cunha, « The Notion of External NIACs: Reconsidering the Intensity Threshold in Light of Contemporary Armed Conflicts », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 20, 2017, pp. 93–94.

69 S. D'Cunha, *op. cit.* note 68, pp. 93–94.

70 La problématique liée à la détermination du seuil d'intensité d'un conflit armé est abordée par Samit D'Cunha qui utilise un raisonnement similaire à celui utilisé ici en ce qui concerne la perte de contrôle d'un État sur un groupe armé organisé. Il utilise ce raisonnement afin de démontrer que cette perte de contrôle devrait, dans certains cas, justifier une réévaluation (voir un abandon) du critère d'intensité lors de la qualification d'un CANI. Voir *ibid.*, pp.102-103. Dans le présent article, un raisonnement similaire est utilisé, soit que lorsque la perte de contrôle d'un État sur un groupe armé organisé signifie que cet État n'est pas en mesure de répondre à la menace que pose ce groupe en fonction du maintien de l'ordre, cela ne crée pas une immunité de ce groupe contre toute action : le DIH doit être le régime juridique applicable.

71 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 8.

72 Ces individus ne pourraient également pas être considérés comme des civils participant aux hostilités puisque cela irait à l'encontre de l'objectif de cette notion telle qu'elle a été conçue par le CICR afin de répondre aux actes hostiles spontanés, sporadiques ou non organisés et qu'elle ne pourrait s'appliquer à un groupe armé organisé. Le principe de l'égalité des belligérants est abordé plus en détail dans une autre partie de cet article.

groupe C puisse lancer une attaque contre l'État A – qui est engagé dans un CAI contre avec l'État B – sans que l'État A ne puisse attaquer les individus qui sont membres du groupe C. Ainsi, selon l'auteure, les membres de ce groupe bénéficiant d'une fonction continue de participer directement aux hostilités devraient être des cibles légitimes en vertu du DIH applicable dans les CAI afin de respecter le principe de distinction et le principe d'égalité des belligérants⁷³. Cette question d'appliquer la FCC aux groupes qui n'appartiennent à aucune partie à un CAI n'est pas nouvelle puisqu'elle a été soulevée par certains experts dans le cadre de l'élaboration du Guide interprétatif :

Toutefois, dans la mesure où l'autre interprétation de « l'approche par l'appartenance » qui considère « l'appartenance » uniquement au regard d'un groupe armé organisé comme une forme continue de « participation directe aux hostilités » est considérée comme défendable en théorie et réalisable en pratique dans un conflit armé non international, il faudrait s'interroger pour savoir si le même concept pourrait aussi s'appliquer aux groupes armés organisés qui ne peuvent pas être qualifiés de membres des « forces armées » dans les situations de conflit armé international. Ceci aurait pour effet que tant dans les CAI que dans les CANI, « l'appartenance » à un groupe armé organisé serait interprétée comme une forme continue de la « participation directe aux hostilités de civils », ce qui aurait pour résultat que ces civils perdraient le bénéfice de l'immunité contre les attaques directes pendant toute la durée de leur appartenance [traduction CICR]⁷⁴.

De plus, la Haute Cour de Justice israélienne, dans un jugement rendu en 2006, vient implicitement soutenir cette théorie en affirmant que dans le droit des CAI, les membres d'un groupe armé indépendant palestinien dont le groupe devient leur foyer et qui dans le « cadre de [leur] rôle dans cette organisation commet[tent] une série d'actes d'hostilité, avec de brèves périodes de repos entre ces actes [traduction de l'auteur] » perdent leur immunité pour l'ensemble de cette série d'actes, incluant les repos entre les actes d'hostilité⁷⁵. De ce fait, le raisonnement de la Cour reprend en partie l'idée qui sous-tend la notion de FCC en arguant qu'en fonction du droit applicable dans les CAI, ces individus, membres d'un groupe armé, perdent leur immunité pour la durée de leur implication au sein du groupe en question⁷⁶.

