



Le pouvoir de l'humanité

XXXII^e Conférence internationale
de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

8-10 décembre 2015, Genève



FR

32IC/15/11

Original : anglais

Pour information

XXXII^e CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE

Genève, Suisse
8-10 décembre 2015

Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains

Rapport

**Document établi par le
Comité international de la Croix-Rouge**

Genève, octobre 2015

**Le droit international humanitaire
et
les défis posés par les conflits armés contemporains**

Sommaire

- I. Introduction**
- II. Questions relatives à l'applicabilité du DIH**
 - 1) Début et fin de l'applicabilité du DIH**
 - 2) Couverture géographique de l'applicabilité du DIH**
 - 3) Applicabilité du DIH au terrorisme et à la lutte contre le terrorisme**
- III. Le DIH et les forces multinationales**
- IV. L'étendue de la protection apportée par le DIH: questions choisies:**
 - 1) Accès et assistance humanitaires**
 - 2) La protection spécifique du personnel et des biens sanitaires**
- V. L'usage de la force au regard du DIH et du DIDH**
- VI. La détention dans les situations de conflit armé**
- VII. Les moyens et méthodes de guerre**
 - 1) Les nouvelles technologies de guerre**
 - i) La cyberguerre**
 - ii) Les systèmes d'armement autonomes**
 - 2) L'emploi d'armes explosives en zone peuplée**
 - 3) Des transferts d'armes responsables**
 - 4) Les armes nucléaires**
- VIII. Les entreprises militaires et de sécurité privées**

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LES DÉFIS POSÉS PAR LES CONFLITS ARMÉS CONTEMPORAINS

Résumé

Le présent document est le quatrième rapport sur « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » préparé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à l'intention de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (la Conférence internationale). Les trois premiers ont été présentés à la Conférence internationale en 2003, 2007 et 2011, respectivement. L'objet de ces rapports est de donner un aperçu de certains des défis que présentent les conflits armés contemporains pour le droit international humanitaire (DIH), de susciter une réflexion plus large sur ces défis et de passer en revue les différentes actions et positions actuelles ou possibles du CICR dans les domaines qui le concernent.

Le présent rapport, comme les précédents, ne peut passer en revue qu'une partie de ces défis. Il couvre ainsi un certain nombre de questions qui suscitent un intérêt croissant de la part des États et d'autres acteurs, ainsi que du CICR. Certaines de ces questions n'avaient pas été abordées dans les précédents rapports, comme la fin de l'applicabilité du DIH, la protection du personnel et des biens sanitaires, et les armes nucléaires. Le rapport fait aussi le point sur certaines thématiques qui avaient été traitées dans les précédents rapports et qui sont toujours au centre de l'attention internationale, notamment la couverture géographique du DIH, l'emploi de la force au regard du DIH et du droit international des droits de l'homme (DIDH), l'utilisation d'armes explosives dans les zones à forte densité de population et les nouvelles technologies de guerre.

Deux autres rapports sur des questions touchant au DIH sont présentés à la XXXII^e Conférence internationale pour examen et décision¹. Ils ont été établis conformément à la résolution 1 de la XXXI^e Conférence internationale intitulée « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés ». Le premier résume les résultats d'un processus de consultation lancé dans le but de renforcer la protection juridique des personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé et présente des possibilités, ainsi que les recommandations du CICR, concernant la voie à suivre. Le second rapport expose les résultats d'un processus de consultation mené par le CICR et le gouvernement de la Suisse en vue d'examiner les moyens de renforcer l'efficacité des mécanismes visant à faire respecter le DIH. Il présente également des possibilités, de même que les recommandations des facilitateurs.

¹ *Rapport sur le renforcement du droit international protégeant les personnes privées de liberté et Rapport final*

– *Améliorer le respect du droit international humanitaire*, disponibles à l'adresse :

<http://rcrcconference.org/international-conference/documents/>

Dans son introduction, le présent rapport passe brièvement en revue les conflits armés actuels et leurs conséquences humanitaires, montrant ainsi la réalité opérationnelle qui pose de nouveaux défis au droit international humanitaire.

Le deuxième chapitre traite plusieurs questions relatives à l'applicabilité du DIH qui font l'objet d'un débat juridique depuis plusieurs années. La première de ces questions est la façon de déterminer le début et la fin de l'applicabilité du DIH dans les conflits armés internationaux ou non internationaux – une question qui a des implications juridiques et pratiques évidentes. La deuxième concerne la couverture géographique du DIH, plus particulièrement pour ce qui est de l'emploi extraterritorial de la force contre des individus. La relation entre le DIH et le régime juridique applicable aux actes de terrorisme est également abordée, notamment pour réaffirmer qu'il est nécessaire de faire une distinction entre les deux et pour rappeler les aspects du DIH relatifs au phénomène des « combattants étrangers ».

Le chapitre III est consacré au DIH et aux forces multinationales, qui sont de plus en plus nombreuses à être déployées dans des environnements de conflit et qui, pour certaines, se voient confier un mandat susceptible de les faire intervenir dans les conflits armés actuels. Ce chapitre présente notamment un test juridique à effectuer en vue de déterminer les cas où une force multinationale devient partie à un conflit armé. Il tente également de définir quels sont les participants à une opération multinationale qui peuvent être considérés comme des parties à un conflit armé, et examine le champ d'applicabilité du DIH dans le cadre des opérations multinationales.

