

# Un environnement propice aux erreurs ? Enseignements tirés de l'attaque contre l'hôpital de Médecins Sans Frontières à Kunduz, en Afghanistan

**Françoise Bouchet-Saulnier et Jonathan Whittall\***

Françoise Bouchet-Saulnier est la directrice juridique de Médecins Sans Frontières.

Jonathan Whittall est le directeur du département d'analyse de Médecins Sans Frontières à Bruxelles.

*Traduit de l'anglais*

## Résumé

*Le 3 octobre 2015, le centre de traumatologie de Médecins Sans Frontières (MSF) à Kunduz, en Afghanistan, a été bombardé lors d'une opération militaire conjointe des États-Unis et de l'Afghanistan visant à reprendre la ville. Avant cette nuit-là, le nombre d'attaques contre des établissements médicaux suivait déjà une évolution inquiétante, constituant pour les organisations humanitaires une préoccupation majeure. Ce sont des attaques telles que celle-ci qui ont poussé MSF et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à initier des campagnes<sup>1</sup> pour rappeler qu'il est nécessaire de mieux protéger les missions médicales dans les situations de conflit*

1 L'initiative du CICR intitulée « Les soins de santé en danger » a été lancée en 2011 et est disponible sur : <http://healthcareindanger.org/fr/hcid-project-4/> (tous les liens internet ont été vérifiés en mai 2020). La campagne de MSF, « Medical Care Under Fire », a été lancée en 2013 et est disponible sur : <https://www.msf.org/medical-care-under-fire>.

\* Les auteurs souhaitent remercier Joanne Wong pour son appui au travail de recherche et sa contribution à l'aspect juridique du présent article.

*armé. Néanmoins, compte tenu de son ampleur et du contexte particulier dans lequel elle a eu lieu, l'attaque dirigée contre le centre de traumatologie de Kunduz a donné lieu à plusieurs enquêtes spécifiques<sup>2</sup> et a suscité bien plus d'interrogations encore, qui seront examinées dans le présent article. L'article étudiera en profondeur l'hypothèse d'une attaque commise « par erreur », telle qu'évoquée dans l'enquête menée par les États-Unis, afin de proposer une analyse critique visant à déterminer si ces erreurs peuvent être imputées à des interprétations ou à une mise en œuvre du DIH erronées ou biaisées du droit international humanitaire.*

**Mots clés :** Afghanistan, Kunduz, Médecins Sans Frontières, principes du DIH, attaques contre des centres de santé, coalition militaire internationale, anti-terrorisme, identification, légitime défense, États-Unis.



La nécessité de réaffirmer l'engagement en faveur de la protection de la mission médicale semble évidente. Rien qu'en 2016, quatre des cinq membres permanents du Conseil de sécurité des Nations unies (ONU) ont participé à des coalitions militaires qui ont mené des raids aériens contre des hôpitaux au Yémen, en Syrie et en Afghanistan<sup>3</sup>.

Conformément aux Conventions de Genève, les établissements sanitaires et leur personnel, tout comme les blessés et les malades, doivent être protégés et bénéficier d'une immunité contre les attaques et les sanctions<sup>4</sup>. Il est obligatoire de

- 2 À la suite de l'attaque de Kunduz, quatre enquêtes ont été menées : deux enquêtes nationales, menées par les États-Unis et l'Afghanistan, une enquête lancée par l'OTAN (par l'équipe d'évaluation conjointe de la mission « Soutien Déterminé ») et une enquête interne, conduite par MSF. Les conclusions de l'enquête américaine ont été rendues publiques mais seulement pendant un temps : département américain de la Défense, Army Regulation (AR) 15-6 Investigation, *Concerning a Potential Civilian Casualty Incident in Kunduz*, enquête ordonnée le 17 octobre 2015, close le 11 novembre 2015 et approuvée par l'autorité investie du pouvoir de nomination le 21 novembre 2015 (AR 15-6 Rapport d'enquête américain). L'enquête afghane, ordonnée par le décret présidentiel n° 1348, le 9 octobre 2015, n'a jamais été rendue publique ; voir Lynne O'Donnell, « Afghan President orders Investigation into fall of Kunduz », *Associated Press*, 10 octobre 2015, disponible sur : <https://apnews.com/6542121cca8d425fb6e5047d0e229410/afghan-president-appoints-investigators-kunduz-airstrike>, tout comme l'enquête de l'OTAN ; voir OTAN, « Statement on the Kunduz MSF Hospital Investigation », 26 novembre 2015, disponible sur : <https://rs.nato.int/news-center/press-releases/2015/statement-on-the-kunduz-msf-hospital-investigation.aspx>. L'enquête interne de MSF a été publiée, en accès libre ; voir MSF, *Initial MSF Internal Review: Attack on Kunduz Trauma Centre, Afghanistan*, Genève, 5 novembre 2015 (enquête interne de MSF), disponible uniquement en anglais sur : [https://www.msf.ch/sites/default/files/2018-09/20151105\\_rep\\_kunduz\\_airstrikes\\_EN.pdf](https://www.msf.ch/sites/default/files/2018-09/20151105_rep_kunduz_airstrikes_EN.pdf).
- 3 Voir Human Rights Watch, « Attaques contre des hôpitaux et des professionnels de la santé », disponible sur : <https://www.hrw.org/fr/news/2017/05/24/attaques-contre-des-hopitaux-et-des-professionnels-de-la-sante> ; « At least 11 dead after Saudi-led coalition bombs Yemen Hospital », *The Guardian*, 15 août 2016, disponible sur : [www.theguardian.com/world/2016/aug/15/saudi-led-air-strike-yemen-hospital-kills-at-least-seven](http://www.theguardian.com/world/2016/aug/15/saudi-led-air-strike-yemen-hospital-kills-at-least-seven) ; Médecins Sans Frontières, « Discours de la présidente internationale de MSF devant le Conseil de sécurité des Nations unies », 3 mai 2016, disponible sur : <https://msf.lu/fr/actualites/opinions-et-debats/discours-de-la-presidente-internationale-de-msf-devant-le-conseil-de>.
- 4 Personnel médical : Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG I), art. 24-25 ; Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG II), art. 36-37, Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif

fournir des soins médicaux à tous les patients sans discrimination et ce, dans toute la mesure du possible<sup>5</sup>. Cependant, les récentes attaques contre des établissements de santé ont montré que la mise en œuvre des protections prévues par le droit international humanitaire (DIH) a été directement et indirectement affectée par la « guerre contre le terrorisme », toujours plus présente, et plus précisément par l'imbrication croissante du DIH et des législations relatives à la sécurité intérieure et à la lutte contre le terrorisme, qui ne sont pas toujours alignées sur le droit international. La guerre aérienne, à laquelle les coalitions militaires internationales ont de plus en plus recours et dont elles sont de plus en plus dépendantes, combinée au déploiement non conventionnel de forces spéciales sur le terrain afin de renforcer, voire de remplacer, les armées nationales « régulières », notamment au Yémen, en Syrie et en Afghanistan, ont, elles aussi, des répercussions sur la mise en œuvre de ces protections.

Un tel enchevêtrement de normes crée, *a minima*, un environnement propice aux erreurs, comme cela fut le cas lors du bombardement du centre de traumatologie de MSF en Afghanistan que le présent article étudie en détails. Il peut aussi mener à la pénalisation de la fourniture de soins médicaux dans certaines situations, en considérant certains médecins et certains patients comme des « criminels » qui représenteraient une menace pour la sécurité nationale en application du droit pénal national et ce, contrairement aux dispositions du DIH qui interdisent toute poursuite à l'encontre du personnel médical<sup>6</sup>. De telles situations sont symptomatiques d'un problème plus global rencontré en particulier dans les conflits armés non internationaux (CANI), à savoir le flou juridique autour du statut et de la protection des activités médicales non gouvernementales dans les zones contrôlées par des acteurs armés non étatiques.

à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 1125 RTNU 3, 8 juin 1977 (entrée en vigueur le 7 décembre 1978) (PA I), art. 15-16 ; Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux, 1125 RTNU 609, 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA II), art. 10-11, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier, volume I : règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, (Étude du CICR sur le DIH coutumier), règles 25 et 26, disponible sur : [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1\\_rul](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul). Unités sanitaires : CG I, art. 19-23 ; Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG IV), art. 18 ; PA I, art. 8, alinéa e et art. 12-14. Transports sanitaires : CG I, art. 35-37 ; CG II, art. 38-40 ; CG IV, art. 21-22 ; PA I, art. 8, alinéa g et art. 21-31.

5 Respect et protection des blessés et des malades : CG I et II, art. 12 ; CG IV, art. 3 ; PA I, art. 10-11 ; PA II, art. 7-8 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règle 110.

6 Protection générale de la mission médicale : nul ne peut être puni pour avoir exercé une activité de caractère médical conforme à la déontologie, quelles qu'aient été les circonstances ou les bénéficiaires : PA I, art. 16, par. 1 ; PA II, art. 10, par. 1. Voir Caroline Abu Sa'Da, Françoise Duroch et Bertrand Taithe, « Attaques sur la mission médicale : aperçus d'une réalité polymorphe, le cas de Médecins Sans Frontières », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 95, n° 890, *Sélection française*, 2013/1, pp. 216-217. Voir également Phoebe Wynn-Pope, Yvette Zegenhagen et Fauve Kurnadi, « Légiférer au détriment des principes humanitaires : étude de cas sur les conséquences humanitaires des lois australiennes de lutte contre le terrorisme », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 97, n° 897-898, *Sélection française*, 2015/1 et 2, p. 186, à la note 71, citant la Cour de district des États-Unis pour le district sud de New York, affaire *United States of America v. Tarik Ibn Osman Shah, Rafiq Sabir and Mahmud Faruq Brent*, 474 F. Supp. 2° 492, 2007, pour montrer que des médecins ayant apporté un soutien médical à Al-Qaida ont été condamnés en vertu de la législation pénale américaine.

Bien que les attaques perpétrées contre des hôpitaux au Yémen, en Syrie et en Afghanistan présentent plus de différences que de similitudes, elles ont toutes un point commun. Les États impliqués dans ces raids aériens justifient souvent leurs actions militaires en les présentant comme nécessaires à la lutte contre ceux que l'on qualifie de « terroristes ». Ces conflits sont aussi caractérisés par la présence de coalitions militaires internationales qui comptent différentes forces militaires et de sécurité opérant sur un même territoire mais régies par des structures de commandement distinctes et obéissant à des règles nationales diverses qui ont toute leur propre interprétation du DIH. L'impératif de sécurité nationale qui incombe à l'État est aussi invoqué, parfois avec le soutien du Conseil de sécurité des Nations unies<sup>7</sup>, pour brouiller les limites que le DIH impose à la guerre, via les Conventions de Genève<sup>8</sup>. Donner la priorité aux opérations militarisées de maintien de l'ordre, souvent menées par des acteurs militaires et de sécurité originaires de différents pays, contribue à engendrer des confusions sur l'interprétation et le respect du DIH ainsi que sur ses liens avec les différents concepts juridiques qui encadrent la lutte contre le terrorisme et la sécurité nationale<sup>9</sup>.

Dans tel contexte, le bombardement aérien n'est pas la seule menace à laquelle la mission médicale est exposée. Les hôpitaux risquent de faire partie du champ de bataille où les forces gouvernementales de maintien de l'ordre ont carte blanche pour faire des descentes dans les hôpitaux et arrêter ou tuer les patients de « haute valeur [traduction CICR] » au cours d'opérations de recherche et d'arrestations (« *search and capture* »). MSF n'est pas la seule organisation médicale à avoir fait l'expérience de la gamme complète de ces attaques en Afghanistan ou ailleurs<sup>10</sup>. En outre, des acteurs armés non étatiques ont aussi participé à des attaques ayant entravé la fourniture de soins de santé.

- 7 Voir, par exemple, Doc. NU S/RES/1368, 12 septembre 2001, disponible sur : [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1368%20\(2001\)&Lang=F](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368%20(2001)&Lang=F) ; Doc. NU S/RES/1465, 13 février 2003, disponible sur : [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1465%20\(2003\)&Lang=F](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1465%20(2003)&Lang=F).
- 8 Pour une introduction à la protection des services sanitaires conformément au DIH, voir : <https://www.msf.org/primer-protection-medical-services-under-international-humanitarian-law>. Voir également les rubriques « Personnel sanitaire » et « Services sanitaires » in *Dictionnaire pratique du droit humanitaire* en ligne, disponible sur : <https://dictionnaire-droit-humanitaire.org/content/article/2/personnel-sanitaire/> et sur : <https://dictionnaire-droit-humanitaire.org/content/article/2/services-sanitaires/>.
- 9 Voir, par exemple, Ellen Policinski, « Terrorism, counter-terrorism and IHL: Primer on a recurring conversation », *Humanitarian Law & Policy*, 2 novembre 2016, disponible sur : <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2016/11/02/terrorism-counter-terrorism-ihl/> ; Laurie Blank, « Targeted Strikes: The Consequences of Blurring the Armed Conflict and Self-Defense Justifications », *William Mitchell Law Review*, vol. 38, n° 5, 2011 ; Geoffrey S. Corn, « Self Defense Targeting: Conflict Classification or Willful Blindness? », *International Law Studies*, vol. 88, n° 1, 2012.
- 10 Voir Mission d'assistance des Nations unies en Afghanistan, *Afghanistan, Annual Report 2015, Protection of civilians in Armed Conflict*, février 2016, disponible sur : [https://unama.unmissions.org/sites/default/files/poc\\_annual\\_report\\_2015\\_final\\_14\\_feb\\_2016.pdf](https://unama.unmissions.org/sites/default/files/poc_annual_report_2015_final_14_feb_2016.pdf). Voir également « Israelis in disguise raid Hebron hospital, seizing suspect », *BBC News*, 12 novembre 2015, disponible sur : <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-34801195> ; « Three killed as Afghan forces raid Swedish-run clinic », *Al Jazeera*, 19 février 2016, disponible sur : <https://www.aljazeera.com/news/2016/02/killed-afghan-forces-raid-swedish-run-clinic-160219044441899.html>.

Après des décennies de pratique humanitaire, ces événements ont poussé le personnel médical et humanitaire à s'interroger sur des questions fondamentales : gérons-nous nos hôpitaux en zones de guerre en nous fondant sur la même lecture du DIH que les différentes forces armées étatiques qui se font la guerre? Le véritable enjeu porte sur la possibilité pratique d'apporter une assistance médicale aux blessés et aux malades qui vivent dans des zones contrôlées par des groupes armés non étatiques. En d'autres termes, comment les groupes armés non étatiques peuvent-ils garantir la protection des établissements médicaux conformément au DIH tout en étant qualifiés de criminels par des législations nationales ?

Les questions que soulèvent l'attaque de Kunduz résonnent bien au-delà de l'attaque elle-même, puisque les travailleurs humanitaires sont de plus en plus souvent confrontés à des situations où l'aide humanitaire n'est vraisemblablement plus vue par les États, en particulier les États-Unis, comme un moyen contribuant à asseoir la légitimité de leurs opérations de stabilisation, mais qu'elle est désormais considérée par les forces anti-terroristes comme un avantage inacceptable offert à un ennemi délégitimisé.

C'est l'assurance de pouvoir proposer un traitement médical impartial, y compris aux blessés qui sont considérés comme des ennemis « terroristes », qui est au cœur du débat. Si les législations anti-terroristes rendent cette impartialité impossible, alors il en va de même pour toute action humanitaire fondée sur des principes en temps de guerre. Être contraint de devoir « choisir un camp » exposera les patients et les prestataires de soins médicaux à toute une série de risques.

Les événements de la nuit du 3 octobre 2015 et la réaction immédiate des représentants de la coalition et des gouvernements qui s'en est suivie, ont soulevé de nombreuses questions concernant la capacité de MSF et d'autres organisations humanitaires médicales de continuer à l'avenir à fournir des soins médicaux avec impartialité et en toute indépendance à tous les blessés, y compris ceux appartenant à des groupes d'opposition armés non étatiques et alors que les forces spéciales sont engagées dans un combat sans merci et hautement politique. D'autres conflits, comme en Syrie ou en Irak, montrent que cette situation et les questions qui s'y rapportent sont loin d'être de la pure fiction<sup>11</sup>.

Le cas de Kunduz, en Afghanistan, où 42 patients et membres du personnel de MSF ont été tués lors d'une attaque menée par les États-Unis contre le centre de traumatologie, offre une étude de cas utile sur les défis du fonctionnement d'un

11 Voir, entre autres le site web The Safeguarding Health in Conflict Coalition, disponible sur : <https://www.safeguardinghealth.org/mission/>; Amnesty International, *Iraq: At Any Cost: the Civilian Catastrophe in West Mosul, Iraq*, 11 juillet 2017, disponible sur : <https://www.amnesty.org/fr/documents/mde14/6610/2017/fr/>; Human Rights Watch, *All Feasible Precautions? Civilian Casualties in Anti-ISIS Coalition Airstrikes in Syria*, 24 septembre 2017, disponible sur : <https://www.hrw.org/report/2017/09/24/all-feasible-precautions/civilian-casualties-anti-isis-coalition-airstrikes-syria>; Samuel Oakford, « More than 1,800 Civilians Killed Overall in Defeat of ISIS at Raqqa, Say Monitors », 19 octobre 2017, disponible sur : <https://airwars.org/news-and-investigations/raqqa-capture/>; Amnesty International, *Syrie : « I Won't Forget this Carnage »: Civilians Trapped in the Battle of Raqqa*, 24 août 2017, disponible sur : <https://www.amnesty.org/fr/documents/mde24/6945/2017/fr/>; Amnesty International, *Syrie. Les civils qui tentent de fuir l'offensive contre l'État islamique à Raqqa sont pris au piège d'un «labyrinthe mortel»*, disponible sur : <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2017/08/syria-deadly-labyrinth-traps-civilians-trying-to-leave-raqqa/>.