La théorie avancée ci-dessus permet de prendre en compte la particularité des conflits contemporains où certains groupes impliqués dans des CAI n'appartiennent à aucune des parties au conflit, n'atteignent pas le niveau d'intensité exigé⁷⁷ pour

73 Pour en savoir plus sur le principe de l'égalité des belligérants, voir Jonathan Somer, « La justice de la jungle : juger de l'égalité des belligérants dans un conflit armé non international », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, 2007 ; Adam Roberts, « L'application juste des lois de la guerre : un principe mis à rude épreuve », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, n° 872, 2008.

74 CICR, réunion d'experts, *Working Sessions IV and V – « Direct participation in hostilities » and Membership in Organized Armed Groups*, Background document, Genève, 23-25 octobre 2005, pp. 18-19.

75 Haute Cour de Justice, Israël, *Le Comité public contre la torture c. le Gouvernement d'Israël* HCJ 769/02, jugement du 13 décembre 2006, par. 39.

76 *Ibid.*, par. 39.

77 Voir *op. cit.* note 63.

conclure à l'existence d'un CANI en parallèle et où les États ne peuvent pas exercer leur mission de maintien de l'ordre. C'est pour ces raisons que l'auteure avance que dans certains cas particuliers, le concept de FCC devrait être applicable à ce type d'acteur. Après s'être interrogée sur la portée du concept de FCC, la partie suivante de cet article analysera la transposition de cette notion aux membres des forces armées gouvernementales parties à un CANI.

La notion de « fonction de combat continue » appliquée aux forces armées gouvernementales dans le cadre d'un conflit armé non international

Il a été démontré précédemment qu'aux fins de la conduite des hostilités dans un CANI, il est nécessaire de faire la distinction entre les membres des forces armées gouvernementales, les membres de groupes armés organisés, les civils qui participent directement aux hostilités et les civils qui bénéficient d'une protection. Cette distinction s'avère nécessaire afin de déterminer quel individu représente une cible légitime au regard du DIH. Il a été établi ci-dessus que les membres de groupes armés qui assument une fonction continue de participation directe aux hostilités représentent des cibles légitimes jusqu'à ce qu'ils cessent d'exercer cette fonction au sein de ce groupe. En ce qui concerne les membres des forces armées gouvernementales, aux fins de la conduite des hostilités, il est pertinent de se demander si les individus pouvant être qualifiés de cibles légitimes au sein de ces forces doivent être identifiés, dans les CANI, de manière analogue à la définition figurant dans la CG III et le PA I. Ainsi, la partie qui suit se référera à l'article 3 commun et au PA II afin de déterminer le sens qui a été donné l'expression « forces armées », dans l'objectif de comprendre si la définition de cette notion doit être la même dans les CAI et dans les CANI.

L'expression « forces armées » au sens de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II

L'article 3 commun et le PA II font, tous les deux, référence à l'expression « forces armées ». L'article 3 commun qui s'applique à « chacune des Parties au conflit » fait référence aux « membres de forces armées qui ont déposé les armes ». Bien que le CICR soutienne que cet article ne s'applique pas à la conduite des hostilités⁷⁸, ce qui demeure controversé⁷⁹, la formulation utilisée permet de déduire que cette expression peut être interprétée comme signifiant que les différentes parties au conflit, étatiques

78 Commentaire de la Première Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, CICR Genève, 2e édition, 2016, par. 389.

79 Pour un aperçu de ceux qui soutiennent que l'article 3 commun renferme une certaine réglementation de la conduite des hostilités, voir : James E Bond, « Application of the Law of War to Internal Conflict », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, n° 2, 1973, p. 348 ; William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford University Press, 2012, p. 433 et Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, 3^e édition, Manchester University Press, 2012, p. 301.

ou non étatiques, disposent toutes de « forces armées » dans un CANI⁸⁰. D'ailleurs, le commentaire de l'article 3 commun confirme cette interprétation en indiquant que cette expression fait référence tant aux forces armées d'un État qu'aux forces armées d'une partie non étatique au conflit⁸¹. De plus, cet article utilise l'expression « membres de forces armées » par opposition à l'expression « membres des forces armées », ce qui suggère que la notion n'est pas limitée aux forces armées gouvernementales⁸². Cette interprétation de l'expression « forces armées » figurant à l'article 3 commun est totalement différente de la formulation utilisée dans le PA II qui, quant à lui, se réfère à cette notion en d'autres termes.