Comme relevé dans l'introduction, l'incapacité du système international à maintenir la paix et la sécurité a notamment eu pour conséquence de réorienter les priorités de l'action internationale, qui sont passées du règlement des conflits aux activités humanitaires. La première section du chapitre IV vise donc à présenter diverses questions juridiques touchant aux activités humanitaires afin d'analyser certains points faisant l'objet d'un vif débat au regard du DIH. La deuxième section est consacrée à la protection spécifique du personnel et des biens sanitaires. Elle met plus particulièrement l'accent sur l'application, aux personnels et biens sanitaires militaires, des principes de proportionnalité et de précaution dans l'attaque relevant du DIH, ainsi que sur la portée de la notion d'« acte nuisible à l'ennemi » dans le contexte de la protection spécifique conférée aux personnels de santé, aux structures médicales et aux moyens de transport sanitaire.

Dans de nombreux conflits armés contemporains, il est de plus en plus attendu des forces armées qu'elles conduisent non seulement des opérations de combat contre les forces adverses, mais aussi des opérations de maintien de l'ordre pour garantir ou restaurer la sécurité et l'ordre publics. Le chapitre V s'intéresse à l'interaction entre le paradigme de la conduite des hostilités et celui du maintien de l'ordre dans les situations de conflit armé. Plusieurs scénarios factuels quoique hypothétiques servent de contexte pour la délimitation et l'application de ces deux cadres juridiques ainsi que le recensement des défis juridiques et pratiques qui en découlent.

Le chapitre VI attire essentiellement l'attention sur les activités du CICR dans le domaine de la détention, c'est-à-dire le processus de consultation entrepris avec les États qui fait l'objet de l'un des deux autres rapports sur les questions touchant au DIH qui sont présentés à la

XXXII^e Conférence internationale pour examen et décision (*Rapport sur le renforcement du droit international protégeant les personnes privées de liberté*).

Le chapitre VII examine plusieurs questions portant sur les moyens et méthodes de guerre. Alors que de nouvelles technologies de guerre ne cessent d'être mises au point et perfectionnées, en particulier celles qui se fondent sur les technologies de l'information et la robotique, il est important de tenir des discussions éclairées sur les nombreux défis engendrés par l'évolution rapide des technologies, défis qui sont souvent complexes. Aussi ce chapitre est-il consacré à plusieurs questions juridiques qui se posent dans le contexte du développement des cybercapacités militaires et de l'emploi potentiel de ces capacités dans les conflits armés, ainsi qu'en ce qui concerne le respect du DIH par les systèmes d'armement autonomes. L'emploi d'armes explosives dans des zones à forte densité de population est également examiné dans ce chapitre, de même que les transferts d'armes responsables. La dernière section donne un aperçu des règles de DIH régissant la conduite des hostilités et les armes nucléaires.

Le chapitre VIII du rapport présente les progrès réalisés et les défis qu'il reste à surmonter dans la mise en œuvre et la promotion du Document de Montreux de 2008, dont l'objectif principal était de définir comment le droit international s'applique aux opérations des entreprises militaires et de sécurité privées présentes sur le théâtre des conflits armés.

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LES DÉFIS POSÉS PAR LES CONFLITS ARMÉS CONTEMPORAINS

I. Introduction

Le présent document est le quatrième rapport sur « Le droit international humanitaire (DIH) et les défis posés par les conflits armés contemporains » préparé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à l'intention de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (la Conférence internationale). Les trois premiers rapports ont été présentés à la Conférence internationale en 2003, 2007 et 2011, respectivement. L'objet de ces rapports est de donner un aperçu de certains des défis que posent les conflits armés contemporains pour le DIH, de susciter une réflexion plus large sur ces défis et de passer en revue les différentes actions actuelles ou possibles du CICR dans les domaines qui le concernent. Cette introduction présente brièvement les contextes opérationnels dans le cadre desquels ces défis se posent.

Depuis la publication du dernier rapport en 2011, la spirale des conflits armés et de la violence s'est poursuivie dans la plupart des régions du monde. Les différends politiques, ethniques, nationaux ou religieux et les difficultés d'accès aux ressources essentielles demeurent la source de bon nombre des cycles de conflit armé actuels et sont à l'origine des récentes flambées de violence. Plusieurs tendances en matière de conflit se sont encore renforcées ces dernières années, comme la complexité croissante des conflits armés liée à la fragmentation des groupes armés et aux guerres asymétriques ; la régionalisation des conflits ; les difficultés posées par des guerres vieilles de plusieurs décennies ; l'absence de mécanisme international efficace de règlement des conflits ; et l'effondrement des systèmes nationaux. Sauf quelques exceptions, la plupart des conflits armés qui se sont produits ces dernières années sont la conséquence du « piège du conflit » : des conflits qui engendrent d'autres conflits, des parties au conflit qui se fracturent et se multiplient, et de nouvelles parties qui interviennent dans les conflits en cours. Des tensions non résolues qui durent depuis des années voire des décennies continuent d'épuiser les ressources, de détruire le tissu social et d'éroder les moyens de résilience des populations touchées.