établissement sanitaire qui prend en charge les combattants blessés, en particulier ceux appartenant à des groupes armés d'opposition non étatiques, en plein cœur d'un combat urbain très intense. Cette attaque illustre également la manière dont les principes du DIH peuvent être dénaturés lorsqu'ils sont traduits en règles d'engagement à destination du personnel militaire sur le terrain, qui s'y soumet et qui les met en application. Dans le cas de Kunduz, les règles d'engagement autorisaient favorable à la « légitime défense » tend à affaiblir le principe fondamental de distinction du DIH et il est par la suite plus difficile de répondre aux menaces de manière appropriée. Dans le cas qui nous intéresse, les échanges entre les forces terrestres et l'équipage de l'avion ont systématiquement fait référence à la « légitime défense », malgré les observations formulées par l'équipage qui estimait qu'il n'y avait aucun signe d'hostilité ni de tir direct en provenance du bâtiment ciblé<sup>12</sup>. Enfin, le cas de Kunduz illustre de manière concrète les obstacles auxquels se heurtent un établissement des faits international et indépendant et le déclenchement de mécanismes de responsabilité dans de telles circonstances.

En s'appuyant sur le volume considérable d'informations et de documents accumulés pendant plus d'une année passée à mener l'enquête et à poursuivre les recherches sur l'attaque de Kunduz, le présent article reprend des questionnements qui ont refait surface lors de nouvelles attaques dirigées contre des établissements sanitaires administrés directement par MSF, notamment au Yémen et en Syrie. La publication partielle du rapport d'enquête américain sur l'attaque de Kunduz confirme l'existence de « zones grises » concernant l'interprétation et la mise en œuvre du DIH, qui portent atteinte à la protection effective dont bénéficient les soins médicaux en temps de guerre, notamment lorsque différentes forces militaires et de sécurité mènent des actions concertées au sein d'une coalition internationale, comme à Kunduz. Bien que la publication partielle des conclusions de l'enquête menée par les États-Unis n'ait pas répondu aux attentes de MSF, qui avait demandé à la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits (CIHEF) d'ouvrir une enquête internationale et indépendante sur cette attaque, elle constitue une avancée bien supérieure à ce qui a été obtenu jusque-là auprès d'autres États impliqués dans d'autres attaques contre des établissements médicaux de MSF. Si les interprétations du DIH ne sont pas directement et systématiquement remises en question au moyen de l'établissement indépendant des faits et des circonstances des attaques, ou des prétendues erreurs dont sont victimes les établissements médicaux et les civils, le DIH risque d'être réduit à une théorie abstraite.

## La situation

Le 28 septembre 2015, les talibans ont pris le contrôle de la ville de Kunduz. Depuis leur chute du pouvoir en 2001, c'était la première fois que le groupe armé d'opposition parvenait à s'emparer d'un chef-lieu de province. Les forces de la coalition internationale ont cherché à repousser l'avancée des talibans, ce qui a donné lieu à des

<sup>12</sup> Voir AR 15-6 Rapport d'enquête américain, *op. cit.* note 2, p. 75.

affrontements urbains très intenses<sup>13</sup>. Cette bataille sans merci a eu des conséquences visibles tant sur les blessés que MSF a soignés la dernière semaine de septembre 2015, que dans l'attaque du centre de traumatologie de MSF le 3 octobre 2015, qui représente non seulement l'une des plus lourdes pertes subies par MSF depuis sa création, mais qui a eu aussi des conséquences à plus long terme, le nombre de morts ayant augmenté à la suite de la fermeture du centre de traumatologie qui dispensait des soins permettant de sauver les vies de personnes de toute la province.

Les forces internationales en Afghanistan sont composées de deux opérations distinctes, placées sous le même commandement, mais qui s'appuient sur des interprétations différentes du droit et des règles d'engagement qui leur sont propres. La mission « Soutien Déterminé » est une opération de l'OTAN visant à former, conseiller et soutenir les forces afghanes, tandis que l'opération Freedom's Sentinel est une opération dirigée par les États-Unis pour lutter contre le terrorisme en Afghanistan, qui vise Al-Qaida et ses filiales en Afghanistan<sup>14</sup>. Sur le terrain, outre les forces armées « régulières », ce sont les forces spéciales, afghanes et étrangères, qui sont de plus en plus sollicitées pour intervenir directement dans un nombre croissant de zones contrôlées par l'opposition armée. Paradoxalement, certains rebelles sont considérés comme des groupes d'opposition armés légitimes (autrement dit des groupes armés qui sont autorisés à participer aux négociations), alors que d'autres sont qualifiés de « terroristes » et sont donc exclus du jeu politique. Un affrontement qui oppose une armée à un groupe d'opposition armé reconnu par les États-Unis et ses alliés comme prenant part de manière légitime aux hostilités est, de toute évidence, soumis aux règles du DIH. Cependant, dans les CANI tels que celui qui se déroule en Afghanistan, certains États prétendent que les actions militaires menées contre des groupes considérés comme « terroristes » ou criminels relèvent d'un domaine juridique hybride, mêlant à la fois des dispositions du DIH, les théories relatives à la légitime défense et le régime juridique applicable au maintien de l'ordre qui prend la forme d'opérations militaires de lutte contre le terrorisme<sup>15</sup>.

Le respect des principes de distinction, de précaution et de proportionnalité établis par le DIH pour limiter l'usage de la force, a été fragilisé par le brouillage et par l'enchevêtrement de multiples mandats, militaires et sécuritaires, ainsi que par

13 Voir Matthieu Aikins, « Doctors With Enemies: Did Afghan Forces Target the M.S.F. Hospital? », *New York Times*, 17 mai 2016, disponible sur : <https://www.nytimes.com/2016/05/22/magazine/doctors-with-enemies-did-afghan-forces-target-the-msf-hospital.html>.

14 Voir « Resolute Support [NATO] », *GlobalSecurity.org*, disponible sur : <http://www.globalsecurity.org/military/ops/resolute-support.htm> ; John F. Campbell, « Operation Freedom's Sentinel and our Continued Security Investment in Afghanistan », *US Army*, 1<sup>er</sup> octobre 2015, disponible sur : <https://www.army.mil/article/156517>.

15 On constate cette confusion entre les différents cadres juridiques dans de précédentes déclarations de hauts fonctionnaires américains. Voir, par exemple, « Attorney General Eric Holder speaks at Northwestern University School of Law », 5 mars 2012, disponible sur : <https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-northwestern-university-school-law> ; « Remarks of John O. Brennan, "Strengthening Our Security by Adhering to Our Values and Laws" », 16 septembre 2011, disponible sur : <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/09/16/remarks-john-o-brennan-strengthening-our-security-adhering-our-values-an> ; Harold Hongju Koh, « The Obama Administration and International Law », 25 mars 2010, disponible sur : <https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>.

un ennemi vaguement défini. Le droit lui-même n'a pas été modifié lorsqu'il s'est agi de réglementer l'usage de la force entre des belligérants étatiques et non étatiques à un CANI. Ce qui a changé toutefois, c'est l'incrimination de plus en plus courante de la partie non étatique et la tendance à l'opportunisme politique dans la manière d'interpréter et de mettre en œuvre le DIH, principalement sur fond de lutte contre le terrorisme. Ceci a conduit certains États à affirmer que cette façon de combattre dans les conflits armés laissait une plus grande marge de manœuvre<sup>16</sup>.

Les autorités afghanes ont immédiatement justifié l'attaque contre le centre de traumatologie de Kunduz, en alléguant que l'hôpital était une « base des talibans [traduction CICR] » et que « 15 terroristes avaient été tués<sup>17</sup> ». L'armée américaine a tout d'abord déclaré que cette attaque relevait de la « légitime défense ». Les militaires ont ensuite prétendu que leurs homologues afghans leur avaient demandé lancer l'attaque, avant d'en assumer l'entière responsabilité, en déclarant que la cible était un bâtiment voisin et que la frappe avait touché l'hôpital par erreur<sup>18</sup>.

Immédiatement après l'attaque, face aux explications contradictoires des États-Unis et de l'Afghanistan<sup>19</sup>, MSF a mené en interne sa propre analyse des faits et des différents cadres juridiques utilisés par les diverses forces armées opérant en Afghanistan<sup>20</sup>. L'objectif était double : i) tirer des leçons et adapter les opérations médicales en conséquence en se référant aux risques inhérents au travail humanitaire sur un champ de bataille urbain marqué par des combats intenses et ii) éviter de se retrouver de nouveau en position de victime comme pendant la seconde partie du combat relatif à l'attaque de Kunduz : le combat pour obtenir la vérité à propos du raisonnement juridique erroné qui est à l'origine du bombardement de l'hôpital. Ce processus n'est pas terminé. L'enquête interne de MSF s'est concentrée sur l'établissement des faits auprès de nos équipes sur le terrain. Cette analyse ne se voulait

16 Ces propos peuvent être rapprochés de ce qui est appelé l'« érosion » des normes du DIH. Pour plus d'informations sur la question de l'affaiblissement des normes juridiques qui doit être distingué de l'affaiblissement du respect du droit, voir Adama Dieng, « We Must Stop the Erosion of International Humanitarian Law », *Justiceinfo.net*, 15 décembre 2015, disponible sur : <https://www.justiceinfo.net/en/justiceinfo-comment-and-debate/opinion/25124-we-must-stop-the-erosion-for-international-humanitarian-law.html> ; Benjamin Wittes, « Notes on the Erosion of Norms of Armed Conflict », *Lawfare*, 14 janvier 2015, disponible sur : <https://www.lawfareblog.com/notes-erosion-norms-armed-conflict> ; *a contrario*, concernant non respect des normes, voir Marco Sassòli et Yvette Issar, « Challenges to International Humanitarian Law », in Andreas von Arnould, Nele Matz-Lück et Kestin Odendahl (dir.), *100 Years of Peace Through Law: Past and Future*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015 ; Helen Durham, « Les Conventions de Genève sont plus que jamais nécessaires face aux atrocités commises dans les conflits », site web du CICR, 7 avril 2016 (version originale en anglais parue dans *The Guardian*), disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/document/les-conventions-de-geneve-sont-plus-que-jamais-necessaires-face-aux-atrocites-commises-dans> ; « We are Witnessing... Erosion of the Protection of Civilians », remarques introductives de Jonas Gahr Store lors du second colloque annuel de Trygve Lie, ministère norvégien et Institut international pour la paix (International Peace Institute), disponible sur : <https://www.ipinst.org/2009/09/we-are-witnessing-erosion-of-the-protection-of-civilians>.

17 Voir May Jeong, « Death from the Sky: Searching for Ground Truth in the Kunduz Hospital Bombing », *The Intercept*, 28 avril 2016, disponible sur : <https://theintercept.com/2016/04/28/searching-for-ground-truth-in-the-kunduz-hospital-bombing/>.

18 *Ibid.*

19 Voir l'encadré « D'un dommage collatéral à une erreur tragique : l'évolution dans le discours des États-Unis », ci-après.

20 Enquête interne de MSF, *op. cit.* note 2.



pas une enquête indépendante, mais visait plutôt à compiler toutes les données que l'organisation pouvait établir comme des faits avérés, selon sa vision étroite en tant que victime de l'attaque. Plus précisément, l'enquête interne de MSF a permis de rassembler toutes les informations sur le fonctionnement du centre de traumatologie de Kunduz, non seulement pour confirmer qu'il remplissait véritablement sa fonction d'hôpital et ainsi démontrer que l'attaque délibérée contre celui-ci était contraire aux règles du DIH qui protègent les établissements sanitaires, mais également pour déterminer dans quelle mesure les parties au conflit auraient pu interpréter ces règles d'une autre manière que MSF.

Des renseignements supplémentaires ont été obtenus grâce à la version expurgée de l'enquête menée par l'armée américaine<sup>21</sup>, qui a laissé un certain nombre de questions préoccupantes sans réponse, notamment sur la manière dont le DIH est compris et mis en œuvre dans des situations de conflit armé, qui restent hantées par la logique militaire antiterroriste héritée du 11 septembre selon laquelle « ceux qui ne sont pas avec nous sont contre nous ».

## Négociations pour l'accès et l'ouverture d'un centre de traumatologie

MSF mène des opérations en Afghanistan depuis son retour dans le pays en 2009, dans le cadre d'un accord négocié et obtenu avec le consentement de toutes les parties au conflit, étatiques et non étatiques<sup>22</sup>. Cet accès a été négocié en se fondant sur les règles fondamentales du DIH, lesquelles comprennent la possibilité de soigner toutes les parties au conflit. MSF a obtenu que tous les blessés puissent être pris en charge à l'hôpital, qu'aucune arme ne soit autorisée dans les établissements de santé et que ses hôpitaux et autres établissements médicaux ne soient en aucun cas pris pour cibles. Une fois ces aspects négociés, ceci permettait à MSF d'être présente et de déployer à grande échelle ses équipes internationales dans des hôpitaux clairement identifiés. Dans un communiqué de presse publié à l'occasion de l'ouverture du centre de traumatologie, en 2011, MSF déclarait que « toutes les parties au conflit ont le devoir de respecter les règles du droit international humanitaire, en particulier celles relatives à la protection et au respect des structures et du personnel médical ainsi que des patients<sup>23</sup> ».

À l'origine, l'hôpital de Kunduz était un centre de traumatologie privé disposant de 55 lits et il n'y avait aucune autre structure de ce type dans le nord-est de l'Afghanistan. Avant son ouverture, un très grand nombre de personnes avaient été blessées lors des combats par l'explosion de bombes, par des éclats d'obus et par balle, venant s'ajouter aux patients ayant besoin de soins chirurgicaux spécialisés<sup>24</sup>.

21 AR 15-6, rapport d'enquête américain, *op. cit.* note 2.

22 Voir Michiel Hofman et Sophie Delaunay, *Afghanistan: A Return to Humanitarian Action*, MSF États-Unis, 12 mars 2010, disponible sur : <https://www.msf.org/afghanistan-return-humanitarian-action>.

23 Voir MSF, « Afghanistan : MSF ouvre un hôpital chirurgical à Kunduz », Kaboul, 18 octobre 2011, disponible sur : <https://www.msf.fr/actualites/afghanistan-msf-ouvre-un-hopital-chirurgical-a-kunduz>.

24 *Ibid.*

L'ouverture de cet établissement devait bien sûr répondre aux besoins qui avaient été identifiés dans le nord-est de l'Afghanistan. Ces besoins sont apparus dans un contexte général de dysfonctionnement systémique chronique du système de santé afghan, qui ne permettait plus de répondre de manière adéquate aux besoins de la population encore prise au piège du conflit dans sa grande majorité et même de façon plus aigüe encore pour les habitants des régions qui n'étaient plus contrôlées par le gouvernement<sup>25</sup>.

En 2015, l'hôpital employait 460 personnes et était équipé d'un service d'urgences, de blocs opératoires, d'un service de soins intensifs, d'une unité de radiologie et de laboratoires<sup>26</sup>. Dès son ouverture, l'hôpital de MSF a pris en charge à la fois des patients blessés à la suite de violences ou d'un accident<sup>27</sup>. Entre janvier et août 2015, 3 262 interventions chirurgicales ont été réalisées<sup>28</sup>. L'hôpital comptait alors 92 lits, un chiffre qui a atteint 140 la dernière semaine de septembre 2015, pour faire face au nombre inédit d'admissions liées à l'intensification des combats à cette période<sup>29</sup>.

MSF comptait sur le fait que les patients du nord-est de l'Afghanistan soient en mesure de se rendre au chef-lieu de la province de Kunduz. Si l'hôpital était en mesure d'offrir des soins en traumatologie de grande qualité, les patients pris en charge provenaient essentiellement de la ville, chef-lieu de la province contrôlée par le gouvernement. Cependant, une mesure a été prise en juin 2015 pour améliorer l'accès aux soins de santé dans les territoires qui étaient hors du contrôle du gouvernement. Lorsque MSF a ouvert une clinique à 15 kilomètres de Kunduz, dans le district de Chardara, la zone était principalement contrôlée par l'opposition armée. Le personnel infirmier de cette clinique prodiguait les premiers soins aux patients victimes de blessures traumatiques avant de les transférer à Kunduz<sup>30</sup>. Toutefois, ces transferts médicaux dépendaient de la capacité de MSF à assurer leur sécurité en traversant les lignes de front jusqu'à l'hôpital de Kunduz.

Le fait d'avoir négocié un accès, propre à garantir la neutralité, l'impartialité et l'indépendance des soins médicaux offerts par MSF, a notamment permis à

25 Voir Jonathan Whittall, « The Operation Was Successful, but the Patient Died », *The Huffington Post*, 20 mars 2014, disponible sur : [https://www.huffingtonpost.co.uk/jonathan-whittall/afghanistan-humanitarian-aid\\_b\\_4993451.html?guccounter=1](https://www.huffingtonpost.co.uk/jonathan-whittall/afghanistan-humanitarian-aid_b_4993451.html?guccounter=1).