En effet, l'article 1 du PA II est beaucoup plus précis en faisant la distinction entre les « forces armées » d'une Haute Partie contractante et les « forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés ». Cette distinction qui est absente de l'article 3 commun, nous indique que le PA II se réfère à l'expression « forces armées » de manière beaucoup plus restrictive puisqu'au regard de cet article, l'expression ne fait référence qu'aux forces armées gouvernementales⁸³. Le Guide interprétatif du CICR affirme donc que l'interprétation choisie pour ces termes dans le PA II démontre que « les forces armées d'un État incluent à la fois (comme dans le PA I) les forces armées régulières et les autres groupes ou unités armés et organisés, placés sous un commandement responsable devant cet État⁸⁴ ». Ainsi, cette définition reprend la définition du combattant telle qu'elle figure à l'article 4, lettre A, chiffres 1 et 2⁸⁵ de la CG III et à l'article 43 du PA I⁸⁶.

Il convient de relever que les commentaires et les travaux préparatoires de ces articles ne nous donnent aucune raison de croire que l'expression « forces armées » devrait être interprétée différemment dans les conflits armés de nature internationale ou non internationale⁸⁷. Néanmoins, il est nécessaire d'insister sur l'interprétation figurant à l'article 3 commun qui vient soutenir la théorie présentée dans cette partie, selon laquelle l'expression « forces armées » doit être interprétée en fonction du type de conflit. En effet, en incluant sous l'expression « forces armées », tant les forces étatiques que les forces non étatiques, l'article 3 commun montre que

80 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 30. Voir aussi Commentaires de la Deuxième Convention, CICR, *op. cit.* note 33, article 3, par. 525–526.

81 CICR, Commentaires de la Première Convention, 2e édition, Genève, 2016, par. 530.

82 *Ibid.*

83 Jann K. Kleffner, « The beneficiaries of the rights stemming from common Article 3 » in Andrew Clapham, Paola Geta et Marco Sassòli, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, UK, Oxford University Press, 2015, p. 440. Voir également Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, 1987, par. 4462, qui, à propos de l'article 1 du PA II, considèrent qu'il faut interpréter l'expression « forces armées » afin de « couvrir toutes les forces armées, y compris celles que certaines législations nationales n'incluraient pas dans la notion d'armée ».

84 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 32.

85 Cet article définit qui peut être qualifié de prisonnier de guerre, donc indirectement de combattant au regard de la conduite des hostilités.

86 L'Étude du CICR sur le DIH coutumier précise qu'aux fins du principe de distinction dans les CANI, la définition des « forces armées » s'applique également dans les conflits non internationaux (voir commentaires de la règle 4).

87 CICR, réunion d'experts, *op. cit.*, note 10, p. 13.

cette expression a une interprétation différente de celle que l'on retrouve dans les CAI et vient ainsi conforter la thèse développée dans le présent article selon laquelle l'expression « forces armées gouvernementales » devrait être interprétée autrement dans les CANI. Il sera démontré ci-après que cette interprétation figurant à l'article 3 commun permet également de renforcer la théorie présentée dans cette partie en se fondant sur le principe d'égalité des belligérants.

Dans l'objectif de définir l'expression « forces armées d'un État » dans les CANI, le Guide interprétatif du CICR fait une distinction entre les membres des forces armées régulières et irrégulières. Il indique que l'appartenance aux forces armées régulières d'un État doit être déterminée en fonction du droit interne de celui-ci⁸⁸. En ce qui concerne les forces armées irrégulières d'un État, il est précisé que, comme leur appartenance aux forces armées n'est pas réglementée par le droit interne, cette appartenance doit être déterminée « à l'aide des mêmes critères fonctionnels que ceux qui s'appliquent aux groupes armés organisés des parties non étatiques au conflit⁸⁹ ».