Les troubles qui se sont intensifiés dans plusieurs parties du Moyen-Orient en 2011 pendant ce qu'on a appelé le printemps arabe – et qui ont dégénéré pour donner lieu à des conflits armés dévastateurs en Syrie, en Irak et au Yémen en particulier – se sont fait sentir bien au-delà de la région dans les pays qui ont commencé à apporter diverses formes de soutien aux nombreuses parties à ces conflits. Les moyens de survie commencent à faire défaut à des personnes qui peinent déjà à faire face aux effets des troubles récurrents, de la sécheresse et de la paupérisation chronique. Des pays tels que l'Afghanistan, le Soudan du Sud, la République centrafricaine, la Somalie, la Libye et la République démocratique du Congo sont toujours embourbés dans des conflits armés qui se prolongent, causant des souffrances incommensurables à des populations entières. Dans l'est de l'Ukraine, l'éclatement d'un nouveau conflit armé a déjà causé la mort de milliers de personnes, dont beaucoup de civils, ainsi que des destructions massives et le déplacement de plus d'un million de personnes.

Dans la plupart des conflits armés, les civils continuent de subir les plus lourdes conséquences des hostilités, en particulier lorsque les combats se déroulent dans des zones à forte densité de population ou lorsque des civils sont délibérément pris pour cible. Des milliers de personnes sont détenues, souvent hors de tout cadre juridique et, souvent, sont soumises à des mauvais traitements ou à des conditions de détention inhumaines. D'innombrables personnes disparaissent à cause des conflits armés. Les destructions causées par la violence poussent un nombre croissant de personnes à fuir leur communauté et à abandonner leur foyer et leurs moyens d'existence, avec des perspectives de déplacement et d'exil à long terme. Le nombre de personnes déplacées et de demandeurs d'asile déracinés par les conflits armés et la violence en cours dans le monde est monté en flèche ces deux dernières années. En 2013, pour la première fois depuis la Seconde Guerre mondiale, ce nombre a dépassé les 50 millions, dont plus de la moitié étaient des déplacés internes. Cette tendance négative s'est poursuivie en 2014 alors que les situations de conflit s'aggravaient.

Le secteur humanitaire international est proche du point de rupture. Le CICR et les autres organisations humanitaires impartiales doivent répondre à des besoins humanitaires qui n'ont jamais été aussi importants dans un nombre sans précédent de crises simultanées à travers le monde. L'écart entre ces besoins et la capacité des acteurs humanitaires d'y répondre est impossible à combler.

L'incapacité du système international à maintenir la paix et la sécurité a notamment eu pour conséquence de réorienter les priorités de l'action internationale, qui sont passées du règlement des conflits aux activités humanitaires. Ainsi, beaucoup d'énergie a été consacrée à des négociations relatives à l'accès humanitaire, aux pauses humanitaires, aux cessez-le-feu locaux, aux évacuations de civils, aux corridors humanitaires ou aux gels des hostilités, etc. Si tout consensus trouvé au sujet de l'accès humanitaire et de la fourniture d'une assistance aux personnes qui en ont besoin doit être salué, les antagonismes politiques qui accompagnent souvent les négociations véhiculent le risque de ternir la notion même d'action humanitaire impartiale et vont à l'encontre des objectifs de celle-ci.

Pour placer ce rapport sur les défis juridiques liés aux conflits armés dans son contexte, il convient de souligner certaines tendances marquantes des conflits armés contemporains, car bon nombre de ces défis sont la conséquence des nouveaux schémas de conflit.

Une complexité croissante due à la multitude des parties et à leurs relations conflictuelles est l'une des caractéristiques notables des conflits armés contemporains. Du côté des États, les nombreuses interventions étrangères dans beaucoup de conflits armés en cours contribuent nettement à la multiplication des acteurs impliqués. Dans bon nombre de situations, des États tiers ou des organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies (ONU) ou l'Union africaine (UA) interviennent et deviennent parfois eux-mêmes parties au conflit. Ces interventions – qui visent à soutenir des États ou des groupes armés non étatiques – soulèvent des questions extrêmement complexes sur le plan de la classification des conflits. Le problème vient souvent du manque d'informations précises concernant la nature de la participation de ces tierces parties, mais aussi lorsque des tierces parties ne reconnaissent absolument pas leur participation aux hostilités. Quoi qu'il en soit, il sera important pour le CICR de continuer à dialoguer avec les États dans les mois et les années à venir au sujet des conséquences humanitaires et juridiques de l'appui qu'ils fournissent aux parties à des conflits armés.