26 Voir l'enquête interne de MSF, *op. cit.* note 2.

27 Par exemple, en 2014, plus de 22 000 patients ont reçu des soins à l'hôpital et il a été procédé à 4 241 interventions chirurgicales. *Ibid.*, p. 3.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*, p. 2. D'après un communiqué de presse relatif au centre de traumatologie de Kunduz daté de juin 2015, « Entre le 20 et le 23 juin, les équipes médicales de MSF ont traité 77 patients directement blessés dans les combats. Un tiers d'entre eux étaient des femmes et des enfants. La majorité des patients blessés admis au centre de traumatologie provenaient du district de Chardara, à environ 20 km de la ville de Kunduz, en proie à des combats depuis le samedi 20 juin. La plupart des patients souffraient de blessures dues à des explosions ou à des coups de feu, et les chirurgiens de MSF ont traité de graves blessures abdominales, aux membres et à la tête. » MSF, « Afghanistan : des dizaines de blessés traités après de violents combats dans la province de Kunduz », communiqué de presse, Kaboul, 26 juin 2015, disponible sur : <https://www.msf.fr/actualites/afghanistan-des-dizaines-de-blesses-traites-apres-de-violents-combats-dans-la-province-de-kunduz>.

30 Pour plus d'informations sur l'histoire de cet établissement médical, voir le communiqué de presse de MSF, *op. cit.* note 29.

l'organisation de poursuivre ses activités médicales dans des zones qui n'étaient pas contrôlées par le gouvernement. Ce point est particulièrement important dans un contexte où les organisations humanitaires ont été systématiquement intégrées dans les stratégies militaires visant à stabiliser la région telles que définies par les États-Unis, l'Afghanistan et leurs alliés. L'idée d'inclure les services de base dans les stratégies de stabilisation s'appuyait sur trois arguments : tout d'abord, l'offre de services publics renforce la légitimité du gouvernement ; deuxièmement, des services bien ciblés aident à limiter les revendications et, troisièmement, encourager une coopération sur la question des soins de santé peut aussi favoriser la coopération sur d'autres questions<sup>31</sup>.

La décision d'inclure la santé dans les opérations de stabilisation pouvait être vue d'abord comme le fait de confier les activités médicales directement à des personnels militaires et, ensuite, comme un moyen plus indirect d'établir la légitimité de l'État en anéantissant ainsi tout soutien à l'opposition. Ce deuxième aspect a gagné en importance à mesure que la stratégie antiterroriste s'est de moins en moins focalisée sur la nécessité de gagner les cœurs et les esprits pour se diriger vers une stratégie « axée sur le soutien à la légitimité et au développement des capacités essentielles de l'État hôte [traduction CICR]<sup>32</sup> ».

La nécessité de construire la légitimité de l'État comme un élément du plan de stabilisation a aussi été favorisée par l'approche multi-mandats de nombreuses ONG dont l'objectif visant au processus de reconstruction de l'État sur le long terme, convergeait avec les méthodes utilisées par le gouvernement afghan et ses alliés pour parvenir à stabiliser le pays<sup>33</sup>.

En 2015, la majeure partie du système d'assistance en Afghanistan était déjà entièrement intégré dans une logique de reconstruction de l'État. L'État soustraitait le système de santé à des ONG<sup>34</sup>. La Banque mondiale, l'USAID et l'Union européenne injectent des capitaux dans un fonds fiduciaire géré par le ministère de la Santé<sup>35</sup>. Les ONG reçoivent donc un financement direct de l'une des parties au conflit pour fournir des services de santé.

Par ses négociations en Afghanistan, MSF a réussi, dans une large mesure, à obtenir que son action humanitaire ne soit pas intégrée dans les objectifs nationaux et internationaux de reconstruction de l'État. Pourtant, l'État a tout de même exercé un droit de regard sur les établissements médicaux de MSF. L'intervention des forces de sécurité dans l'hôpital pour rechercher des patients considérés par l'État comme

31 Voir Stuart Gordon, *Winning Hearts and Minds? Examining the Relationship between Aid and Security in Afghanistan's Helmand Province*, Feinstein International Center, Tufts University, avril 2011, disponible sur : [http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT/4206~v~Winning\\_Hearts\\_and\\_Minds\\_\\_\\_Examining\\_the\\_Relationship\\_between\\_Aid\\_and\\_Security\\_in\\_Afghanistans\\_Helmand\\_Province.pdf](http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT/4206~v~Winning_Hearts_and_Minds___Examining_the_Relationship_between_Aid_and_Security_in_Afghanistans_Helmand_Province.pdf).

32 Stuart Gordon, « The United Kingdom's Stabilisation Model and Afghanistan: the Impact on Humanitarian Actors », *Disasters*, vol. 34, n° 3, 2010, p. 370.

33 Voir Jonathan Whittall, « Is Humanitarian Action Independent from Political Interests? », *Sur International Journal on Human Rights*, avril 2015, disponible sur : <https://sur.conectas.org/en/is-humanitarian-action-independent-political-interests/>.

34 Voir Markos Michael, Enrico Pavignani, Peter S. Hill, « Too Good to Be True? An Assessment of Health System Progress in Afghanistan, 2002-2012 », *Medicine, Conflict and Survival*, vol. 29, n° 4, 2013, disponible sur : <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24494581/>.

35 *Ibid.*

des criminels, en est l'un des exemples les plus probants. Ainsi, par exemple, en juillet 2015, les forces spéciales afghanes ont fait irruption dans le centre de traumatologie de Kunduz de MSF. MSF a immédiatement publié un communiqué, dans lequel on pouvait lire :

Le mercredi 1<sup>er</sup> juillet, à 14h07, des hommes lourdement armés appartenant aux forces spéciales afghanes ont pénétré dans l'enceinte de l'hôpital MSF, bouclé la structure et tiré en l'air. Les hommes ont agressé physiquement trois membres du personnel MSF et ont ensuite procédé à l'arrestation de trois patients. Alors que le personnel hospitalier essayait de continuer à assurer les soins médicaux à ces patients, un membre de notre personnel a été menacé avec une arme. Après environ une heure, les hommes ont libéré les trois patients et quitté l'enceinte de l'hôpital<sup>36</sup>.

Cette opération avait été menée dans le centre de traumatologie, par des hommes armés, sans aucun mandat, en violation des procédures établies et du principe de neutralité de l'hôpital. Elle était fondée sur de fausses informations selon lesquelles un individu de « haute valeur » était soigné à l'hôpital. Cette opération a également alimenté certaines idées fausses des autorités à propos du mandat de MSF qui percevaient l'organisation comme destinée à soigner les blessés membres de l'opposition armée ou des individus qualifiés de « terroristes ». Aux yeux des autorités, ces soins dispensés sans distinction étaient perçus comme une aide apportée à « l'ennemi » et non pas comme un complément à leur propre obligation en vertu du DIH, de fournir une aide médicale sans discrimination.

Le raid aérien de juillet 2015 a peut-être aussi marqué un tournant dans la situation militaire à Kunduz. Les troupes de la coalition perdaient du terrain et elles dépendaient de plus en plus des forces spéciales. MSF avait certes négocié sa présence avec toutes les parties au conflit, mais un accès direct aux forces spéciales demeurait toujours un défi.

Alors que les troupes internationales se retiraient, l'opposition armée gagnait du terrain<sup>37</sup>. Il est possible aussi que les forces armées gouvernementales aient vu MSF différemment, l'organisation ne représentant plus à leurs yeux un possible avantage dans un chef-lieu de province placé sous le contrôle du gouvernement, mais au contraire un avantage inacceptable pour l'ennemi alors que l'opposition progressait.

Cette évolution du contexte politico-militaire pose la question de savoir dans quelle mesure la présence négociée de MSF à Kunduz avait une quelconque validité aux yeux des forces gouvernementales et de la coalition avant l'attaque de l'hôpital. À l'exception de l'intrusion militaire du mois de juillet et du bombardement aérien de l'hôpital, l'accord *semblait* toujours bien établi. Les règles de l'hôpital qui interdisaient notamment le port d'armes dans l'établissement afin de préserver sa fonction purement médicale, étaient bien comprises par toutes les parties au conflit

36 MSF, « Afghanistan : MSF condamne la violente intrusion d'hommes armés dans son hôpital de Kunduz », Kaboul, 3 juillet 2015, disponible sur : <https://www.msf-azg.be/fr/news/afghanistan-msf-condamne-la-violente-intrusion-d-hommes-armés-dans-son-hôpital-de-kunduz>.

37 Voir Mission d'assistance des Nations unies en Afghanistan, *op. cit.* note 10.

et, au cours des semaines qui ont précédé le raid aérien, MSF a pris en charge des blessés des deux camps. Les armes restaient à l'extérieur et les combattants des deux camps étaient pris en charge dans les mêmes salles de soin.

## Des lignes de front fluctuantes

Les données médicales du centre de traumatologie de Kunduz montrent le caractère cyclique des causes de traumatismes sévères présentés par les patients pris en charge, souvent liées à la « saison des combats », d'après la revue interne de MSF. Selon ce rapport, « [d]epuis l'ouverture du CTK [centre de traumatologie de Kunduz] en 2011, plus de 15 000 interventions chirurgicales ont été réalisées et plus de 68 000 patients ont été pris en charge en urgence [traduction CICR]<sup>38</sup> ». Entre 2011 et 2015, le nombre de patients, notamment ceux qui présentaient un traumatisme sévère, a été en hausse constante<sup>39</sup>. En comparaison des années précédentes, l'année 2015 a enregistré un nombre record en termes de traumatismes sévères : entre juin et août 2015, le nombre de patients traités pour traumatisme sévère a atteint une moyenne de 105 cas par mois, soit une augmentation de 40 % par rapport aux années précédentes.

Ces données montrent clairement le caractère ininterrompu de ce conflit armé, même s'il est apparu que le discours officiel évoluait vers une stabilisation et la normalisation de la situation. Dans de telles circonstances, offrir des soins médicaux à tous les blessés de manière impartiale est une obligation, conformément au DIH<sup>40</sup>. Cependant, priver les membres des groupes armés d'opposition de soins médicaux impartiaux est une pratique d'État souvent employée pour décourager et affaiblir ces groupes<sup>41</sup>. Ceci se traduit par des réglementations ou des pratiques gouvernementales restreignant les autorisations données aux organisations humanitaires en ne les autorisant à fournir des soins que dans des établissements médicaux gouvernementaux ou dans des territoires placés sous le contrôle du gouvernement<sup>42</sup>. Ceci a pour conséquence directe d'accroître la pression et les risques sur les services de santé, le personnel et les infrastructures, en plaçant les services vitaux au centre des convoitises car les parties au conflit rivalisent pour y accéder et les contrôler<sup>43</sup>.

38 Enquête interne de MSF, *op. cit.* note 2, p. 4.

39 Miguel Trelles *et al.*, « Averted Health Burden over 4 Years at Médecins Sans Frontières (MSF) Trauma Centre in Kunduz, Afghanistan, Prior to Its Closure in 2015 », *Surgery*, vol. 160, n° 5, disponible sur : <https://www.surgjournal.com/article/S0039-6060%2816%2930199-4/pdf>.

40 CG I-IV, article 3 commun, al. 2 ; PA I, art. 10-11 ; PA II, art. 7-8 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règle 110.

41 Voir Leonard S. Rubenstein, « Global Health and Security in the Age of Counterterrorism », *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 108, n° 2, 2015, p. 50 : « La logique consistant à instrumentaliser la santé pour faire progresser la sécurité a également donné naissance à des pratiques qui, au nom de la lutte contre le terrorisme, rejettent les soins de santé et punissent qui dispensent des soins [traduction CICR] ».

42 Human Rights Watch, *Attacks on Health, Global Report*, mai 2015 ; disponible sur : [https://www.hrw.org/sites/default/files/related\\_material/HHR%20Attacks%20on%20Hospitals%20brochure%200515%20LOWRES.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/HHR%20Attacks%20on%20Hospitals%20brochure%200515%20LOWRES.pdf) ; Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, doc. NU, A/HRC/28/69, 5 février 2015, p. 14.

43 Voir CICR, *Les groupes armés et la protection des soins de santé : pratiques opérationnelles et droit international humanitaire applicable*, Genève, juin 2015, pp. 30-35, disponible sur : <https://shop.icrc.org/les-groupes-armes-et-la-protection-des-soins-de-sante-2146.html>.

En septembre 2015, la violence à Kunduz a atteint un niveau record. Depuis leur chute du pouvoir en 2001 et jusqu'au 28 septembre 2015 avec la prise de Kunduz, les talibans n'étaient pas parvenus à s'emparer d'un chef-lieu de province. Rappelons que, après avoir pris le contrôle de Kunduz, les talibans se sont rendus à l'hôpital de MSF pour informer le personnel qu'ils ne perturberaient pas le fonctionnement de l'hôpital et qu'ils respectaient les règles de MSF concernant la neutralité de l'établissement et l'interdiction des armes à l'intérieur des locaux. Depuis l'ouverture du centre de traumatologie en 2011, les combattants blessés pris en charge par l'hôpital étaient issus, en grande majorité, des forces étatiques et de la police<sup>44</sup>. Toutefois, le nombre de blessés appartenant à l'un ou l'autre camp variait selon l'intensité des combats, le lieu des lignes de front et la facilité d'accès au centre de traumatologie par rapport à d'autres structures de santé. À partir de la semaine du 28 septembre 2015, ce sont principalement des combattants talibans blessés qui y étaient accueillis<sup>45</sup>.

À 22 heures, le 28 septembre 2015, le personnel médical de MSF avait pris en charge 137 blessés. Parmi eux se trouvaient 26 enfants. La majorité des patients présentaient des blessures par balle et les chirurgiens ont soigné des blessures graves à l'abdomen, aux membres et à la tête [traduction CICR]<sup>46</sup>.

MSF a publié un communiqué de presse qui déclarait que l'hôpital « débord[ait] de patients » et qu'ainsi :

Nous avons rapidement augmenté le nombre de lits de 92 à 110 pour faire face au nombre d'admissions sans précédent, mais les blessés continuaient d'affluer. Nous avons des patients répartis dans les unités, dans les couloirs et même dans les bureaux. L'hôpital a pratiquement atteint sa pleine capacité et avec la poursuite des combats, nous étions inquiets de ne pas être en mesure de faire face aux nouveaux afflux de blessés<sup>47</sup>.

Le mercredi 30 septembre, environ la moitié des combattants blessés admis à l'hôpital semblaient appartenir aux forces talibanes<sup>48</sup>.

La volonté et le devoir de MSF d'offrir des soins médicaux à toutes les parties au conflit et ce, sans discrimination, avaient été expliqués en amont de l'ouverture de l'hôpital et à de multiples occasions pendant la semaine qui a précédé le bombardement de celui-ci. Le jeudi 1<sup>er</sup> octobre,

MSF a été interrogée par un fonctionnaire du gouvernement fédéral américain à Washington DC, qui voulait savoir si beaucoup de talibans « se terraient » dans l'hôpital ou dans toute autre structure appartenant à MSF et qui s'inquiétait de la sécurité de notre personnel. MSF a répondu que le personnel travaillait au maximum de sa capacité à Kunduz et que l'hôpital était submergé de patients,

44 Enquête interne de MSF, *op. cit.* note 2, p. 4.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*, p. 5 ; la citation originale est tirée de MSF, « Afghanistan : l'hôpital de MSF submergé de blessés après de violents combats à Kunduz », communiqué de presse, Kaboul, 1<sup>er</sup> octobre 2015, disponible sur : <https://www.msf.fr/actualites/afghanistan-1-hopital-de-msf-submerge-de-blesses-apres-de-violents-combats-a-kunduz>.

48 Enquête interne de MSF, *op. cit.* note 2, p. 5.

parmi lesquels se trouvaient des combattants talibans blessés, dont certains avaient été envoyés au centre médical de Chardara. MSF a également rappelé qu'il avait été très clairement établi avec les deux parties au conflit que le respect des structures médicales était la condition pour que MSF poursuive ses activités [traduction CICR]<sup>49</sup>.

L'attaque du centre de traumatologie de Kunduz prouve à quel point une mauvaise interprétation du DIH peut avoir des répercussions sur sa mise en œuvre. En effet, d'après le DIH, un hôpital dans lequel se trouvent de nombreux combattants blessés reste un hôpital protégé<sup>50</sup> et les personnes « mises hors de combat » sont elles aussi protégées<sup>51</sup>. Si le DIH protège les établissements, les services de transport et le personnel sanitaires, c'est pour garantir que les malades et les blessés puissent être soignés. Toutefois, du point de vue des services de renseignements militaires, un hôpital dans lequel se trouvent de nombreux combattants blessés pourrait, à tort, être considéré comme ne bénéficiant plus des protections prévues par le DIH. Il ne s'agit pas là de pures spéculations puisque l'hypothèse d'un hôpital pris en « otage » par l'ennemi a été avancée lors des négociations trilatérales entre MSF et les armées américaines et afghanes. Selon ces forces, l'hôpital pourrait alors être considéré comme un bastion de l'ennemi, ce qui pourrait remettre en question son statut protégé, qu'il perde sa protection ou qu'il perde son statut d'établissement médical civil. Cette interprétation erronée du droit ouvre la voie à sa mauvaise application. En effet, dans un certain nombre de pays, les manuels militaires appliquent d'autres seuils de précaution et de proportionnalité lorsqu'il s'agit de pertes et de dommages incidents causés à un hôpital militaire ou à des hôpitaux se trouvant à proximité d'objectifs militaires<sup>52</sup>.