L'analyse ci-dessus nous laisse croire que pour les forces armées régulières, la détermination de qui représente une cible légitime a simplement été transposée et appliquée dans les CANI de manière analogue aux CAI⁹⁰. Dans le cadre de la conduite des hostilités, le principal danger associé à cette transposition réside dans le déséquilibre créé au niveau des individus qui peuvent être ciblés au sein de ces forces armées gouvernementales. En effet, dès qu'un individu fait partie des forces armées régulières d'un État en vertu du droit interne, il est qualifié de combattant au sens de l'article 4, lettre A, chiffre 1 de la CG III ou de l'article 43 du PA I et devient ainsi une cible légitime en vertu du DIH. De ce fait, dans les CANI, tous les membres des forces armées régulières sont considérés comme étant des cibles militaires allant du soldat jusqu'au cuisinier de ces forces armées. Ce constat est différent en ce qui concerne les membres d'un groupe armé organisé puisque le Guide interprétatif du CICR précise que seule la branche militaire ou armée d'un tel groupe constitue une cible légitime dans le cadre d'un CANI, aussi longtemps que ses membres participent directement aux hostilités en exerçant une fonction de combat continue⁹¹. Ceci vient donc créer un déséquilibre entre les forces armées gouvernementales et les membres d'un groupe armé dans la mesure où un individu ayant une fonction de support au sein d'un groupe armé est considéré comme un civil, donc protégé et ce, même si les fonctions exercées par cet individu sont similaires à celles exercées par un membre des forces armées régulières d'un État, qui lui, représente une cible légitime⁹².

88 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 33.

89 *Ibid.*, p. 33.

90 C'est-à-dire en se référant à la CGIII ou à l'article 43 du PA I.

91 Kenneth Watkin, *op. cit.* note 48, p. 694. Ces individus sont considérés comme des cibles militaires que lorsqu'ils assument au sein de ce groupe une fonction continue impliquant une participation directe aux hostilités.

92 Nils Melzer, « Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the notion of direct participation in hostilities », *International Law and Politics*, vol. 42, n° 831, 2010, p. 851.

Quant aux membres des forces armées irrégulières d'un État, le Guide interprétatif du CICR propose que la détermination de l'appartenance d'un individu à ces forces soit établie en fonction de critères fonctionnels, c'est-à-dire selon le même critère que celui utilisé pour déterminer l'appartenance d'un individu à un groupe armé organisé⁹³. Cette proposition vient appuyer l'idée centrale de cette partie qui propose de déterminer qui représente une cible légitime au sein des forces armées gouvernementales dans un CANI (forces régulières ou irrégulières) à l'aide de la FCC. Ainsi, cet article soutient que dans l'objectif de rétablir le déséquilibre qu'occasionnerait la transposition dans les CANI de la notion de « forces armées » que l'on trouve dans le droit des CAI, cette expression doit être interprétée de manière différente dans les CANI, c'est-à-dire qu'il faudrait identifier les individus représentant des cibles légitimes au sein des forces armées gouvernementales en utilisant la FCC. Ainsi, la prochaine partie exposera les différentes raisons qui devraient justifier le recours à la FCC pour les membres des forces armées gouvernementales dans un CANI.

L'application du concept de « fonction de combat continue » pour déterminer l'appartenance individuelle aux forces armées gouvernementales