Du côté des acteurs non étatiques, une myriade de groupes armés instables qui se fragmentent et se multiplient participent fréquemment aux combats. Souvent, la structure de ces groupes est difficile à comprendre, et leur multiplication comporte un certain nombre de risques pour la population civile, en premier lieu parce qu'elle entraîne une augmentation des lignes de front, avec le risque que des civils soient pris dans les combats. La multiplication des groupes armés non étatiques fait également peser davantage de pression sur les ressources, en particulier les ressources naturelles et financières, puisque chaque nouvelle partie doit subvenir à ses besoins. De plus, bien que cela soit difficile à quantifier, la multiplication et la division des parties fracturent les sociétés. Tandis que les communautés et les familles sont mises sous pression et sont divisées à cause de leurs allégeances aux différents groupes armés, les individus courent un plus grand risque d'être associés à l'une des nombreuses parties et, de ce fait, sont plus exposés à des représailles. Pour ce qui est de l'action humanitaire, l'opacité de la chaîne de commandement de certains groupes ou l'absence d'une telle chaîne ou de contrôle au sein de certains groupes pose un défi non seulement du point de vue de la sécurité, mais aussi pour ce qui est de nouer un dialogue avec ces groupes sur les questions de protection et de respect du DIH.

Sur le plan de l'ampleur territoriale, les répercussions des conflits sur les pays limitrophes, leur étendue géographique et leur régionalisation semblent aussi être devenues des traits distinctifs dans bon nombre des conflits armés contemporains, en partie à cause des interventions étrangères évoquées plus haut. Cela est particulièrement vrai aujourd'hui au Moyen-Orient, mais aussi en Afrique du Nord et en Afrique de l'Ouest. En Syrie, les divisions au sein de l'opposition armée, les répercussions du conflit sur les pays voisins, dont certains subissaient déjà les effets de leurs propres conflits, et la multiplication des interventions d'États étrangers et de groupes armés donnent lieu à une situation régionale dans laquelle certaines des relations conflictuelles sont à peine compréhensibles. Dans la région du Sahel, des groupes armés furtifs extrêmement mobiles s'affrontent, de même que plusieurs gouvernements, au détriment de populations déjà vulnérables. Le conflit armé contre Boko Haram, qui fait déjà intervenir au moins quatre États, est un autre exemple de l'ampleur territoriale que peut prendre un conflit.

Pour le CICR, la brutalité et le caractère impitoyable de nombreux conflits armés contemporains sont source d'une profonde préoccupation. De graves violations du DIH sont commises tous les jours par des parties étatiques et non étatiques. Dans de nombreux cas, elles sont liées à un refus d'applicabilité ou de pertinence du DIH. Du côté des groupes armés non étatiques, il y a parfois un rejet du DIH, que certaines parties jugent non contraignant. En outre, dans certains conflits armés récents, on a constaté une augmentation des violations délibérées du DIH commises par certains groupes armés non étatiques, qui, de plus, utilisent les médias pour faire parler de ces violations. Leur objectif pourrait être de bénéficier de l'impression négative véhiculée par cette couverture médiatique pour rallier des soutiens et saper le soutien apporté à l'adversaire. Du côté des États, la situation est souvent, mais pas toujours, le résultat de mesures et de discours antiterroristes, lesquels se sont récemment durcis, comme a pu l'observer le CICR. Reste aussi que des États nient l'existence de certains conflits armés, ce qui rend difficile le dialogue sur les conséquences humanitaires de ces conflits et la protection des populations touchées.

Refuser les protections élémentaires conférées par le DIH aux combattants et aux civils, c'est nier l'objectif fondamental du DIH, à savoir protéger la vie, l'intégrité physique et la dignité

humaines. Comme l'a répété le CICR dans tous ses rapports précédents sur le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains, le principal défi consiste à faire mieux respecter le DIH. L'institution demeure convaincue qu'en dépit des souffrances inévitables inhérentes aux conflits armés, la douleur et la peine des personnes touchées seraient atténuées si les parties respectaient la lettre et l'esprit du DIH².

II. Questions relatives à l'applicabilité du DIH

L'applicabilité du DIH à certaines situations particulières de violence est l'une des questions juridiques qui ont (ré)émergé du fait de la complexité des conflits armés actuels. La question revêt plusieurs aspects, dont les suivants, qui seront examinés ci-dessous :

- 1) début et fin de l'applicabilité du DIH ;
- 2) couverture géographique de l'applicabilité du DIH ; et
- 3) applicabilité du DIH au terrorisme et à la lutte contre le terrorisme.

1) Début et fin de l'applicabilité du DIH

L'applicabilité du DIH est déclenchée par l'existence d'un conflit armé, laquelle est déterminée uniquement par une évaluation de la réalité sur le terrain. Ce point de vue, que le CICR partage, est reflété dans les décisions des instances judiciaires internationales et les manuels militaires, et recueille un large soutien dans la littérature universitaire. L'existence d'un conflit armé et, par extension, l'applicabilité du DIH, sont déterminées sur la base des critères constitutifs d'un conflit armé énoncés dans les dispositions pertinentes du DIH, essentiellement les articles 2 et 3 communs aux Conventions de Genève de 1949.