49 *Ibid.*

50 CG IV, art. 16, 18-20 ; Jean Pictet (dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, vol. IV : la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : commentaire*, CICR, Genève, 1958 (commentaires CICR de la CG IV), p. 166 (qui souligne notamment l'expression « en dehors des devoirs humanitaires » à l'art. 19) ; CG I, art. 21-22 ; CG IV, art 19 ; PA I, art. 13 ; PA II, art. 11 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règles 28 et 31. Voir également Dustin A. Lewis, Naz K. Modirzadeh et Gabriella Blum, *Medical Care in Armed Conflict: International Humanitarian Law and State Responses to Terrorism*, Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, septembre 2015, disponible sur : [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/22508590/HLS\\_PILAC\\_Medical\\_Care\\_in\\_Armed\\_Conflict\\_IHL\\_and\\_State\\_Responses\\_to\\_Terrorism\\_September\\_2015.pdf?sequence=1](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/22508590/HLS_PILAC_Medical_Care_in_Armed_Conflict_IHL_and_State_Responses_to_Terrorism_September_2015.pdf?sequence=1).

51 CG I, art. 3, al. 1 et art. 12, al. 1 ; CG II, art. 3, al. 1 et art. 12, al. 1 ; Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art. 3, al. 1 ; CG IV, art. 3, al. 1 et art. 16, al. 1 ; PA I, art. 10, par. 1, art. 41, par. 1, art. 85, par. 3, alinéa e ; PA II, art. 4, par. 1 et art. 7 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règle 47.

52 Ce point est abordé plus en détail ci-après. Voir département américain de la Défense, *Law of War Manual*, décembre 2016 (LoWM américain), par. 7.10.1.1, disponible sur : <https://www.hsdl.org/?abstract&did=797480>. Il est important de souligner que les hôpitaux militaires ne constituent pas des objectifs militaires licites. Le DIH définit les objectifs militaires comme des « biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis ». Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règle 8, disponible sur : [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1\\_rul\\_rule8](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule8). Voir également Laurent Gisel, « Ne peut-il jamais être excessif de tuer incidemment des médecins militaires ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 95, n° 889, *Sélection française*, 2013/1, pp. 143-160, disponible sur : <https://international-review.icrc.org/fr/articles/ne-peut-il-jamais-etre-excessif-de-tuer-incidemment-des-medecins-militaires>.

Pour ce qui est de l'opposition armée, lorsqu'elle a pris la ville de Kunduz, ses dirigeants ont informé MSF qu'ils ne perturberaient pas le fonctionnement de l'hôpital, pour qu'il puisse continuer de remplir sa fonction. Ses membres ne sont pas venus dans l'hôpital de MSF pour rechercher des ennemis blessés et n'ont pas non plus tenté d'entrer avec des armes lorsqu'ils ont amené des blessés ou lorsqu'ils sont venus rendre visite à des patients.

## Une attaque brutale et sans pitié

Les frappes aériennes menées par les États-Unis ont commencé entre 2 heures et 2h08 du matin, dans la nuit du 3 octobre 2015. Malgré l'heure tardive, l'hôpital de MSF était en pleine activité et de nombreuses personnes se trouvaient dans ses locaux. D'après la revue interne de MSF, le personnel médical profitait du calme de la nuit pour prendre en charge les nombreuses interventions chirurgicales en attente<sup>53</sup>.

Au moment de l'attaque aérienne, 105 patients se trouvaient dans l'hôpital. MSF estime que trois ou quatre d'entre eux étaient des combattants des forces étatiques et qu'une vingtaine étaient des talibans. Au total, 140 membres du personnel local et neuf membres du personnel international de MSF étaient présents dans les locaux au moment de l'attaque, ainsi qu'un délégué du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)<sup>54</sup>. On estime que l'attaque aérienne a duré environ une heure.

Une série de frappes aériennes multiples, précises et soutenues ont pris pour cible le bâtiment principal de l'hôpital. Les coordonnées GPS communiquées aux parties au conflit correspondaient exactement au bâtiment qui a été bombardé<sup>55</sup>. Lorsque la première salve a touché le bâtiment principal, deux des trois blocs opératoires étaient en cours d'utilisation. Trois membres du personnel international et 22 membres du personnel local de MSF procédaient à une intervention chirurgicale ou étaient en train de soigner des patients dans ce même bâtiment. Au total, huit patients se trouvaient en soins intensifs et six étaient à proximité des blocs opératoires<sup>56</sup>. De nombreux membres du personnel ont dit avoir vu des personnes être visées par des tirs aériens, alors qu'elles essayaient de fuir le bâtiment principal qui subissait des bombardements répétés. Certains témoignages font état de coups de feu qui semblaient suivre les déplacements des personnes qui fuyaient<sup>57</sup>. La précision des frappes aériennes et le caractère délibéré de la destruction contrastent avec les premières réactions des forces internationales.

53 Enquête interne de MSF, *op. cit.* note 2, p. 7.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*, p. 8.

56 *Ibid.*, p. 9.

57 *Ibid.*, p. 10.



## D'un dommage collatéral à une erreur tragique : l'évolution dans le discours des États-Unis

Les différentes versions exposées dans les jours qui ont suivi l'attaque montrent que les justifications apportées « à chaud » par les différents corps militaires impliqués étaient contradictoires. Difficile par ailleurs de faire concorder les premières déclarations des États-Unis avec le rapport d'enquête final.

3 octobre 2015

« Les forces armées américaines ont mené une attaque aérienne sur la ville de Kunduz à 2 h 15 (heure locale), le 3 octobre, dirigées contre des individus qui menaçaient les forces. L'attaque pourrait avoir engendré des dommages collatéraux dans un établissement médical situé à proximité [traduction CICR] ».

Colonel Brian Tribus, porte-parole de la mission US Forces-Afghanistan<sup>58</sup>

4 octobre 2015

« Les forces armées américaines ont mené une attaque aérienne sur la ville de Kunduz à 2 h 15 (heure locale), le 3 octobre 2015, dirigée contre des rebelles qui tiraient directement sur des membres de l'armée américaine qui conseillaient et assistaient les forces de sécurité afghanes dans la ville de Kunduz. La frappe a été menée aux environs d'un établissement médical de Médecins Sans Frontières [traduction CICR] ».

Colonel Brian Tribus, porte-parole de la mission US Forces-Afghanistan<sup>59</sup>

5 octobre 2015

« Nous savons désormais que le 3 octobre, les forces afghanes nous ont informés qu'elles étaient la cible de tirs de la part de positions ennemies et qu'elles ont demandé un soutien aérien aux forces armées américaines. Il a donc été décidé de mener une attaque aérienne afin d'éliminer la menace que représentaient les talibans et plusieurs civils ont été accidentellement touchés. Ceci est différent des premiers rapports selon lesquels les forces armées américaines étaient menacées et que la décision d'une frappe aérienne avait été prise en leur nom [traduction CICR] ».

Général John Campbell, commandant, missions US Forces-Afghanistan et Soutien Déterminé(OTAN)<sup>60</sup>

6 octobre 2015

« Même si ce soutien est demandé par les Afghans, leur requête est soumise à une ...

58 « Kunduz Airstrike Reportedly Kills 19 At Doctors Without Borders Hospital », *NPR*, 3 octobre 2015, disponible sur : <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/10/03/445435361/after-u-s-airstrike-3-dead-at-doctors-without-borders-hospital?t=1590591747291>.

59 « US strike on Afghan Kunduz Clinic "Killed 42", *MSF Says* », *BBC News*, 12 décembre 2015, disponible sur : <https://www.bbc.com/news/world-asia-35082350>.

60 *Ibid.*

procédure rigoureuse de l'armée américaine avant que la frappe soit autorisée. Nous avons une unité d'opérations spéciales qui était à proximité immédiate et qui communiquait avec l'avion à l'origine des tirs [traduction CICR] ».

Général John Campbell, commandant, missions US Forces-Afghanistan et Soutien Déterminé (OTAN)<sup>61</sup>

7 octobre 2015

« Aujourd'hui, le président Obama s'est entretenu par téléphone avec la présidente internationale [de MSF], le Dr. Joanne Liu, pour présenter ses excuses et ses condoléances après que des membres du personnel de MSF et des patients ont été tués ou blessés lors d'une attaque aérienne de l'armée américaine qui a frappé par erreur un hôpital de MSF à Kunduz, en Afghanistan. Lors de cet appel, le président Obama a exprimé ses regrets sur ce tragique incident et a adressé ses pensées et prières aux victimes, à leur famille et à leurs proches, au nom du peuple américain. Rappelant son profond respect pour l'action de MSF qui est essentielle pour sauver des vies, pour ses activités auprès des communautés vulnérables d'Afghanistan et du monde entier, le président a assuré le Dr. Liu qu'il attendait de l'enquête menée actuellement par le département de la Défense qu'elle permette de faire toute la lumière sur les faits et les circonstances de l'incident de manière transparente, rigoureuse et objective, et s'est engagé à coopérer avec l'enquête conjointe en cours de l'OTAN et du gouvernement afghan [traduction CICR] ».

Porte-parole de la Maison-Blanche<sup>62</sup>

## L'appel à l'ouverture d'une enquête indépendante

Le 7 octobre 2015, MSF a demandé que la CIHEF soit saisie pour mener une enquête indépendante<sup>63</sup>. La CIHEF a été établie par le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève en tant qu'organe unique permanent institué spécialement pour enquêter sur les violations du DIH<sup>64</sup>.

61 « Doctors Without Borders Airstrike: US Alters Story for Fourth Time in Four Days », *The Guardian*, 6 octobre 2015, disponible sur : <https://www.theguardian.com/us-news/2015/oct/06/doctors-without-borders-airstrike-afghanistan-us-account-changes-again>.

62 Bureau du porte-parole de la Maison-Blanche, « Readout of the President's Call with Doctors Without Borders International President Dr. Joanne Liu », 7 octobre 2015, disponible sur : <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/10/07/readout-presidents-call-doctors-without-borders-international-president>.

63 Voir MSF, *Même la guerre a ses règles*, Genève, 7 octobre 2015, disponible sur : <https://www.msf.ch/nos-actualites/articles/meme-guerre-ses-regles>.

64 La CIHEF a été établie par l'article 90 du PA I. Lorsque des parties à un conflit sont accusées d'avoir commis des violations du DIH, les experts de la Commission ont pour tâche d'enquêter sur ces allégations. Contrairement à un tribunal, la Commission se limite à établir les faits et ne prononce pas de jugement. La Commission communique aux parties concernées les résultats de ses enquêtes et formule des recommandations encourageant au respect et à l'application du DIH. Pour plus d'informations, voir le site web de la CIHEF, disponible sur : <http://www.ihffc.org>.

Bien qu'elle ait été créée en 1991, la CIHEF n'a reçu sa première demande officielle d'enquête qu'en mai 2017<sup>65</sup>. Pour ouvrir une enquête, il est nécessaire que l'un des 77 États signataires le demande et que l'État (ou les États) concerné(s) y consentent. La CIHEF peut également agir en prêtant ses bons offices aux États qui n'ont pas accepté sa compétence en déposant la déclaration appropriée<sup>66</sup>. Le caractère confidentiel de ses enquêtes et de ses rapports avait été instauré à l'origine afin d'inspirer confiance et d'échapper à toute propagande de guerre.

En 2015, MSF a fait appel à ce mécanisme afin d'établir les faits relatifs à l'attaque contre le centre de traumatologie de Kunduz et de définir le degré de responsabilité des gouvernements américain et afghan en vertu du DIH, afin de ne pas se contenter de simples excuses pour clore l'affaire. Dans un discours appelant à l'ouverture d'une enquête, le Dr. Joanne Liu, présidente internationale de MSF, a déclaré :

Il est intolérable que les États laissent aujourd'hui le champ libre à l'impunité. Il est intolérable que le bombardement d'un hôpital et l'assassinat de personnels soignant et de patients soient qualifiés de dommage collatéral ou relégués d'un revers de la main au rang d'une simple erreur<sup>67</sup>.

Il doit être relevé que, si cette attaque a eu lieu dans le cadre d'un CANI et que, ni le gouvernement américain, ni le gouvernement afghan n'ont reconnu la compétence permanente de la CIHEF, celle-ci s'était malgré tout estimée compétente pour prêter ses bons offices et ouvrir une enquête sur un incident de cette nature. Elle avait ainsi officiellement informé les gouvernements américain et afghan qu'elle se tenait prête à ouvrir une enquête pour autant qu'elle reçoive leur consentement<sup>68</sup>.

Les parties au conflit n'ont jamais accepté les bons offices proposés par la CIHEF. L'armée américaine et le gouvernement afghan ont préféré ouvrir deux enquêtes distinctes et l'OTAN a produit un rapport obligatoire, mais confidentiel, sur les pertes civiles. L'enquête afghane, qui n'a jamais été rendue publique, s'est focalisée sur la chute de Kunduz et celle des États-Unis sur l'attaque du centre de traumatologie de Kunduz, en se limitant aux faits qui se sont déroulés pendant la durée de l'attaque. Le rapport d'enquête américain, réalisé dans le cadre de la procédure AR 15-6, a été finalisé en novembre 2015, mais ses conclusions ont été présentées uniquement dans les grandes lignes, lors d'une conférence de presse, par le général Campbell et n'ont

65 Voir la page « Archive d'actualités » du site web de la CIHEF, « La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits dirigera une enquête scientifique indépendante à l'est de l'Ukraine (province de Louhansk) », 19 mai 2017, disponible sur : <https://www.ihffc.org/index.asp?Language=FR&page=news&mode=newsarchive&start=20>.

66 PA I, art. 90, par. 2, alinéa c, par. ii) et alinéa d ; voir également Ove Bring, « The Kunduz Hospital Attack: The Existence of a Fact-Finding Commission », *EJIL: Talk!*, 15 octobre 2015, disponible sur : <https://www.ejiltalk.org/the-kunduz-hospital-attack-the-existence-of-a-fact-finding-commission/> ; CIHEF, « La CIHEF en quelques mots », disponible sur : [https://www.ihffc.org/index.asp?page=aboutus\\_general](https://www.ihffc.org/index.asp?page=aboutus_general).

67 Voir MSF, *op. cit.* note 63.

68 Voir la page « Archive d'actualités » du site web de la CIHEF, « La CIHEF contactée par Médecins Sans Frontières », 8 octobre 2015, Berne, disponible sur : <https://www.ihffc.org/index.asp?Language=FR&page=home&mode=newsarchive&start=30>.

alors pas été rendues publiques<sup>69</sup>. Le rapport de 3 000 pages a été lourdement expurgé et, en avril 2016, seules 721 pages sur les 3 000 initiales ont été mises à disposition du public pendant très peu de temps<sup>70</sup>.

## L'importance des faits dans l'interprétation et la mise en œuvre du DIH

Alors que les États-Unis ont plusieurs fois modifié leur version des faits, certains représentants afghans sont restés constants, affirmant, immédiatement après l'attaque, que l'hôpital de MSF était utilisé comme une sorte de centre de contrôle et de commandement au bénéfice de l'opposition armée. Selon un rapport de *The Intercept*,

Sediq Sediqi, porte-parole du ministère de l'Intérieur, a déclaré qu'entre 10 et 15 terroristes se cachaient dans l'hôpital. Hanif Atmar, conseiller à la sécurité nationale, a assuré que le gouvernement en assumerait l'entière responsabilité, puisque « nous sommes absolument convaincus, à cent pour cent, que l'endroit était occupé par des talibans » [traduction CICR]<sup>71</sup>.

Ces allégations ont été confortées par un ex-agent de la CIA, reconverti en consultant pour la télévision, qui a prétendu que MSF fournissait un appui matériel à des « terroristes », étant donné que l'hôpital prenait en charge des combattants blessés<sup>72</sup>.

Plus inquiétante encore que ces fausses allégations et que la remise en question du devoir de MSF de soigner chaque blessé de la manière égale, est l'insinuation selon laquelle ces circonstances auraient eu pour effet qu'un hôpital en activité, de même que son personnel médical et ses patients, seraient devenus une cible légitime. Cette accusation, souvent implicite, a conduit l'opinion publique à se demander si cette attaque intolérable aurait pu être autorisée par d'autres règles applicables au conflit, comme des lois antiterroristes, ou en vertu d'interprétations très permissives des principes du DIH applicables aux CANI, adoptées par certains États qui ne sont pas parties au Protocole additionnel II (PA II), comme expliqué plus précisément ci-après.

69 Voir département américain de la Défense, « Department of Defense Press Briefing by General Campbell via Teleconference from Afghanistan », 25 novembre 2015, disponible sur : <https://www.defense.gov/Newsroom/Transcripts/Transcript/Article/631359/departement-of-defense-press-briefing-by-general-campbell-via-teleconference-fro/>.

70 AR 15-6, rapport d'enquête américain, *op. cit.* note 2. Le rapport, communiqué à MSF et publié le 29 avril 2016, n'est aujourd'hui plus accessible publiquement. Voir également MSF, « Premières déclarations de MSF après la publication du rapport d'enquête de l'armée américaine sur l'attaque de l'hôpital de MSF à Kunduz en Afghanistan », New York, 29 avril 2016, disponible sur : <https://www.msf.fr/communiqués-presse/premieres-declarations-de-msf-apres-la-publication-du-rapport-d-enquete-de-l-armee-americaine-sur-l-attaque-de-l-hopital-de> ; MSF, « Some of MSF's Questions in Response to the US Military Investigation into Attack on MSF Hospital in Kunduz », New York, 29 avril 2016, disponible sur : <https://www.msf.org/kunduz-some-msf-s-questions-response-us-military-investigation-their-attack-hospital>.