Certains auteurs tels que Kenneth Watkins ont critiqué le Guide interprétatif du CICR en soutenant que la notion de FCC aurait dû être définie de manière plus large afin d'inclure les membres d'un groupe armé organisé qui occupent une fonction de soutien⁹⁴. Afin de contrebalancer ce déséquilibre, Watkins propose, dans son article, une définition plus large du concept de FCC dans l'objectif de pouvoir corriger ce désavantage rencontré par les forces armées gouvernementales dont tous les membres représentent des cibles militaires légitimes. Cependant, une solution plus humanitaire serait de proposer que ce ne soit pas le concept de FCC qui soit interprété plus largement, mais que ce soit la notion de « forces armées » qui soit interprétée différemment dans les CANI. Cette proposition viendrait donc abolir le déséquilibre observé entre les membres des forces armées gouvernementales et les membres de groupes armés organisés en utilisant la même notion, c'est-à-dire la FCC, pour déterminer l'appartenance d'un individu aux forces armées d'une partie et donc de déterminer s'il est une cible légitime en vertu du DIH. Comme certains membres des forces armées gouvernementales, tels les cuisiniers, exercent des fonctions qui ne constituent pas une fonction continue de participation directe aux hostilités, ceux-ci ne devraient pas être qualifiés de cibles légitimes au regard du DIH, à moins qu'ils ne participent directement aux hostilités. Ainsi, seuls les individus exerçant une fonction continue de participation directe aux hostilités au sein des forces armées gouvernementales ou au sein d'un groupe armé organisé, devraient être des cibles légitimes dans les CANI. L'application du concept de FCC

93 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 6, p. 27.

94 Kenneth Watkin, *op. cit.* note 48, pp. 675 et 691. Voir aussi Michael N. Schmitt, « The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis », *Harvard National Security Journal*, vol. 1, 2010, pp. 23-24.

aux forces armées gouvernementales viendrait donc restreindre l'interprétation de l'expression « forces armées gouvernementales » aux membres qui participent aux hostilités de manière continue⁹⁵.

Par ailleurs, l'application du concept de FCC aux forces armées gouvernementales devrait être favorisée en raison de la réalité différente dans laquelle opèrent ces forces dans le cadre d'un CANI. En effet, dans un CAI, les parties au conflit sont généralement des États et l'appartenance d'un individu aux forces armées gouvernementales est définie, pour toutes les parties, en fonction du droit interne de chaque État. Cette réalité ne peut malheureusement pas être transposée aux CANI dès lors qu'au moins l'une des parties doit être un acteur non étatique et que l'appartenance d'un individu à un groupe armé organisé n'est pas réglementée par le droit interne. De ce fait, cette asymétrie entre les parties à un CANI démontre que l'identification des individus membres des forces armées gouvernementales qui, dans un CANI, peuvent constituer une cible légitime, ne devrait pas être effectuée en partant des critères fixés par la CG III ou le PA I. La nature fondamentalement différente des parties qui s'affrontent dans un CANI est donc un argument en faveur de l'utilisation d'un critère similaire afin de déterminer qui, au sein des forces armées étatiques et non étatiques, constitue une cible légitime au regard du principe de distinction au sein des forces étatiques et non étatiques.

Le principe d'égalité des belligérants, qui est fondamental en DIH, permet également de démontrer l'importance d'adopter une interprétation différente de la notion de « forces armées » dans les CAI et les CANI. Ce principe établit que toutes les parties à un conflit armé ont les mêmes droits et obligations⁹⁶. L'idée qui sous-tend ce principe repose sur la conception que si l'une des parties n'est pas liée par certaines règles, l'autre partie qui est liée par ces obligations ne s'y conformera pas. Il s'avère important de souligner que ce principe ne prétend pas que les parties qui s'affrontent sont égales, comme pourrait le laisser croire l'expression « égalité des belligérants », mais plutôt que les obligations de ces parties doivent être égales⁹⁷. Jonathan Somer soutient que le principe d'égalité des belligérants ne s'étend pas à l'égalité des statuts, mais plutôt à l'égalité des droits et obligations des parties en ce qui concerne le respect du DIH⁹⁸. Comme les parties à un CANI ont l'obligation de respecter le principe de distinction, la manière dont ce principe est mis en œuvre, autrement dit, l'identification des individus représentant des cibles légitimes dans les CANI, devrait être définie de manière analogue pour les forces armées gouvernementales et les

95 Bien que cet aspect ne soit pas traité dans cet article, il convient de relever qu'en application de la théorie développée ici, les membres des forces de police qui interviennent dans un CANI pourraient être considérées comme accomplissant une FCC si leurs actions ont un lien avec ledit conflit. Il est proposé que lorsqu'il est demandé à ces personnes qui, en principe, ne font pas partie des forces armées d'un État, d'exercer une fonction continue impliquant une participation directe aux hostilités, celles-ci ne devraient pas être considérées comme des civils participant directement aux hostilités. Cette proposition présenterait l'intérêt de rendre le droit des CANI plus réaliste pour les groupes armés organisés dès lors que ceci permettrait d'attaquer ces personnes de manière continue et pas seulement lorsqu'elles participent directement aux hostilités.