En vertu du DIH, il y a conflit armé international lorsqu'un ou plusieurs États ont recours à la force armée contre un autre État. Le seuil déterminant l'existence d'un conflit armé international est donc relativement bas, et des facteurs tels que la durée et l'intensité ne sont généralement pas pris en compte dans l'équation. Par exemple, la simple capture d'un soldat ou des escarmouches mineures entre les forces armées de deux États ou plus peuvent déclencher un conflit armé international et conduire à l'applicabilité du DIH, pour autant que de tels actes puissent être considérés comme la preuve d'une authentique intention

² C'est ce défi qui est au cœur de l'initiative conjointe du CICR et de la Suisse visant à renforcer le respect du DIH, conformément à la résolution 1 de la XXXI^e Conférence internationale. Cette initiative a compris d'importantes recherches et un vaste processus de consultation des États et autres acteurs pertinents afin de recenser des moyens d'améliorer et de garantir l'efficacité des mécanismes de contrôle du respect du droit international humanitaire. Pour de plus amples informations, voir « *Strengthening compliance with international humanitarian law (IHL): The work of the ICRC and the Swiss government* » à l'adresse : www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-compliance.htm et le rapport final sur l'amélioration du respect du DIH, disponible à l'adresse : <http://rcrcconference.org/international-conference/documents/>

belligérante³. Dans ce contexte, il est important de garder à l'esprit qu'un conflit armé peut survenir lorsqu'un État emploie unilatéralement la force contre un autre État, même si ce dernier ne répond pas ou est incapable de répondre avec des moyens militaires. Le recours à la force par l'État qui attaque ne doit pas nécessairement être dirigé contre les forces armées d'un autre État. Les conflits armés internationaux opposent des États. Le gouvernement n'est que l'un des éléments constitutifs d'un État, tandis que le territoire et la population en sont d'autres. C'est le recours à la force contre le territoire, l'infrastructure ou des membres de la population d'un État qui détermine l'existence d'un conflit armé international et, partant, déclenche l'applicabilité du DIH.

La classification d'un conflit armé non international au sens du DIH est une entreprise généralement plus complexe. Malgré l'absence de définition claire de ce qui constitue un conflit armé non international dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, il est communément admis que deux conditions doivent être remplies avant de pouvoir déclarer que, aux fins de l'applicabilité du DIH, un tel conflit existe : 1) les combats doivent se produire entre des forces armées gouvernementales et les forces d'un ou plusieurs groupes armés non étatiques présentant un certain degré d'organisation, ou entre de tels groupes ; et 2) la confrontation armée doit avoir atteint un certain niveau d'intensité.

La détermination du début d'un conflit armé, international ou non international, a fait l'objet de vastes études dans les cercles juridiques et universitaires et a été traitée dans le rapport du CICR relatif aux défis posés par les conflits armés contemporains présenté à la XXXI^e Conférence internationale. Cependant, il semble que moins d'attention ait été accordée jusqu'à aujourd'hui à la fin de l'applicabilité du DIH. Compte tenu des importantes conséquences juridiques connexes, cette question mérite un examen détaillé.

³ L'intention belligérante peut être attestée lorsqu'une situation montre objectivement qu'un État participe effectivement à des opérations militaires ou à d'autres actes hostiles contre un autre État. Cette participation vise à neutraliser le personnel ou les ressources militaires de l'État ennemi, à entraver ses opérations militaires, ou à utiliser/contrôler son territoire, que ce soit pour soumettre ou vaincre l'adversaire, pour induire chez lui un changement de comportement ou pour obtenir un avantage militaire. L'intention belligérante doit être déduite des faits. Toute référence à une intention belligérante aux fins de la détermination de l'existence d'un conflit armé ne doit pas être confondue avec la notion d'*animus belligerandi*, intrinsèque à la notion de guerre. Tandis que l'*animus belligerandi* est une condition préalable à l'existence d'un état de guerre – dénotant la dimension purement subjective de la notion de guerre –, le concept de l'intention belligérante n'a qu'une valeur probante et ne doit pas être interprété comme remettant en question la dimension objective du concept de conflit armé au sens des Conventions de Genève de 1949 (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (adoptée le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950), 75 UNTS 31 (I^e Convention de Genève) ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (adoptée le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950), 75 UNTS 85 (II^e Convention de Genève) ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (adoptée le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950), 75 UNTS 135 (III^e Convention de Genève) ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (adoptée le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950), 75 UNTS 287 (IV^e Convention de Genève)).

Fin d'un conflit armé international

Il peut être difficile de déterminer si un conflit armé est parvenu à son terme, principalement du fait du manque d'orientations détaillées sur la question dans les Conventions de Genève de 1949, mais aussi parce que la signature de traités de paix fait de moins en moins partie de la pratique des États.

De l'avis du CICR, le point de départ, basé sur le libellé des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnel I et la jurisprudence internationale, est le suivant : dans un conflit armé international, le DIH cesse de s'appliquer à l'arrêt général des opérations militaires, sauf pour les personnes dont la libération, le rapatriement ou la réinstallation intervient ultérieurement⁴. L'arrêt général des opérations militaires, toutefois, n'est pas toujours facile à déterminer, en particulier en l'absence d'hostilités en cours.