71 M. Jeong, *op. cit.* note 17.

72 L'ancien agent secret de la CIA, Joshua Katz, est apparu dans le JT de la chaîne Fox News, intitulé « Shepard Smith Reporting » le 5 novembre 2015. La vidéo de l'entretien est disponible sur : <http://video.foxnews.com/v/4598798043001/?sp=show-clips>.

Cet épisode a permis d'alerter sur les conséquences concrètes du brouillage actuel entre le DIH et la doctrine de l'antiterrorisme. L'impact des législations antiterroristes sur les droits de l'homme ainsi que sur la pénalisation de l'action humanitaire ont été analysées avec attention sur le plan juridique<sup>73</sup>, mais il reste encore beaucoup à faire pour déterminer comment la protection des soins médicaux, le plus ancien des principes fondamentaux du DIH, pourrait être mise en péril du fait de la confusion entre les cadres juridiques du DIH et la lutte antiterroriste.

Une des principales conséquences de cette confusion concerne le statut fondamental des blessés et des malades, qui sont considérés comme « hors de combat » par le DIH. Alors que, selon le DIH, les personnes « hors de combat » ne peuvent pas être attaquées, leur protection contre des opérations armées de maintien de l'ordre est affaiblie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme par la politique d'assassinats ciblés qui en découle<sup>74</sup>, ce qui menace plusieurs droits fondamentaux, notamment le droit à la vie, à des garanties judiciaires et à un procès équitable.

MSF a pu constater combien cette confusion entourant le statut protégé des patients « hors de combat » peut s'avérer néfaste pour l'établissement médical dans lequel ils sont supposés se trouver. Dans divers conflits armés, MSF a été confrontée à des opérations militaires où des États affirmaient ne pas attaquer l'hôpital en soi, mais qui ordonnaient malgré tout des opérations ou qui ciblaient des objectifs licites à l'intérieur de l'hôpital. De telles pratiques ont de graves conséquences sur la sécurité et la neutralité de l'établissement de santé, du personnel et des patients<sup>75</sup>.

### *Protection et perte de protection des unités sanitaires*

La gravité de l'attaque et les explications contradictoires données par les responsables américains et afghans ont montré qu'il était impératif que MSF examine les divers cas dans lesquels ses hôpitaux pouvaient être perçus comme ayant perdu leur protection juridique et qu'ils pouvaient être attaqués.

Les règles du DIH relatives à la protection et à la perte de protection des unités sanitaires sont claires et leurs grands principes sont bien connus. Toutefois,

73 Voir Kate Mackintosh et Patrick Duplat, « Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action », juillet 2013, disponible sur : <https://www.nrc.no/globalassets/pdf/reports/study-of-the-impact-of-donor-counterterrorism-measures-on-principled-humanitarian-action.pdf> ; voir également D. A. Lewis, N. K. Modirzadeh et G. Blum, *op. cit.* note 50 ; Jessica S. Burniske et Naz K. Modirzadeh, *Pilot Empirical Survey Study on the Impact of Counterterrorism Measures on Humanitarian Action*, Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project, mars 2017, disponible sur : <http://blogs.harvard.edu/pilac/files/2017/02/Pilot-Empirical-Survey-Study-and-Comment-2017.pdf> ; voir également Harvard Law School Counterterrorism & Humanitarian Engagement Project, disponible sur : <https://pilac.law.harvard.edu/counterterrorism-and-humanitarian-engagement-project/>. Voir aussi Marine Buissonnière, Sarah Woznick, Leonard Rubenstein et Julie Hannah (dir.), *The Criminalization of Healthcare*, juin 2018, disponible sur : <https://www1.essex.ac.uk/hrc/documents/54198-criminalization-of-healthcare-web.pdf>.

74 Voir, par exemple, Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

75 *Ibid.* Voir l'analyse ci-après. Voir également Françoise Bouchet-Saulnier, « IHL and Counter-Terrorism: Tensions and Challenges for Medical Humanitarian Organizations », discours devant le Comité contre le terrorisme du Conseil de sécurité des Nations unies, New York, 2 juin 2016, disponible sur : <http://msf-analysis.org/ihl-counter-terrorism-tensions-challenges-medical-humanitarian-organizations/>.

derrière le large consensus sur ces principes, on trouve un grand nombre de « détails cachés » dans l'interprétation du droit par les États, non seulement en ce qui concerne l'applicabilité, mais également l'interprétation de chaque règle dans une situation donnée. L'enquête interne de MSF était donc nécessaire pour étudier en détail tous ces éléments.

En effet, un certain nombre de dispositions du DIH relatives à la protection de la mission médicale ne sont pas les mêmes dans un conflit armé international (CAI) et dans un CANI<sup>76</sup>. En outre, dans le cas de l'Afghanistan, si le gouvernement afghan avait bien ratifié le PA II applicable aux CANI, ce n'était pas le cas des États-Unis<sup>77</sup>. Définir précisément le cadre juridique du DIH effectivement applicable à la situation ne se résume donc pas à simplement déterminer le bon traité et les règles du DIH coutumier. Il faut aller plus loin et vérifier le contenu des règles qui ont été enseignées aux soldats et qui s'appliquent en théorie aux opérations menées à Kunduz, en prenant en compte les cadres juridiques nationaux et la doctrine militaire interne, en l'occurrence le manuel du droit de la guerre (*Law of War Manual*, ci après le LoWM américain).

La comparaison entre le LoWN américain et le DIH, conventionnel et coutumier, à laquelle MSF a procédé lors de son analyse interne de l'attaque de Kunduz a généré un certain nombre de questions sur le contenu précis des règles américaines censées mettre en œuvre les dispositions du DIH protégeant la mission médicale, lesquelles seront présentées ci-après. Comme évoqué précédemment, le DIH dispose de manière explicite que les unités et les moyens de transport sanitaires doivent être respectés et protégés en toutes circonstances et qu'ils ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une attaque. Il précise également que les unités et le personnel sanitaires ne peuvent perdre leur protection que s'il en est fait usage pour commettre, en dehors de leurs devoirs humanitaires, des actes hostiles<sup>78</sup> ou des actes nuisibles à l'ennemi<sup>79</sup>. L'expression « actes hostiles » est employée par le DIH conventionnel dans le cadre d'un CANI, tandis que l'expression « actes nuisibles à l'ennemi » est employée dans le cadre d'un CAI ainsi que par le droit coutumier. Ce qui pourrait constituer un « acte hostile » dans un CANI n'est pas expressément défini, mais ceci semble supposer un rôle actif et des activités concrètes. Le DIH ne donne pas de définition ni n'énumère les éléments qui pourraient constituer un « acte nuisible à l'ennemi<sup>80</sup> » ; mais il donne,

76 C'est notamment vrai, par exemple, pour les dispositions conventionnelles relatives aux principes de précaution et de proportionnalité dans les attaques et à la distinction entre les unités sanitaires militaires et civiles. En outre, selon le droit international coutumier, il n'existe vraisemblablement pas d'obligation de lancer une sommation à l'unité sanitaire selon laquelle elle va perdre sa protection.

77 La liste des États parties au PA II est disponible sur : [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/States.xsp?xp\\_viewStates=XPages\\_NORMStatesParties&xp\\_treatySelected=475](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=475).

78 PA II, art. 11, par. 2.

79 CG I, art. 21 ; CG IV, art. 29 ; PA I, art. 13 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règles 27 et 29.

80 Toutefois, il existe un certain consensus sur ce qui constitue un « acte hostile » et des « actes nuisibles à l'ennemi ». Voir Jean Pictet (dir.), *Commentaire aux Conventions de Genève du 12 août 1949, vol. 1 : La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne : commentaire*, CICR, Genève, 1952, article 21, disponible sur : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=B619DC8A02399B8DC12563BD002C73F5>.

*a contrario*, des exemples de ce qui, à l'évidence, ne constituera *pas*, un « acte nuisible à l'ennemi ». Sont ainsi cités le fait que le personnel de l'unité soit doté d'armes légères individuelles pour sa propre défense ou celle des blessés et des malades dont il a la charge ; le fait que l'unité soit gardée par un piquet, des sentinelles ou une escorte ; le fait que se trouvent dans l'unité des armes portatives et des munitions retirées aux blessés et aux malades et n'ayant pas encore été versées au service compétent ; le fait que des membres des forces armées ou autres combattants se trouvent dans ces unités pour des raisons médicales<sup>81</sup>. Pendant des années, MSF a transposé ces règles dans sa pratique opérationnelle, notamment par une politique stricte de « zéro arme », afin de garantir la sécurité de ses activités médicales.

Selon la revue interne de MSF, il n'y a pas eu, la nuit de l'attaque contre le centre de traumatologie à Kunduz, de combats à l'intérieur de l'hôpital ou à proximité de celui-ci. En outre, il a été clairement établi qu'aucune arme ne se trouvait à l'intérieur de l'hôpital, à l'exception de celles qui avaient été retirées aux blessés par MSF et qui étaient stockées sous son contrôle.

Le LoWN américain adopte une interprétation très libre du DIH, en dressant une liste d'actes qui pourraient engendrer une perte de la protection. L'utilisation d'un hôpital comme « poste de liaison avec des troupes de combat<sup>82</sup> » est l'un des exemples les plus problématiques pour les prestataires de soins. Bien que MSF contrôle strictement l'absence d'armes à l'intérieur de ses hôpitaux, ainsi que l'absence de toute activité visiblement hostile au sein de ses structures sanitaires, il lui est impossible de contrôler les activités qui sont moins ostensibles et plus opaques. À une époque caractérisée par l'omniprésence de téléphones portables et l'interception massive d'informations par les renseignements, il devient presque impossible pour une organisation humanitaire d'identifier ces actes nuisibles et de lutter contre cette réalité. Ces critères tels qu'énoncés par le LoWN américain ont contraint MSF à se demander si une interprétation libre de ce manuel aurait pu mener à la conclusion, en s'appuyant sur l'interception éventuelle de communications téléphoniques dans l'enceinte de l'établissement, que l'hôpital de Kunduz était devenu un poste de commandement et de contrôle. Selon la formulation précise du LoWN américain, on ne saurait dire si un hôpital rempli de talibans blessés pourrait encore être protégé, en tant qu'hôpital. Ces questions et préoccupations ont, une fois encore, été alimentées par le rapport d'enquête américain AR 15-6, qui fait référence à plusieurs reprises à un hôpital et à un poste de commandement et de contrôle taliban (« *TB C2 node* ») qui avaient été identifiés comme des cibles prioritaires<sup>83</sup>.

81 PA I, art. 13, par. 2.

82 Il s'agit de l'exemple qui est cité pour illustrer les règles relatives aux CAI, tant dans le LoWN américain, *op. cit.* note 52, par.7.17.1.1 que dans les Commentaires du CICR de la CG IV, *op. cit.* note 50, p. 166.

83 AR 15-6 rapport d'enquête américain, *op. cit.* note 2, p. 80 : « Avant l'engagement, le témoin X a confirmé que pas moins de 65 talibans avaient récemment reçu des soins dans cet établissement et que des talibans non armés s'y trouvaient au moment de la frappe. X a confirmé que deux chefs talibans s'étaient récemment rendus dans cet hôpital. Aucune personne étrangère recherchée n'a été vue dans le centre de traumatologie [traduction CICR] » ; pp. 84-85 : « d'après les services de renseignements, des insurgés et des personnes peut-être de haute valeur se trouvaient dans le centre de traumatologie de MSF, ou s'y étaient déjà rendus. Il n'existe pas de rapport spécifique des services de renseignements confirmant que des insurgés se servaient du centre de traumatologie de MSF comme d'un centre de

Se posa également la question de savoir si, au regard du LoWN américain, la présence parmi les blessés, d'individus à « haute valeur » pourrait justifier une frappe contre ces individus, alors même qu'ils se trouvaient dans l'enceinte de l'hôpital. Cette question était suscitée par le fait que seul le bâtiment abritant les blocs opératoires et le service des urgences avait été systématiquement détruit par l'attaque, alors que les autres bâtiments du complexe hospitalier, dans lesquels se trouvaient de nombreux patients, ont été épargnés.

Enfin, dans l'éventualité où un acte nuisible à l'ennemi aurait été commis, le DIH impose qu'une sommation soit lancée afin de permettre à l'unité sanitaire de faire cesser l'acte dans un délai raisonnable ou d'évacuer le personnel médical ainsi que les blessés et les malades. Sans une telle sommation, il ne peut pas y avoir une perte de la protection<sup>84</sup>. Toutefois, cette obligation conventionnelle n'est pas aussi clairement formulée dans les règles du droit international humanitaire coutumier, ce qui laisse la porte ouverte à des interprétations libres des obligations du DIH par les commandants militaires de pays qui, comme les États-Unis, n'ont pas ratifié le Protocole II<sup>85</sup>. Ce risque est encore aggravé selon la manière dont les dispositions du DIH sont transposées dans le droit interne de certains États, comme c'est le cas du LoWN américain.

Alors que le DIH ne prévoit aucune exception à l'obligation d'envoyer une sommation, le LoWN américain limite la portée de cette obligation en faisant explicitement de la légitime défense un cas particulier permettant d'y déroger<sup>86</sup>. Cette référence à la légitime défense est source d'une profonde préoccupation pour les établissements médicaux qui craignent pour leur sécurité. La légitime défense reste un concept assez mal défini, qui est davantage lié au *jus ad bellum* ou au droit

commandement et de contrôle opérationnel (« C2 node »), pour cacher des armes ou comme base pour leurs opérations [traduction CICR] » ; p. 217 : « notre objectif initial pour la nuit du 29 au 30 septembre, était l'hôpital de la ville de Kunduz (également connu sous le sigle PRT), qui se trouve à Kunduz... car il avait été pris par les Talibans. La mission a été approuvée [traduction CICR] » ; p. 271 : « Le plan était que X élimine un hôpital au sud de la ville. D'après nos informations, l'hôpital était contrôlé par les Talibans... L'hôpital était l'une des trois que nous connaissions, avec le centre de MSF et un autre hôpital afghan situé à l'ouest de la ville de Kunduz, dans la même zone que le centre de traumatologie de MSF. Étant donné qu'il existait trois hôpitaux et à cause de la barrière de la langue, il était souvent difficile de savoir de quel hôpital nous parlions [traduction CICR] » ; p. 424 : « Il faut souligner que le [plan opérationnel] initial, approuvé par la [mission déterminée] le 29 septembre avait clairement [pour objectif] l'hôpital de Kunduz. La description précise du centre de traumatologie de MSF a toutefois été transmise par les forces au sol pour localiser et attaquer un poste de commandement et de contrôle des Talibans [traduction CICR] » ; pp. 241-242 : « Je leur ai demandé de décrire les bâtiments. X a dit qu'il s'agissait d'une grande structure en T, avec plusieurs petites structures autour. J'ai donné les instructions au commandant des forces terrestres et il a communiqué à X la description du bâtiment TBC2 et X a confirmé qu'il s'agissait bien de cette structure. X a également indiqué qu'il y avait une porte voûtée à l'entrée de la structure. Cette information a été relayée à notre X, qui a confirmé qu'il s'agissait bien du centre de commandement du bâtiment TBC2 [traduction CICR] ».

84 CG I, art. 21 ; CG II, art. 34 pour les navires-hôpitaux ; CG IV, art. 19 ; PA I, art. 13, par. 1 ; PA II, art. 11, par. 2.

85 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règle 28. Cette règle, qui est relative à la protection des unités sanitaires, ne mentionne pas explicitement (mis à part dans les commentaires), l'obligation de lancer une sommation, disponible sur : [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1\\_rul\\_rule28](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule28). Cette obligation de donner un avertissement figure à la règle 20 à propos des attaques pouvant affecter la population civile.

86 LoWN américain, *op. cit.* note 52, par. 7.17.1.2.



de la sécurité intérieure qu'au *jus in bello*. L'invocation fréquente de cette notion pour qualifier ou justifier une action militaire en situation de conflit soulève des difficultés supplémentaires car l'argument de la légitime défense risque aussi de compromettre et d'affaiblir les obligations du DIH au regard des principes de précaution et de proportionnalité<sup>87</sup>. Il est intéressant de souligner que ces questionnements ne sont pas seulement ceux soulevés par un manuel national de droit de la guerre, mais qu'on les retrouve dans bon nombre de transpositions des dispositions du DIH dans les doctrines militaires nationales<sup>88</sup>.

Des questions comparables ont été soulevées par MSF à propos de la coalition dirigée par l'Arabie saoudite après le bombardement d'hôpitaux au Yémen, en 2016<sup>89</sup>. Dans l'un des cas, MSF avait décidé d'imposer l'interdiction des téléphones portables dans l'enceinte de l'hôpital. Dans un autre cas, MSF avait été confronté au problème d'une voiture prise pour cible dans l'enceinte de l'hôpital alors qu'elle transportait au moins un blessé, car elle était considérée par la coalition militaire comme un objectif militaire licite. Cet incident a non seulement soulevé une nouvelle fois la question du respect des principes de distinction, de précaution et de proportionnalité, mais il a également renvoyé à la question du ciblage d'individus de « haute valeur » à l'intérieur d'hôpitaux<sup>90</sup>. Il y a deux autres cas dans lesquels la question de la sommation a été en jeu. Dans le premier cas, la coalition a reconnu avoir considéré que l'hôpital de MSF avait perdu son statut protégé et a déploré avoir omis de donner un avertissement de lancer une sommation avant d'ordonner la frappe<sup>91</sup>. Dans le second cas, il y a bien eu un avertissement en temps utile, ce qui a permis à MSF de faire cesser l'acte nuisible et ainsi de préserver le statut protégé de son hôpital<sup>92</sup>.