96 Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 243.

97 *Ibid.*, p. 245.

98 Jonathan Somer, *op. cit.* note 73, p. 663.

groupes armés organisés au regard du principe d'égalité des belligérants. Par ailleurs, comme mentionné précédemment, l'interprétation de l'expression « forces armées » utilisée par l'article 3 commun, vient renforcer cet argument fondé sur le principe de l'égalité des belligérants, dès lors que cette disposition ne distingue pas entre les « forces armées » des parties à un CANI, lesquelles se doivent d'avoir les mêmes droits et obligations en DIH⁹⁹. De ce fait, il peut être avancé que le principe d'égalité des belligérants sous-tend l'article 3 commun puisque l'expression « forces armées » englobe tant les forces armées étatiques que les forces armées non étatiques, venant ainsi consolider la théorie selon laquelle cette expression devrait être interprétée différemment dans les CANI pour les forces armées gouvernementales.

Conformément à la *lex lata*, une plus grande proportion des membres des forces armées gouvernementales peut être ciblée dans la conduite des hostilités puisque l'appartenance à ces forces est déterminée d'une manière différente de l'appartenance d'un individu à un groupe armé organisé. Ainsi, si l'on veut respecter le principe d'égalité des belligérants, l'appartenance aux forces d'une partie à un CANI devrait être déterminée de manière similaire afin que le principe de distinction soit mis en œuvre de manière analogue pour les forces gouvernementales et les groupes armés organisés. Le non respect du principe d'égalité des belligérants pourrait avoir un impact néfaste sur la volonté des parties au conflit de respecter le DIH si leurs obligations diffèrent. Par conséquent, l'ensemble des arguments exposés ci-dessus attestent de l'importance d'étendre la FCC aux forces armées gouvernementales dans un CANI, car poser des obligations équivalentes entre les parties au conflit, pourrait inciter ces parties à un plus grand respect du DIH.

Conclusion

Cet article avait pour objectif de proposer d'étendre l'application du concept de fonction de combat continue développé par le Guide interprétatif du CICR, à deux catégories d'acteurs dans les CAI et les CANI. Ainsi, dans un premier temps, il a été démontré que le Guide interprétatif a déjà envisagé l'extension de ce concept à ces deux catégories d'acteurs : à certains individus engagés par des EMSP et aux membres irréguliers des forces armées. Toutefois, cet article a démontré que la FCC devrait être également être étendue, dans certains cas spécifiques, aux groupes armés organisés qui n'appartiennent à aucune partie dans un CAI. Cette proposition visait à prendre en compte les réalités des conflits armés contemporains dans lesquels un tel cas peut se produire. Le recours à la FCC permettrait ainsi de respecter le principe de distinction et le principe d'égalité des belligérants en accordant les mêmes droits et obligations aux acteurs impliqués dans un CAI.

La deuxième proposition de cet article fut de plaider pour une interprétation différente de l'expression « forces armées gouvernementales » dans le cadre des CANI. Cette approche est proposée notamment par souci d'égalité entre les parties à un CANI dans la mesure où un déséquilibre est créé entre les membres des forces

99 Commentaires du CICR de la Première Convention, *op. cit.* note 81, par. 530.

armées d'un État et les membres d'un groupe armé organisé qui constituent des cibles légitimes au regard du DIH. Ainsi, partant de la rédaction de l'article 3 commun et du principe d'égalité des belligérants, cet article propose que l'appartenance d'un individu aux forces armées gouvernementales soit établie selon les mêmes critères que ceux retenus pour un individu membre d'un groupe armé organisé, c'est-à-dire en utilisant le concept de la FCC. Cette approche permettrait de rendre plus réaliste l'application du principe de distinction pour l'ensemble des parties à un CANI.