De nos jours, rares sont les conflits armés internationaux qui aboutissent à la conclusion d'un traité de paix. Les derniers jours d'un conflit se caractérisent plus souvent par des cessez-le-feu instables, une diminution lente mais progressive de l'intensité des affrontements ou l'intervention de forces de maintien de la paix. Dans un certain nombre de cas, le risque que les hostilités reprennent demeure élevé. Outre ces caractéristiques et d'autres, on observe que la distinction entre les accords visant à suspendre les hostilités et les traités de paix devient floue. Les accords de cessez-le-feu peuvent en réalité mettre un terme définitif aux hostilités. Dans ces cas-là, l'intitulé exact d'un accord particulier n'a que peu d'importance aux fins de l'applicabilité du DIH. C'est la situation *de facto* qui en résulte qui définira la véritable nature de l'accord et sa capacité à mettre objectivement un terme au conflit armé concerné.

La jurisprudence internationale n'a jusqu'à présent pas été d'une grande aide pour ce qui est de déterminer si un conflit armé international est terminé. Par exemple, dans l'affaire *Tadić*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a estimé que, dans les situations de conflit armé international, le DIH continue de s'appliquer « jusqu'à la conclusion générale de la paix », ce qui, on en conviendra, est un critère plutôt vague et peu commode.

Dans la littérature académique, l'avis général s'articule autour de la proposition élémentaire suivante : l'applicabilité du DIH cesse une fois que les conditions qui ont initialement déclenché son application ne sont plus réunies. Cela signifie qu'un conflit armé international se termine lorsque les États belligérants ne se livrent plus à une confrontation armée. L'application de cette proposition serait relativement aisée dans les situations où, par exemple, un conflit serait déclenché par la capture de soldats ou par l'incursion militaire sporadique et temporaire d'un État sur le territoire d'un État ennemi. Dans ces cas-là, la libération des soldats ou la fin de l'incursion suffiraient à mettre un terme au conflit armé.

Cependant, déterminer qu'un conflit armé international a pris fin a de fortes chances de se révéler plus complexe lorsque ce conflit était le fruit d'hostilités actives entre les forces armées

⁴ Voir l'article 6, paragraphe 2, de la III^e Convention de Genève, l'article 6, paragraphe 4, de la IV^e Convention de Genève et l'article 3, alinéa b), du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (adopté le 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978), 1125 UNTS 3 (Protocole additionnel I).

de deux États ou plus. La proposition formulée ci-dessus est manifestement d'utilité limitée en présence d'une simple accalmie ou cessation des hostilités. Elle n'a également que peu d'utilité si, malgré la fin des hostilités actives, les États belligérants continuent de déployer des troupes à leurs frontières, réalisent des mouvements de troupes sur leur propre territoire à des fins défensives ou offensives ou maintiennent un état d'alerte et de mobilisation de leurs troupes.

Gardant à l'esprit que le seuil déterminant l'existence d'un conflit armé international est relativement bas et qu'il serait irréalisable de considérer chaque accalmie dans les combats comme la fin du conflit et chaque reprise comme le début d'un nouveau conflit, le CICR est d'avis que la fin des hostilités doit revêtir un caractère stable et permanent pour qu'un conflit armé international soit considéré comme terminé. Par conséquent, des opérations militaires sans hostilités actives opposant un belligérant à un autre suffiraient à justifier la continuité d'un conflit armé international, à condition que l'on puisse raisonnablement considérer que les hostilités ont de fortes chances de reprendre dans un avenir proche en raison des mouvements de troupes en cours des belligérants. De fait, un tel scénario serait insuffisant pour conclure à l'arrêt général des opérations militaires. En effet, cette notion va au-delà de la simple cessation des hostilités actives, dans la mesure où les opérations militaires de nature belligérante n'impliquent pas nécessairement l'emploi de la violence armée et où ces opérations peuvent se poursuivre en l'absence d'hostilités. En d'autres termes, l'arrêt général des opérations militaires implique non seulement la fin des hostilités actives, mais aussi la fin des mouvements militaires de nature belliqueuse, dont les mouvements visant à reformer, réorganiser ou reconstituer les troupes. Si ces mouvements ont pris fin, alors on peut raisonnablement écarter le risque de reprise des hostilités.

Fin d'un conflit armé non international

Comme cela a été examiné dans le rapport de 2011 sur le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains qui a été présenté à la XXXI^e Conférence internationale⁵, les conflits armés non internationaux se déroulent dans des contextes qui évoluent et deviennent de plus en plus complexes. Il en résulte qu'il est également devenu plus difficile de déterminer la fin de l'applicabilité du DIH à de tels conflits.

Comme pour les conflits armés internationaux, la jurisprudence internationale n'identifie pas précisément les cas où une situation de conflit armé non international peut être considérée comme ayant pris fin. Dans la décision fondamentale relative à l'affaire *Tadić* déjà mentionnée, le TPIY a déclaré que, aux fins de l'applicabilité du DIH, un conflit armé non international cesse lorsqu'un « règlement pacifique » est atteint⁶. D'aucuns feront observer que ce critère n'est

⁵ *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains : Rapport*, octobre 2011, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>

⁶ Il convient de noter que les personnes qui ont été privées de leur liberté ou font l'objet de restrictions de liberté pour des motifs liés à un conflit armé non international continuent de bénéficier de la protection du DIH tant qu'il n'a pas été mis fin à leur privation de liberté ou aux restrictions à leur liberté. Voir l'article 2, paragraphe 2, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits

pas suffisant d'un point de vue pratique et pourrait même être considéré comme introduisant un degré de formalisme dans une détermination qui devrait avant tout découler des faits sur le terrain. Par conséquent, il est suggéré qu'il faut entendre par la notion de « règlement pacifique » une situation dans laquelle un apaisement attesté et durable du conflit armé non international a été obtenu.