- 87 Geoffrey S. Corn, « Self-Defense Targeting: Blurring the Line between the Jus ad Bellum and the Jus in Bello », *International Law Studies*, vol. 88, n° 1, 2012, disponible sur : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1947838> ; Jasmine Moussa, « Le *jus ad bellum* peut-il l'emporter sur le *jus in bello* ? Réaffirmer la séparation de ces deux branches du droit », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, n° 872, 2008, disponible (en anglais uniquement) sur : <https://international-review.icrc.org/fr/articles/le-jus-ad-bellum-peut-il-l'emporter-sur-le-jus-bello-reaffirmer-la-separation-de-ces-deux>.
- 88 CICR, *Commentaire à la Première Convention de Genève pour l'amélioration des forces armées en campagne*, 2<sup>e</sup> édition, Genève, 2016 (Commentaires de la Première Convention, 2016), par. 1848 (en particulier, à la note 22).
- 89 Voir MSF, « Le raid aérien dirigé par l'Arabie saoudite contre l'hôpital d'Abs au Yémen ne peut être qualifié d'« erreur involontaire » », 9 décembre 2016, disponible sur : <https://www.msf.fr/communiqués-presse/le-raid-aerien-dirige-par-l-arabie-saoudite-contre-l-hopital-d-abs-au-yemen-ne-peut-etre-qualifie-d-erreur-involontaire> ; MSF, « Rapports MSF sur les attaques de deux structures médicales au Yémen », 29 septembre 2016, disponible sur : <https://www.msf.fr/communiqués-presse/rapports-msf-sur-les-attaques-de-deux-structures-medicales-au-yemen>.
- 90 Voir, par exemple, Saudi Press Agency, « Official Spokesman of Joint Incidents Assessment Team (JIAT) Issues Statement », Riyad, 6 décembre 2016, disponible sur : <https://www.spa.gov.sa/viewstory.php?lang=en&newsid=1567351>. Les expressions utilisées par l'organe en charge de l'évaluation, la Joint Incidents Assessment Team (JIAT), telles « dirigeants armés houthis [traduction CICR] » et « a visé le lieu de ce rassemblement [traduction CICR] », laissent à penser que certains étaient convaincus que des individus de « haute valeur » avaient participé à cette attaque.
- 91 Ici, il est fait référence au bombardement aérien de l'hôpital de Haydan, dans le gouvernorat de Sa'dah. Voir Saudi Press Agency, « Joint Incidents Assessment Team (JIAT) on Yemen Responds to Claims on Coalition Forces' Violations in Decisive Storm Operations », Riyad, 5 août 2016, disponible sur : <https://www.spa.gov.sa/viewstory.php?lang=en&newsid=1524799>.
- 92 Dans cette affaire, MSF a pu identifier la présence d'un objectif militaire situé à proximité des coordonnées GPS qui correspondaient à la localisation de l'hôpital et a demandé à ce qu'il soit déplacé.

### *Distinction, précaution et proportionnalité*

Les attaques directes contre des établissements de santé sont rarement revendiquées par les parties à un conflit. Sur le plan politique, les parties sont incitées à ne reconnaître que des fautes commises pour avoir attaqué une cible par erreur ou pour prétendre qu'en raison de diverses difficultés techniques pour identifier les bâtiments, elles ignoraient que la cible était un établissement de santé<sup>93</sup>.

Le DIH interdit les attaques délibérées contre des unités sanitaires. Il fixe également des obligations plus larges à propos des attaques indiscriminées et des dommages civils collatéraux lors de la conduite des hostilités. Les commandants militaires sont tenus de respecter des obligations de distinction, de précaution et de proportionnalité lors des attaques afin d'éviter et de limiter les pertes et dommages civils indirects liés à l'attaque d'objectifs militaires licites<sup>94</sup>. Toutefois, ces principes du DIH, clairs *a priori*, se heurtent à des discussions complexes lorsqu'ils doivent être transposés en droit interne et interprétés par les manuels de guerre, les règles et les doctrines militaires.

Un débat de ce type a émergé lors de l'enquête interne de MSF, qui a conclu que les obligations de précaution et de proportionnalité, fixées par le DIH, étaient transposées de manière très laxistes dans le texte du LoWN américain. Par exemple, ce manuel établit une distinction entre les établissements ainsi que le personnel sanitaires selon qu'ils sont civils ou militaires, ce que ne fait pas le DIH. Selon le DIH, les règles relatives à la perte de la protection sont les mêmes, que les établissements et le personnel sanitaires, soient civils ou militaires, même si, parfois, les règles peuvent varier d'un cas à l'autre, lorsqu'il s'agit de la protection contre les dommages collatéraux<sup>95</sup>. En effet, certaines dispositions du LoWN américain prétendent affaiblir les principes de précaution et de proportionnalité applicables aux dommages incidents causés aux unités et au personnel sanitaires militaires lorsqu'ils sont situés à proximité d'un objectif militaire<sup>96</sup>. Elles vont même jusqu'à inverser les rôles, en obligeant les unités et le personnel sanitaires à se tenir à distance des objectifs militaires, ou à

93 Il s'agit là d'un argument récurrent pour expliquer l'attaque du centre de traumatologie de Kunduz. Il a également été avancé par la coalition dirigée par l'Arabie saoudite pour justifier l'attaque contre l'hôpital d'Abs, au Yémen, le 6 décembre 2016 : voir Saudi Press Agency, *op. cit.* note 90 ; Saudi Press Agency, « Joint Incidents Assessment Team (JIAT) Response to Doctors Without Borders, Amnesty International », Riyad, 6 décembre 2016, disponible sur : <https://www.saudiembassy.net/news/joint-incidents-assessment-team-jiat-response-doctors-without-borders-amnesty-international>.

94 Les expressions « dommages collatéraux », « dommages incidents » ou « dommages involontaires » sont aussi fréquemment employés.

95 Voir, au contraire, L. Gisel, *op. cit.* note 52.

96 LoWN américain, *op. cit.* note 52, par. 7.8.2.1 : « Le fait de tuer ou de blesser incidemment des membres de ce personnel en raison de leur présence à proximité ou parmi les combattants ciblés, en attaquant directement ces derniers, ne peut être un argument à l'appui d'une plainte. Partant du principe que les membres du personnel sanitaire ou religieux acceptent le risque d'être tués ou blessés en raison de la proximité des opérations militaires, ils ne doivent pas être considérés comme des dommages lors de l'évaluation de la proportionnalité d'une attaque [traduction CICR] » ; par. 7.10.1.1 : « Les dommages incidents causés aux unités ou structures médicales, en raison de leur présence à proximité ou parmi les combattants ciblés, lors d'une attaque contre ces derniers, ne peuvent pas être invoqués à l'appui d'une plainte [traduction CICR] » ; par. 7.12.2.5 (acceptation du risque lié à la proximité avec les opérations militaires).

en accepter les conséquences, plutôt que d'obliger les forces armées à éloigner leurs objectifs militaires des unités sanitaires et de leur personnel<sup>97</sup>.

Étant donné que les États-Unis considèrent qu'il n'est pas interdit de causer des dommages incidents à des unités sanitaires *militaires*, il est donc nécessaire, pour déterminer si les forces américaines ont enfreint leur propre droit interne en attaquant l'hôpital de Kunduz, de déterminer en premier lieu le statut (civil ou militaire) de l'hôpital et du personnel médical de MSF du point de vue du LoWN américain<sup>98</sup>. Il est d'autant plus difficile de répondre à cette question que le LoWN américain ne permet pas de clarifier le statut des combattants blessés appartenant à un groupe armé non étatique, qui plus est lorsque ces patients sont traités dans un hôpital privé dirigé par une organisation médicale humanitaire. Il s'agit donc de déterminer si, selon le LoWN américain, la présence de talibans blessés dans le centre de traumatologie de Kunduz, la nuit de l'attaque, peut avoir eu une incidence sur le statut civil de l'hôpital au regard de la doctrine militaire américaine, le privant ainsi du degré de protection le plus élevé.

De manière plus générale, si, selon le LoWN américain, le fait d'être situé à proximité d'un objectif militaire licite supplante la protection spécifique des établissements de santé, notamment lorsque les objectifs militaires ciblés sont mobiles, ce serait alors contraire à l'un des principaux piliers du DIH. Il s'agit là d'un sujet qui provoque de vives inquiétudes chez les organisations humanitaires, dont la présence dans les zones de conflit est aussi fondamentale qu'essentielle afin de pouvoir dispenser des soins médicaux vitaux aux victimes du conflit. Alors qu'un grand nombre d'objectifs militaires sont par nature très mobiles, il est inacceptable que le poids du risque et la responsabilité de se tenir à distance d'objectifs militaires soient simplement transférées aux établissements humanitaires de santé et à leur personnel<sup>99</sup>.

L'application de telles dispositions rendrait la protection offerte par le DIH aux unités sanitaires inutile, en particulier dans une situation telle que celle de Kunduz, où l'hôpital était une unité sanitaire protégée, située dans une ville réduite à un champ de bataille. Une telle interprétation reviendrait à donner un chèque en blanc pour autoriser les attaques dans des situations où un objectif militaire mobile se trouverait à proximité d'une structure sanitaire, ou même à l'intérieur de celle-ci. C'est précisément ce qu'il s'est produit, preuves à l'appui, au Yémen, avec la coalition dirigée par l'Arabie saoudite<sup>100</sup>. Ces frappes s'inscrivent au cœur des pratiques actuelles de ciblage militaire, qui reposent sur la collecte de renseignements

97 *Ibid.*, par. 7.10.1.1 ; 7.8.2.1 ; 4.10.1.

98 *Ibid.*, par. 5.12.3.2 ; 7.8.2.1 ; 7.10.1.1 ; 4.10.1 ; 17.15.1.1.

99 La coalition dirigée par l'Arabie saoudite a exprimé le même point de vue dans une déclaration de la JIAT concernant le bombardement des forces de la coalition dans la province de Ta'izz, au Yémen, le 2 décembre 2015 : « Il est nécessaire de tenir la clinique mobile de [MSF] à l'écart des objectifs militaires afin qu'elle ne subisse pas de dommages incidents [traduction CICR] ». Voir Saudi Press Agency, *op. cit.* note 91.

100 Voir, par exemple, Groupe d'experts des Nations unies sur le Yémen, *Rapport final*, 27 janvier 2017, en particulier le par. 128 et l'appendice C à l'annexe 49, sur l'attaque de l'hôpital d'Abs, au Yémen, disponible sur : <https://undocs.org/fr/S/2018/193> ; Saudi Press Agency, « JIAT Response to Doctors Without Borders », *op. cit.* note 93 ; Saudi Press Agency, *op. cit.* note 90.

électroniques et sur des écoutes téléphoniques pour localiser les objectifs militaires mobiles et lancer des frappes aériennes notamment contre les individus considérés comme de « haute valeur ». À la suite de l'attaque de Kunduz, ce point a été soulevé par MSF et, plus largement, par des juristes américains spécialisés ayant participé à l'élaboration du LoWN américain de 2015<sup>101</sup>.

### *L'identification des unités, des moyens de transport et du personnel sanitaires*

Pour réellement mettre en œuvre les dispositions du DIH qui interdisent d'attaquer les unités, les moyens de transport et le personnel sanitaires, il faut que ces unités soient reconnues par les parties au conflit comme exerçant des fonctions médicales. S'assurer que cette information capitale soit bien communiquée aux forces armées et aux groupes armés non étatiques ainsi qu'aux bonnes personnes au niveau de la chaîne de commandement, est essentiel pour que cette protection spéciale prévue par le DIH soit concrètement mise en œuvre. L'utilisation des emblèmes protecteurs que sont la croix rouge, le croissant rouge et le cristal rouge est un moyen d'identification très réglementé dans un CAI, mais qui reste plus difficile à mettre en œuvre dans la pratique et sur le plan juridique dans un CANI, notamment si les établissements de santé se situent sur des territoires qui échappent au contrôle de l'État<sup>102</sup>. Cependant, il est utile de mentionner que, conformément au DIH, l'identification peut passer non seulement par l'utilisation de l'emblème, mais aussi par d'autres moyens, convenus entre les belligérants, au début du conflit ou pendant celui-ci<sup>103</sup>. Dans la pratique, les organisations humanitaires respectent en grande partie les moyens d'identification qui leur sont imposés, quels qu'ils soient.

Le débat sur l'identification des établissements sanitaires qui ont été victimes d'attaques en Afghanistan et au Yémen n'a pas porté sur l'utilisation de l'emblème, mais plutôt sur de nouveaux moyens d'identification, tels que l'identification électronique par GPS, qui est prévue par les règles du DIH<sup>104</sup>. Dans la guerre aérienne contemporaine, le partage des positions GPS<sup>105</sup> a largement remplacé l'utilisation

101 Oona Hathaway est l'une de ces juristes, « The Law of War Manual's Threat to the Principle of Proportionality », 23 juin 2016, disponible sur : <https://www.justsecurity.org/31631/lowm-threat-principle-proportionality/> ; Geoffrey S. Corn et Andrew Culliver, « Wounded Combatants, Military Medical Personnel, and the Dilemma of Collateral Risk », 13 décembre 2016, disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=2884854> ; Jens D. Ohlin, « Was the Kunduz Hospital Attack a War Crime? », 1<sup>er</sup> mai 2016, disponible sur : <http://opiniojuris.org/2016/05/01/was-the-kunduz-hospital-attack-a-war-crime/>.

102 Voir CG I, art. 35-38 ; CG II, art. 41-45 ; CG IV, art. 18 ; PA I, art. 18 ; PA II, art. 12 ; annexe (I) au PA I, art. 1-14. Dans une situation de CANI, « l'autorité compétente » pour autoriser l'utilisation de l'emblème protecteur peut interdire aux établissements sanitaires qui se trouvent dans des zones sous contrôle de groupes d'opposition non étatiques, de l'arborer. Voir également Gerald C. Cauderay, « Les moyens d'identification des transports sanitaires protégés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 76, n° 807, 1994, disponible sur : <https://international-review.icrc.org/fr/articles/les-moyens-didentification-des-transports-sanitaires-protoges>.

103 Annexe (I) du PA I, art. 1, par. 4.

104 *Ibid.*

105 Pour en savoir plus sur les récentes pratiques de MSF sur l'identification par partage des coordonnées GPS, voir Alejandro Pozo Marín et Françoise Bouchet-Saulnier, *The Moral Relativism of Subordinating Civilians to Terrorists*, Centre for Applied Reflection on Humanitarian Practice, MSF, juin 2017, p. 15, disponible sur : [https://arhp.msf.es/sites/default/files/The%20moral%20relativism\\_Alejandro%20Pozo\\_ARHP01.pdf](https://arhp.msf.es/sites/default/files/The%20moral%20relativism_Alejandro%20Pozo_ARHP01.pdf) ; Voir également Michiel Hofman, « The UN Security Council must do more to protect

des emblèmes protecteurs. Les coordonnées GPS des établissements de santé sont transmises aux parties au conflit afin d'être incluses sur leurs « no strike lists ». Toutefois, il convient de noter que, s'il demeure indispensable que les infrastructures sanitaires et humanitaires s'identifient en arborant les emblèmes protecteurs établis par le DIH, leur utilisation est soumise à une autorisation spéciale, conformément au droit *national*, qui peut avoir un impact sur leur utilisation dans un CANI, notamment dans les zones contrôlées par des groupes armés non étatiques<sup>106</sup>.

Rappelons qu'en théorie, qu'ils utilisent ou non les emblèmes, les hôpitaux bénéficient d'une protection et que, selon les principes généraux de distinction, de précaution et de proportionnalité établis par le DIH, les structures sanitaires restent protégées en tant que biens civils, même si elles n'arborescent pas l'un des emblèmes protecteurs<sup>107</sup>. Toutefois, dans la pratique, pour que les établissements sanitaires bénéficient d'une protection spéciale, leur statut médical doit être connu des belligérants. Dans le cas de Kunduz, la présence du centre de traumatologie de MSF avait été négociée et convenue en amont avec les autorités afghanes, qui n'ont, à aucun moment, demandé à ce que l'emblème de la croix rouge ou du croissant rouge soit arboré sur les bâtiments. L'hôpital de province de Kunduz, situé à proximité et administré par le ministère afghan de la Santé, n'était pas davantage marqué par l'un des emblèmes protecteurs fixés par le DIH. L'enquête américaine relative à l'attaque de Kunduz n'a jamais mis en cause le fait que le centre de traumatologie affichait sur son toit, au moment où il a été attaqué, le logo de MSF, au lieu des emblèmes de la croix rouge ou du croissant rouge. Elle a simplement conclu que l'avion n'avait pas vu le logo de MSF et qu'il n'avait été en mesure d'accéder à la « no strike list » sur laquelle figuraient les coordonnées GPS du centre de traumatologie de MSF. Plus que le processus d'identification, c'est donc le processus de ciblage qui a été défaillant

Syrian civilians », *The Guardian*, 21 février 2016, disponible sur : <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/21/medecins-sans-frontieres-plea-for-civilian-bombings-syria-stop>. Pour plus d'information sur la pratique générale du partage de coordonnées GPS, voir Global Shelter Cluster, *Guidance for submitting Humanitarian Location Information in Syria and Iraq*, révisé le 21 janvier 2015, disponible sur : [https://www.sheltercluster.org/sites/default/files/docs/deconfliction\\_of\\_movements\\_in\\_iraq\\_guide\\_for\\_ingos\\_ocha.pdf](https://www.sheltercluster.org/sites/default/files/docs/deconfliction_of_movements_in_iraq_guide_for_ingos_ocha.pdf) ; Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations unies (OCHA), *Deconfliction Mechanisms of humanitarian organisations operating in Yemen (Mission Movements & Static Locations)*, dernière mise à jour le 25 juillet 2017, disponible sur : [https://www.humanitarianresponse.info/system/files/documents/files/deconfliction\\_sops\\_v4.1\\_final\\_0.pdf](https://www.humanitarianresponse.info/system/files/documents/files/deconfliction_sops_v4.1_final_0.pdf) ; OCHA, *No Strike List Guidelines*, disponible sur : [https://www.humanitarianresponse.info/system/files/documents/files/no\\_strike\\_list\\_draft\\_guidelines\\_ver\\_4.pdf](https://www.humanitarianresponse.info/system/files/documents/files/no_strike_list_draft_guidelines_ver_4.pdf).