Manifestement, le critère du seuil d'intensité requis rend la détermination de la fin d'un conflit armé non international encore moins évidente que dans le cas d'un conflit armé international. Il y a dans les grandes lignes deux manières d'aborder la question. La première consiste à se fonder sur le seuil d'intensité requis pour les conflits armés non internationaux (qui est plus élevé que pour les conflits armés internationaux, comme nous l'avons vu plus haut). En vertu de cette approche, il suffirait que les hostilités passent en dessous du seuil de « violence armée prolongée » avec un certain caractère permanent et stable. En d'autres termes, la question pertinente d'un point de vue juridique est de savoir si le seuil est toujours atteint. Selon la seconde manière de voir les choses, un conflit armé non international cesse d'exister, avec pour corollaire la fin de l'applicabilité du DIH, uniquement lorsqu'au moins une des parties au conflit a disparu ou ne remplit plus le critère du degré d'organisation requis par le DIH. Un conflit armé non international prend également fin lorsque les hostilités ont cessé et qu'il n'existe pas de véritable risque de reprise, même si le degré d'organisation des parties satisfait toujours au critère.

Lorsque l'on examine ces possibilités, il conviendrait toutefois de garder à l'esprit l'une des caractéristiques essentielles des conflits armés non internationaux, à savoir que ce sont des conflits de nature fluctuante, marqués par des moments d'accalmie de la violence armée et par l'instabilité du degré d'organisation de la partie non étatique au conflit. Si ces facteurs étaient automatiquement pris en compte pour signaler la fin d'un conflit armé non international, cela pourrait conduire à conclure prématurément à la fin de l'applicabilité du DIH.

Si l'on tient compte de cette caractéristique des conflits armés non internationaux, c'est en attendant la cessation complète – sans véritable risque de reprise – de toutes les hostilités pour considérer qu'un conflit armé non international a pris fin que l'on se rapproche le plus de l'exigence de « règlement pacifique » énoncée dans la jurisprudence internationale pertinente⁷.

De l'expérience pratique du CICR, la cessation de toutes les hostilités entre les parties au conflit et l'absence de véritable risque de reprise de celles-ci – déterminée sur la base d'une évaluation globale des circonstances factuelles connexes – se sont révélées être les indicateurs les plus solides et fiables de la fin d'un conflit armé non international. Le CICR a donc pris pour habitude d'attendre la cessation complète des hostilités entre les parties à un

armés non internationaux (adopté le 8 juin 1977 et entré en vigueur le 7 décembre 1978), 1125 UNTS 609 (Protocole additionnel II).

⁷ Voir l'affaire *Haradinaj*, dans laquelle le TPIY a souligné que le « règlement pacifique » d'un conflit armé non international est le critère décisif permettant de déterminer la fin du conflit et a déclaré qu'examiner les variations d'intensité d'un conflit n'est pas une option valable pour déterminer la fin dudit conflit. TPIY, *Le procureur c/ Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, affaire n° T-04-84bis-T, jugement, 29 novembre 2012, paragraphe 396, disponible à l'adresse : <http://www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/fr/121129.pdf>

conflit armé non international avant d'évaluer, sur la base des circonstances factuelles, s'il existe ou non un véritable risque de reprise des hostilités. En l'absence d'un tel risque, il conclut que le conflit armé non international a pris fin. Ce test du « risque de reprise » aide à faire en sorte que la fin d'un conflit armé non international soit déterminée non pas seulement sur la base de la simple cessation des hostilités, qui peut être temporaire, mais aussi à partir d'une évaluation ayant conclu que les opérations militaires connexes de nature hostile ont également pris fin. De cette manière, la possibilité d'une reprise des hostilités peut être raisonnablement exclue.

Début et fin de l'occupation

Différents défis juridiques posés par les formes d'occupation contemporaines ont été au cœur d'un processus exploratoire entrepris par le CICR sur l'occupation et d'autres formes d'administration d'un territoire étranger. Ce processus a débuté en 2007 et s'est conclu en 2012 avec la publication d'un rapport⁸. Il avait pour but d'analyser si et dans quelle mesure les règles du droit de l'occupation sont appropriées pour traiter des problèmes humanitaires et juridiques qu'engendrent les situations d'occupation contemporaines, et s'il pourrait être nécessaire de les renforcer ou de les clarifier. La définition de la notion d'« occupation », en particulier du début et de la fin d'une occupation, a été l'une des principales questions abordées dans le cadre de ce processus.