106 En Afghanistan, la loi relative à l'utilisation et à la protection de l'emblème a été adoptée le 8 octobre 2016, soit un an après l'attaque de Kunduz. Celle-ci a comblé le vide juridique au regard de la désignation d'une autorité nationale compétente pour autoriser l'usage des emblèmes, en confiant ce mandat au Croissant-Rouge afghan. ARCS Regulative Law 1395/7/17 on Regulation Affairs of the Red Crescent Society, 8 octobre 2016, partie 2. Voir, de manière générale, Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 4, règles 1-10 ; CICR, *Étude sur l'usage des emblèmes : problèmes opérationnels et commerciaux et autres problèmes non opérationnels*, Genève, 2011, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/publications/icrc-001-4057.pdf> ; D. A. Lewis, N. K. Modirzadeh et G. Blum, *op. cit.* note 50, pp.≈37-66.

107 Annexe (I) du PA I, art. 1, par. 2 : « Ces règles n'établissent pas, en tant que telles, le droit à la protection. Ce droit est régi par les articles pertinents des Conventions et du Protocole ». Voir également le chapitre 7 de la CG I, en particulier les articles 38 et 42 ; Commentaires de la Première Convention, 2016, *op. cit.* note 88, par. 2540 ; Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1987, par. 732-733.

en l'espèce. Cependant, il est intéressant de noter que, dans certaines situations de conflit armé, les parties au conflit ont changé leurs pratiques après avoir « tiré des enseignements » suite à des attaques par erreur d'établissements de santé. Plus que de simples coordonnées GPS, elles exigent dorénavant la transmission de plusieurs coordonnées indiquant le périmètre des infrastructures, afin de mieux évaluer les dommages que peuvent causer des attaques dirigées contre des objectifs militaires situés à proximité<sup>108</sup>.

## De simples erreurs ou une défaillance systémique ?

Lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre le droit, les « détails » et les divergences juridiques constatés lors de la comparaison des dispositions du DIH et des codes militaires nationaux, en particulier le LoWN américain, ne doivent pas être sous-estimées car ce peut être une source importante d'insécurité sur le champ de bataille. Ceci est particulièrement aggravé par le nombre croissant de forces militaires et de sécurité, nationales et étrangères, qui interviennent sur les champs de bataille contemporains dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et qui sont soumis à diverses réglementations internes et doctrines militaires.

Dans le cas de l'attaque de Kunduz, les explications contradictoires qui ont été données, à différents niveaux, dans le cadre de l'échange entre MSF et les forces militaires alliées qui ont participé à la bataille de Kunduz, n'ont fait que confirmer le bien-fondé de ces craintes. La première enquête menée par les États-Unis concluait que l'attaque était le résultat d'une succession d'erreurs humaines et techniques. Or, après lecture et analyse des 721 pages déclassifiées du rapport d'enquête américain AR 15-6 (dont la version intégrale compte environ 3 000 pages), il apparaît que bon nombre de ces « erreurs » ne relèvent en réalité que d'une compréhension et d'une mise en oeuvre erronées du DIH et de la doctrine militaire applicable aux forces aériennes et terrestres. L'analyse de l'attaque de Kunduz, rendue possible par le rapport d'enquête américain, montre que les règles et procédures n'étaient pas du tout claires pour les forces armées. Ce sont les patients et le personnel du centre de traumatologie qui ont été les premières et les plus directes victimes de ce manque de clarté.

Selon les conclusions de l'enquête menée par les États-Unis, la nuit de l'attaque, les forces afghanes sur le terrain à Kunduz ont voulu attaquer un bâtiment de la direction nationale de la Sécurité dont les talibans avaient pris le contrôle<sup>109</sup>. L'aéronef AC-130, qui avait été envoyé pour attaquer ce bâtiment, a été dévié vers Kunduz sans recevoir ni d'instructions, ni la « no strike list ». Les États-Unis ont déclaré que, pendant le vol, les « systèmes électroniques à bord de l'avion ont dysfonctionné...

108 À l'occasion d'une réunion qui s'est tenue entre MSF et la Cour royale d'Arabie saoudite le 30 août 2016, cette demande a été directement adressée à MSF. Dans le compte-rendu de cette réunion, il est indiqué : « La coalition souhaiterait que les coordonnées GPS soient transmises [sic] en précisant les différents éléments permettant de délimiter le périmètre à protéger [traduction CICR] ».

109 Voir département américain de la Défense, *op. cit.* note 69.

privant l'équipage de toute possibilité de transmettre des images vidéo, envoyer/recevoir des courriels ou envoyer/recevoir des messages électroniques [traduction CICR]<sup>110</sup> ». Lorsque l'AC-130 est arrivé à Kunduz, le général Campbell a déclaré que l'équipage « avait cru être la cible d'un missile [traduction CICR]<sup>111</sup> ». L'avion de combat a pris de l'altitude, ce qui a « compromis la précision de certains systèmes de ciblage [traduction CICR]<sup>112</sup> ». Bien que les deux bâtiments ne se ressemblent pas du tout, les États-Unis prétendent que la cible « correspondait grossièrement » au centre de traumatologie de MSF « selon les observations de l'équipage [traduction CICR]<sup>113</sup> ». À cela s'ajoute le fait que, lorsque les membres de l'équipage ont saisi les coordonnées de la cible qui avait été définie dans la grille de leur système de localisation, le système situait ces coordonnées au beau milieu d'un terrain vague. Lorsque l'AC-130 est revenu à son altitude optimale, le système a visiblement corrigé cette erreur de localisation et les coordonnées ont renvoyé vers un autre bâtiment, mais « l'équipage [est resté] focalisé sur la description physique de la structure [traduction CICR]<sup>114</sup> ».

Les États-Unis ont admis, dans le cadre de leur enquête, que le commandant « n'avait pas été en mesure de bien faire la distinction [traduction CICR] » entre le bâtiment ciblé et le centre de traumatologie de MSF<sup>115</sup>. Ils ont également reconnu que l'AC-130 avait transmis les coordonnées exactes de l'hôpital de MSF à la base aérienne de Bagram avant de tirer sur le bâtiment. La base aérienne de Bagram avait bien accès à la « no strike list », mais n'a pas vérifié si l'AC-130 s'apprêtait à frapper un bâtiment protégé. Selon le général Wilson Shoffner, chef adjoint des communications pour les opérations en Afghanistan, interrogé lors de la session de questions-réponses qui a suivi la déclaration du général Campbell, « l'enquête a conclu que les mesures prises par l'équipage et le commandant des opérations spéciales n'étaient pas adaptées aux menaces auxquelles ils étaient confrontés [traduction CICR]<sup>116</sup> ».

L'analyse du rapport d'enquête américain AR 15-6 montre clairement que le personnel militaire, à tous les échelons de la chaîne de commandement (commandant des forces de terrain, équipage de l'avion, personnel du siège et officier chargé de l'enquête), ignorait ou avait une interprétation erronée du champ d'application du DIH et des obligations qu'il contient. Le rapport révèle des lacunes dans la mise en œuvre d'obligations fondamentales du DIH sur la protection des établissements sanitaires et des civils à Kunduz.

*A minima*, ces lacunes peuvent s'expliquer par une formulation peu claire ou inadéquate, une interprétation erronée et une mise en œuvre inadaptée des règles et procédures relatives à la conduite des hostilités contenues dans le LoWN américain, ainsi que dans les règles d'engagement et les instructions permanentes (SOPs) utilisées

110 *Ibid.*111 *Ibid.*112 *Ibid.*113 *Ibid.*114 *Ibid.*115 *Ibid.*116 *Ibid.*

par les troupes sur le terrain<sup>117</sup>. L'absence d'une « no strike list » à bord de l'avion qui a mené l'attaque et le fait que les coordonnées GPS de l'attaque envisagée n'aient pas été vérifiées au niveau du commandement, en les comparant aux coordonnées figurant sur la « no strike list », révèle un manquement évident à l'obligation de distinction et de précaution. Ce constat semble être confirmé par la décision du général Campbell de diffuser auprès des forces américaines en Afghanistan une version révisée de la directive tactique et des instructions permanentes de ciblage. Ces documents exposent les procédures tactiques permettant de réduire les risques pour les civils et les zones civiles<sup>118</sup>. Cependant, cette hypothèse ne peut pas être vérifiée car la plupart de ces documents, y compris les règles d'engagement, sont classifiés. Une explication moins indulgente consisterait à dire que cette décision révèle une approche irresponsable de la protection des civils en zone de conflit, avant l'incident.

L'analyse du rapport d'enquête AR 15-6 fait apparaître trois principaux sujets de préoccupation pour la sécurité des hôpitaux en zone de guerre. Premièrement, le rapport mentionne à plusieurs reprises et de façon explicite le fait qu'un autre hôpital avait été désigné par les États-Unis comme la cible d'une opération la semaine du 28 septembre 2015<sup>119</sup>. Or, dans le rapport d'enquête, il n'est fait nulle mention de l'activation d'une procédure spécifique dans la chaîne de commandement américaine à propos de cet hôpital. Au contraire, le rapport indique que le plan opérationnel américain, dans lequel l'hôpital provincial de Kunduz était désigné comme une cible (bien qu'il n'ait finalement jamais été attaqué)<sup>120</sup> avait été vérifié à deux niveaux de la chaîne de commandement et par un juriste militaire spécialisé en droit opérationnel. Le rapport d'enquête ne donne aucune information sur les raisons qui peuvent avoir conduit l'hôpital provincial à perdre son statut protégé pour devenir, en conséquence, un objectif militaire licite. Par ailleurs, alors que le DIH oblige à lancer une sommation afin de permettre l'évacuation de l'hôpital ou pour faire cesser son utilisation à des fins militaires, rien n'indique qu'une telle sommation ait été lancée à cet hôpital, ni même qu'elle allait d'être.

Deuxièmement, le rapport d'enquête AR 15-6 reconnaît que, lors de l'opération visant à reprendre Kunduz aux talibans, le personnel militaire américain a considéré que des zones entières de la ville étaient passées sous le contrôle des

117 AR 15-6 rapport d'enquête américain, *op. cit.* note 2, p. 72 : « Au fur et à mesure que l'enquête a progressé, il est apparu clairement que de nombreux responsables ont des difficultés à formuler clairement les règles de la directive tactique, les règles d'engagement [de l'opération Freedom Sentinel] et de [la mission Soutien déterminé], ainsi que les règles fondamentales régissant l'usage de la force [traduction CICR] ».

118 Voir Commandement central américain, « April 29: CENTCOM Releases Investigation into Airstrike on Doctors Without Borders Trauma Centers », 29 avril 2016, disponible sur : <http://www.centcom.mil/MEDIA/PRESS-RELEASES/Press-Release-View/Article/904574/april-29-centcom-releases-investigation-into-airstrike-on-doctors-without-borde/> ; département américain de la Défense, « Department of Defense Press Briefing by Army General Joseph Votel », 29 avril 2016, disponible sur : <https://www.defense.gov/News/Transcripts/Transcript-View/Article/746686/department-of-defense-press-briefing-by-army-general-joseph-votel-commander-us>.

119 AR 15-6 rapport d'enquête américain, *op. cit.* note 2, pp. 45, 270-271, 423-424, 429 et 622.

120 *Ibid.*, p. 622, remarque 21.



talibans et qu'il s'agissait donc de zones hostiles où il n'y avait plus aucun civil<sup>121</sup>. Dans la semaine qui a précédé l'attaque du centre de traumatologie de Kunduz, un commandant de l'armée américaine a expliqué à ses troupes que les talibans contrôlaient toute la partie ouest de la ville de Kunduz et que, par conséquent, tous ceux qui se trouvaient dans cette zone étaient considérés comme hostiles<sup>122</sup>. Une note d'information rédigée par le commandant des forces américaines sur le terrain avant la bataille de Kunduz, indique que « tous les civils ont fui et il ne reste dans la ville que des Talibans [traduction CICR] » et que « la menace est partout [traduction CICR]<sup>123</sup> ». Il semble que le postulat militaire selon lequel il n'y avait plus aucun civil à Kunduz ait permis aux troupes sur le terrain de considérer qu'elles n'étaient pas tenues de respecter les obligations fondamentales de distinction, de précaution et de proportionnalité instituées par le DIH. Par exemple, la consultation d'une « no strike list » constitue l'un des principaux moyens à disposition des forces pour leur permettre de distinguer un site civil d'un site militaire. Ce qui est particulièrement troublant, c'est que soit la « no strike list » (sur laquelle figuraient le centre de traumatologie de Kunduz ainsi que d'autres sites protégés<sup>124</sup>) n'a pas été mise à disposition, soit elle n'a été consultée par personne, à aucun niveau de la chaîne de commandement américain dans les heures qui ont précédé l'attaque ou même au moment de l'attaque<sup>125</sup>.

Les échanges entre les forces armées au sol et l'équipage de l'AC-130 confirment bien que la ville de Kunduz avait été déclarée dans son intégralité comme « hostile ». Selon le rapport d'enquête AR 15-6, la possibilité qu'il y ait encore eu des civils dans les zones qui furent attaquées, n'a, à aucun moment, été envisagée<sup>126</sup>. Il indique que l'équipage de l'avion a choisi de manière arbitraire le bâtiment qu'il allait attaquer et que le commandant des forces au sol a autorisé les frappes sur ce bâtiment sans confirmer qu'il n'y avait plus de civils. Ceci est d'autant plus inquiétant que, selon le rapport d'enquête, le centre de traumatologie de Kunduz était surveillé et qu'il avait fait l'objet de discussions au sein des forces américaines pendant une heure et huit minutes avant l'attaque, sans avoir identifié un quelconque « acte hostile ou démontrant une intention hostile [traduction CICR]<sup>127</sup> ».

Troisièmement, le rapport d'enquête AR 15-6 révèle des abus et une mauvaise compréhension par le personnel américain du principe de légitime défense qui sont systémiques. Selon le concept américain, très controversé, du « ciblage au nom de la légitime défense [traduction CICR] », le ciblage d'individus est décidé en se fondant sur la nécessité et la proportionnalité au sens qui leur est conféré par le *jus ad bellum*, plutôt que sur les principes du DIH applicables à la conduite des hostilités<sup>128</sup>. Selon

121 *Ibid.*, p. 596 : lorsqu'il lui a été demandé d'expliquer la raison pour laquelle il avait ordonné à l'AC-130 de faire feu, « il a déclaré qu'il s'agissait de la "légitime défense globale de notre périmètre" et que tout ce qui se trouvait à l'ouest de [expurgé] était envahi par des insurgés [traduction CICR] ».

122 *Ibid.*, p. 254.

123 *Ibid.*, p. 256.

124 *Ibid.*, pp. 32 et 77-79.

125 *Ibid.*, pp. 52, 81-82, 424 et 620.

126 *Ibid.*, p. 89.

127 *Ibid.*, p. 75.

128 Voir, par exemple, G. S. Corn, *op. cit.* note 9, p. 58.

le DIH, l'obligation de respecter les principes de précaution et de proportionnalité continue de s'appliquer en cas de légitime défense, ce qui impose de limiter les moyens de guerre à ce qui est nécessaire pour éliminer la menace à laquelle les soldats sont confrontés. Toutefois, tant le LoWN américain que les règles d'engagement applicables à ces opérations font référence à la légitime défense d'une manière qui a été mal appliquée par les troupes sur le terrain<sup>129</sup>. Dans un contexte où « tout était considéré comme une menace [traduction CICR] », les forces américaines ont appliqué par erreur le principe de légitime défense à leurs opérations en se référant au *jus ad bellum*. Sous couvert de légitime défense, les forces américaines ont employé la force d'une manière qui correspond davantage à la conduite d'hostilités offensives<sup>130</sup>. Par exemple, le rapport d'enquête montre que, pendant la semaine qui a précédé l'attaque du centre de traumatologie, les forces aériennes et au sol ont toutes deux invoqué et fait usage de la force en vertu du principe de « légitime défense », pour mener des attaques préventives, avec, entre autres, le déploiement d'un AC-130 en guise de couverture aérienne rapprochée contre des objectifs d'opportunité qui n'étaient pas hostiles<sup>131</sup>.

Ce changement tactique, avec le passage d'un usage défensif de la force à un esprit plus offensif (justifié par la légitime défense) a culminé lors du processus de préparation de l'attaque contre le centre de traumatologie de Kunduz. L'attaque contre le centre de traumatologie a été justifiée par le commandant des forces américaines au sol qui a invoqué les règles d'engagement se rapportant à une situation de légitime défense, mais cette attaque a été menée en contradiction totale avec un emploi de la force mesuré et strictement nécessaire en cas de légitime défense<sup>132</sup>.

L'invocation de la légitime défense par le commandant des forces au sol pour justifier l'attaque a joué un rôle déterminant, puisqu'elle a balayé les doutes sérieux émis par l'équipage de l'AC-130 à propos de la licéité de la cible qu'ils s'apprêtaient à frapper, alors qu'aucun acte hostile n'avait été observé dans l'enceinte du centre de traumatologie<sup>133</sup>.

Par ailleurs, lors des échanges entre les forces au sol et l'équipage de l'AC-130, dans les minutes qui ont précédé l'attaque du centre de traumatologie de Kunduz,

129 LoWN américain, *op. cit.* note 52, par. 5.8.3.3.

130 AR 15-6 rapport d'enquête, *op. cit.* note 2, p. 86 : « Observation spécifique. X a délibérément enfreint les règles d'engagement et la directive tactique en autorisant, à tort, des opérations offensives. Le commandant des forces terrestres pensait qu'il jouissait de l'autorité opérationnelle nécessaire pour ouvrir le feu en situation de légitime défense [des forces de pré-déploiement envoyées en éclaircur], contre tout acte hostile, conformément aux ROE de la mission Soutien déterminé et a abusé de cette autorité en lançant l'offensive [des forces terrestres d'assaut] contre l'objectif ciblé, qui ont fait feu avant l'assaut [traduction CICR] » ; p. 92 : « Le commandant des forces terrestres a dit aux membres de l'équipage de l'avion que le bâtiment était sous le contrôle des talibans. L'équipage a reçu du commandant des forces terrestres l'ordre d'attaquer en vertu de la légitime défense, ce qui était contradictoire avec ce qu'ils avaient pu observer de la situation. Il leur a été demandé d'atténuer la menace que constituait la cible, notamment par des tirs préalables à l'assaut, sous couvert de légitime défense. On leur a ordonné d'attaquer, bien qu'aucune menace réelle n'ait été identifiée [traduction CICR] ».

131 *Ibid.*, pp. 59-61.

132 *Ibid.*, p. 29.

133 *Ibid.*, pp. 29-30. Face aux réserves quant à la licéité de l'attaque qui avait été ordonnée, le commandant de l'avion a demandé confirmation des règles d'engagement applicables ; on lui a répondu qu'il s'agissait de « ROE relatives à la légitime défense collective [traduction CICR] ».

le commandant des forces américaines au sol a fait référence à des « cibles d'opportunité », un concept qui, dans ce contexte, est juridiquement ambigu et qui peut laisser à penser qu'il s'agissait là d'une stratégie préméditée pour permettre le ciblage opportun d'objectifs qui auraient dû, autrement, être exclus du champ d'application de la légitime défense ou des cibles militaires autorisées. Dans ce cas précis, ceci s'est traduit par la confirmation par l'équipage de l'absence de tirs hostiles en provenance de l'hôpital, puis par l'exécution du concept mentionné par le commandant de terrain : « Je veux dire, quand j'entends cible d'opportunité comme ça, je pense "tu sors, tu trouves des trucs pas nets et tu tires dessus" [traduction CICR]<sup>134</sup> ».

L'explication pourrait tenir au fait que, comme il l'a indiqué dans le rapport d'enquête AR 15-6, le commandant des forces au sol pensait que le bâtiment de la direction nationale de Sécurité, qui était supposé être l'objectif militaire visé cette nuit-là, se trouvait à l'intérieur de ce qu'il a appelé sa « bulle de défense intégrée [traduction CICR]<sup>135</sup> ». En d'autres termes, il aurait autorisé une attaque sur une cible qui n'était pas hostile parce qu'elle se situait à l'intérieur de cette zone indéterminée et qu'il a considéré de manière subjective comme sa « bulle » (ou, en d'autres mots, son périmètre).

Une référence aussi large à la légitime défense pour justifier toute une opération militaire montre qu'il y a une faille systémique dans le respect du DIH<sup>136</sup>. Cette approche ignore les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution du DIH ainsi que les dispositions spécifiques du DIH qui réglementent la protection et la perte de protection des établissements sanitaires. Ceci soulève de sérieuses réserves quant à la manière dont le DIH et le concept de légitime défense sont compris et mal interprétés par les forces américaine et par les forces d'autres pays qui participent à des opérations de contre-terrorisme ou contre-insurrectionnelles dans le cadre de coalitions militaires internationales. La complexité et l'ambiguïté du cadre juridique de telles opérations militaires ont joué un rôle décisif dans la tragédie de Kunduz. La nuit de l'attaque, l'armée américaine opérait avec sept forces partenaires appartenant à divers contingents nationaux<sup>137</sup>. Cette complexité a été reconnue par le rapport d'enquête américain dans ses conclusions générales :

Au fur et à mesure que l'enquête a progressé, il est apparu clairement que de nombreux responsables ont des difficultés à formuler clairement les règles de la directive tactique, les règles d'engagement de l'opération Freedom Sentinel et de la mission Soutien déterminé, ainsi que les règles fondamentales régissant l'usage de la force... Chaque unité a produit des supports de formation visant

134 *Ibid.*, p. 61.

135 *Ibid.*, p. 596. Lorsqu'il lui a été demandé d'expliquer la raison pour laquelle il avait ordonné à l'AC-130 de faire feu, il a déclaré avoir été motivé par la « légitime défense globale de notre périmètre ».

136 *Ibid.*, p. 93 : « L'usage de la force militaire a enfreint les dispositions claires de la directive tactique applicable de la mission OTAN/USFOR-A, a été contraire à la volonté du [commandant de la mission Soutien déterminé] et a enfreint l'ensemble des règles de l'OTAN, des règles d'engagement [de l'opération Freedom's Sentinel] et des instructions permanentes [de la mission Soutien déterminé]. [Le commandant des forces terrestres] et l'équipage de l'avion n'ont pas respecté [le droit des conflits armés] [traduction CICR] » (citant le PA I, art. 57, par. 2, alinéa a, chiffre ii).

137 *Ibid.*, p. 374.

à simplifier ce qui était reconnu comme une situation d'une exceptionnelle complexité. Toutefois, l'enquête a également révélé de nombreux aspects de mauvaise compréhension des règles. L'exemple le plus flagrant est le fait que le commandant tactique n'était pas sûr des règles dans le cadre desquelles il opérait la nuit du 3 octobre [traduction CICR]<sup>138</sup>.

Ceci a encore été aggravé par le manque de clarté dans les communications entre les différentes forces engagées et leur incapacité à se référer à une lecture commune des règles du DIH<sup>139</sup>.

## Conclusion

L'attaque contre l'hôpital de MSF à Kunduz n'est pas la conséquence d'un vide juridique, mais plutôt d'une situation complexe impliquant des coalitions internationales militaires et de sécurité, dans laquelle différents régimes juridiques sont appliqués simultanément par de nombreux acteurs internationaux et nationaux. L'enchevêtrement des responsabilités au sein des coalitions militaires nourrit le chevauchement non réglementé des règles applicables et des pratiques, qui conduisent à des « erreurs ». Cette situation n'est pas propre à la conduite des hostilités en Afghanistan puisqu'on la rencontre dans de nombreuses autres situations de conflit armé.

L'affaire de Kunduz illustre l'émergence d'une conduite des hostilités qui est aux antipodes de la protection de la mission médicale. Après les événements de Kunduz, MSF a engagé d'importantes négociations avec le gouvernement afghan, les autorités américaines civiles et militaires, ainsi qu'avec l'opposition armée en Afghanistan. Les questions soulevées dans cet article ont également été discutées directement avec les armées afghane et américaine, ainsi qu'avec l'opposition armée, lors de 80 réunions, dont des réunions de haut niveau qui se sont tenues en 2016. Ces réunions avaient pour objectif de clarifier les grands principes du DIH et de parvenir à une compréhension commune, humanitaire et militaire, de ces principes et, plus important encore, de leur transposition pratique aux activités conduites en temps de guerre. Ces négociations ont abouti à la signature d'un accord humanitaire spécial avec le gouvernement afghan et d'une déclaration de principes du département américain de la Défense, dans lesquels les piliers fondamentaux du DIH sont réaffirmés au regard de la protection d'une action humanitaire impartiale<sup>140</sup>. Cette étape a été essentielle, mais il reste encore beaucoup à faire.

138 *Ibid.*, p. 72.

139 *Ibid.*, pp. 93 et 84.

140 République islamique d'Afghanistan, décret présidentiel 2774, 10 décembre 2017, qui approuve « l'accord sur les pays hôtes (HCA) signé entre Médecins Sans Frontières (MSF) et le gouvernement de la République islamique d'Afghanistan [traduction CICR] », dont l'annexe mentionnée renvoie au « Protocole d'entente entre la République islamique d'Afghanistan et Médecins Sans Frontières relatif à la protection des activités menées par MSF en Afghanistan [traduction CICR] », signé le 17 juillet 2017 ; Département américain de la Défense, « Principles related to the Protection of Medical Care Provided by Impartial Humanitarian Organizations during Armed Conflict: Memorandum for Secretaries of the Military Departments », 3 octobre 2016, disponible sur : <https://www.hsdl.org/?abstract&did=796930>.

Toutefois, bien que l'attaque de Kunduz puisse être vue comme ayant provoqué ces discussions, il faut reconnaître qu'il y a eu bien d'autres attaques d'hôpitaux dans de nombreux contextes, sans que ceci ait fait l'objet d'une attention aussi grande, ni que cela ait été suivi de mesures particulières.

MSF et le CICR ont fait part de ces préoccupations au Conseil de sécurité des Nations unies avant et après l'adoption de sa résolution 2286<sup>141</sup>, en réaffirmant la protection fondamentale des établissements médicaux, de leur personnel et de leurs patients, dans les situations de conflit armé. La résolution 2286, adoptée à l'unanimité par le Conseil de sécurité, a exprimé un consensus international qui ne s'est pas encore traduit par un changement dans la pratique des États, puisque les attaques contre des hôpitaux se perpétuent. Cette résolution a prié le Secrétaire général de formuler des recommandations quant aux mesures à prendre pour prévenir ces actes. En ce qu'elle reconnaît que, au-delà d'un large consensus et de déclarations de principe fortes, il faut prendre des mesures concrètes, c'est, en soi, un pas très important qui a été franchi. Parmi ces mesures qui nécessiteraient une plus grande attention, le Secrétaire général des Nations unies a identifié<sup>142</sup> certains faits peu glorieux, mais pourtant vécus à maintes reprises par MSF lors d'attaques bien réelles contre des hôpitaux. L'insuffisance de l'intégration des dispositions du DIH dans le droit interne et dans les règles d'engagement a été explicitement mentionnée dans les recommandations présentées par le Secrétaire général en application de la résolution 2286<sup>143</sup>. Ces recommandations appellent les États membres à « procéder à un examen exhaustif de leur législation interne et entreprendre les réformes nécessaires aux fins d'y incorporer l'intégralité des obligations relatives à la protection des soins médicaux en temps de conflit armé que leur impose le droit international ». Il est également recommandé que « les parties à un conflit armé [réexaminent] leurs règles d'engagement et de comportement, leurs manuels militaires, leurs directives tactiques, leurs procédures opérationnelles permanentes et autres règles ou directives opérationnelles du même type, et faire en sorte qu'ils interdisent de prendre pour cible du personnel, des installations et des moyens de transport médicaux protégés, et prévoient des mesures de précaution à suivre lors de la planification et de la conduite des opérations militaires ».

Le Secrétaire général a également formulé des recommandations en faveur de l'ouverture d'une enquête internationale sur ce type de faits de violence et sur les mécanismes de sanction<sup>144</sup>. Si les États ont exprimé un très large consensus sur ce point, c'est, malheureusement, pour s'opposer à la mise en place de ce type de

141 Résolution 2286 du Conseil de sécurité des Nations unies, 3 mai 2016. Voir également Nations unies, « Le Conseil de sécurité condamne fermement les actes de violence, les attaques et les menaces visant les malades, le personnel et les services de santé », 3 mai 2016, disponible sur : <https://www.un.org/press/fr/2016/cs12347.doc.htm#:~:text=Le%20Conseil%20de%20s%C3%A9curit%C3%A9%20a,d'ordre%20exclusivement%20m%C3%A9dical%2C%20y>.

142 Lettre datée du 18 août 2016, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général : Recommandations du Secrétaire général présentées en application du paragraphe 13 de la résolution 2286 (2016) du Conseil de sécurité », Doc. NU S/2016/722, 18 août 2016, disponible sur : [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/2016/722&Lang=F](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2016/722&Lang=F).

143 *Ibid.*, par. 8-9, et 19-23.

144 *Ibid.*, par. 6 et 28-31.

mécanismes. À plusieurs reprises, MSF a appelé l'ouverture d'enquêtes indépendantes par la CIHEF, ou tout autre organe indépendant, à propos de nouvelles attaques contre ses établissements médicaux, au Yémen et en Syrie en 2016. À ce jour, on peut diviser les réponses des États en deux catégories : d'un côté, les États qui reconnaissent leurs erreurs et qui affirment initier leurs propres enquêtes internes, mais sans rendre entièrement publics les rapports qui s'en suivent<sup>145</sup> ; de l'autre, les États qui ne reconnaissent pas ouvertement leurs erreurs ou qui ne procèdent à aucune enquête interne<sup>146</sup>. Loin d'améliorer la protection des établissements de santé, cette situation tend plutôt à alimenter la « guerre de propagande » au regard de la responsabilité des violations, qui continue de prévaloir entre les parties au conflit.

Le mot « erreur » est apparu récemment dans le vocabulaire relatif aux conflits armés. Lorsqu'une erreur est invoquée, il est nécessaire d'examiner avec une grande attention ce qui a pu rendre possibles ces erreurs et quelle est la part de la responsabilité humaine, mais aussi les erreurs de droit et de procédure. L'argument de l' « erreur » n'est pas rassurant pour les travailleurs humanitaires et leurs organisations. Il montre d'autant plus clairement combien il est essentiel que les alliances militaires et les acteurs humanitaires se mettent d'accord sur une compréhension claire, simple et explicite des règles qui s'appliquent sur le champ de bataille, sur le papier et dans la pratique. Le DIH est accessible à la compréhension de tous, alors que les règles d'engagement qui sont censées se contenter de transposer le DIH (au-delà des instructions tactiques et stratégiques qu'elles fournissent) et de traduire les manuels militaires nationaux et les doctrines militaires en procédures pratiques, restent confidentielles. Il est nécessaire de trouver un équilibre à propos du secret, afin de garantir que ces règles essentielles soient comprises de la même manière et sans aucune ambiguïté par l'ensemble des acteurs militaires et civils.

Ce qui fut en jeu à Kunduz dépasse largement les frontières de l'Afghanistan. L'interopérabilité des différentes composantes militaires et de sécurité exige une lecture commune, simple et cohérente des règles du DIH qui réglementent la protection et la perte de protection des établissements sanitaires. C'est ceci qui déterminera la capacité future de MSF et d'autres organisations humanitaires médicales à poursuivre leurs activités pour soigner toutes les personnes blessées sur des champs de bataille où les enjeux sont élevés et où s'affrontent des forces spéciales. Il s'agit notamment de clarifier quel type d'identification est suffisant, les sommations à lancer dans le cas où des établissements de santé seraient considérés comme ayant perdu leur protection et

145 Par exemple, voir les réponses de la JIAT concernant ses enquêtes sur les violations commises par les forces de la coalition dirigée par l'Arabie saoudite au Yémen : Voir Saudi Press Agency, *op. cit.* notes 90, 91 et 93.

146 Par exemple, les gouvernements russe et syrien ont continué de nier les allégations selon lesquelles ils avaient visé intentionnellement des établissements sanitaires en Syrie, en 2015 et 2016, sans jamais avoir ouvert d'enquête officielle, ni partagé leurs conclusions. Malgré les récentes remarques de la Commission d'enquête internationale indépendante des Nations unies, selon lesquelles « les forces syriennes et/ou russes ont continué de viser des hôpitaux et du personnel sanitaire », ni le gouvernement russe, ni le gouvernement syrien n'ont reconnu leur responsabilité ou admis d'avoir commis des erreurs. Voir Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne, Doc NU A/HRC/36/55, 8 août 2017, p. 15, disponible sur : <https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/HRC/36/55> ; « Russia Has Denied Carrying Out Air Strikes That Killed Dozens of Civilians in Syria », Time, 28 novembre 2017, disponible sur : <http://time.com/5038762/russia-denies-airstrike-syria/>.

les critères selon lesquels les établissements de santé, leur personnel et leurs patients pourraient perdre leur protection. Le personnel sanitaire qui travaille en situation de conflit a plus que jamais besoin que l'on réaffirme que les soins médicaux fournis dans le respect de l'éthique médicale sont explicitement exemptés de toute forme de poursuites (notamment pour aide matérielle au terrorisme) et que, concernant les activités médicales, les normes protectrices du DIH prévalent toujours, quelle que soit la situation, un CAI, un CANI, ou une opération de contreterrorisme ou de sécurité conduite dans le cadre d'un conflit armé.