Déterminer l'existence d'une occupation – qui est un type de conflit armé international – est complexe, car les Conventions de Genève de 1949 ne définissent pas la notion d'occupation. Les contours en sont cependant esquissés dans l'article 42 de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 (Règlement de La Haye de 1907). Les traités ultérieurs, dont les Conventions de Genève de 1949, n'ont pas altéré cette définition, qui est la suivante : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. »

Indépendamment de la nécessité de déterminer l'existence d'une occupation sur la seule base des faits prévalant sur le terrain, la notion d'occupation appelle aussi l'examen du concept inhérent de « contrôle effectif ». Si ce concept est souvent utilisé pour caractériser la notion d'occupation, il convient de noter que ni les Conventions de Genève de 1949 ni le Règlement de La Haye de 1907 n'y font référence. Le concept de « contrôle effectif » a été élaboré dans le discours juridique avant tout pour décrire les circonstances et les conditions déterminant l'existence d'une occupation.

De toute évidence, l'occupation implique un certain degré de contrôle par des troupes ennemies sur un territoire étranger ou sur des parties de ce territoire, pouvoir exercé à la place des autorités souveraines du territoire. En vertu du DIH, le contrôle par les troupes étrangères doit être effectif pour déclencher l'application du droit de l'occupation. Ces troupes ne pourront faire valoir leurs droits et obligations au titre du droit de l'occupation que si elles exercent un

⁸ CICR, *Expert meeting: Occupation and other forms of administration of foreign territory*, Genève, mars 2012, disponible à l'adresse : www.icrc.org/fre/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf

contrôle effectif. Le contrôle effectif est ici un concept essentiel dans la mesure où il étaye et précise la notion d'« autorité », qui est au cœur de la définition de l'occupation énoncée à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907.

Sur la base du Règlement de La Haye de 1907 et de ses travaux préparatoires, de la littérature universitaire, des manuels militaires et des décisions de justice, le CICR a défini que les trois conditions cumulatives ci-après doivent être remplies pour établir un état d'occupation au sens du DIH :

- 1) les forces armées d'un État sont présentes physiquement sur un territoire étranger sans le consentement du gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion ;
- 2) le gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion a été rendu, ou peut être rendu, largement ou complètement incapable d'exercer ses pouvoirs du fait de la présence, non consentie, des forces étrangères ;
- 3) les forces étrangères sont en mesure d'exercer leur autorité sur le territoire concerné (ou sur des parties de ce territoire) en lieu et place du gouvernement local.

Prises ensemble, ces trois conditions constituent le dit « test du contrôle effectif », qui est utilisé pour déterminer si une situation doit être qualifiée d'occupation aux fins du DIH.

Il peut aussi être difficile de déterminer juridiquement à quel moment s'achève une occupation. La classification juridique d'une situation donnée et la détermination du moment où une occupation peut être considérée comme terminée peuvent être rendues plus délicates par plusieurs facteurs, comme un désengagement progressif, un retrait partiel, la rétention de certaines compétences dans des zones précédemment occupées ou le maintien d'une présence militaire sur la base d'un consentement équivoque.

En principe, le test du contrôle effectif s'applique également pour déterminer la fin d'une occupation, ce qui veut dire que les critères à remplir devraient généralement refléter ceux qui ont servi à déterminer le commencement de l'occupation, mais en sens inverse. Aussi, si l'une des trois conditions énumérées ci-dessus vient à manquer, l'occupation devrait être considérée comme terminée.

Le CICR estime toutefois que, dans certains cas spécifiques et exceptionnels – en particulier lorsque les forces étrangères se retirent d'un territoire occupé (ou de parties de celui-ci) tout en conservant des éléments essentiels d'autorité ou d'autres fonctions de gouvernement importantes caractéristiques des pouvoirs d'une puissance occupante – le droit de l'occupation pourrait continuer de s'appliquer dans les limites territoriales et fonctionnelles de ces compétences. En effet, même sans présence physique des forces étrangères sur le territoire concerné, l'autorité qu'elles ont conservée peut constituer un contrôle effectif aux fins du droit de l'occupation et entraîner l'application continue des dispositions pertinentes de cette branche du droit. C'est ce qu'on appelle la « conception fonctionnelle » de l'application du droit de l'occupation. Elle s'applique dans la mesure où les forces étrangères exercent encore, sur la totalité ou sur une partie du territoire, des fonctions gouvernementales qu'elles avaient acquises lorsque l'occupation était indubitablement établie et en cours.

Cette conception fonctionnelle permet de délimiter plus précisément le cadre juridique applicable dans des situations où il est difficile d'établir avec certitude si l'occupation s'est achevée ou non.

On peut en effet arguer que les progrès techniques et militaires rendent possible l'exercice d'un contrôle effectif sur un territoire étranger ou sur des parties de celui-ci sans présence militaire étrangère continue dans la zone en question. Dans de telles situations, il est important de tenir compte du degré d'autorité que conservent les forces étrangères, plutôt que de se concentrer exclusivement sur les moyens par lesquels ce pouvoir est effectivement exercé. Il faut aussi reconnaître que, en pareilles circonstances, l'existence d'une contiguïté géographique entre les États belligérants peut jouer un rôle important pour faciliter l'exercice à distance d'un contrôle effectif, par exemple en permettant à une puissance occupante qui a redéployé ses forces armées hors du territoire de faire sentir son autorité dans un délai raisonnable. L'application continue des dispositions pertinentes du droit de l'occupation est particulièrement importante dans ce cas de figure, dans la mesure où ce droit est spécifiquement conçu pour régir le partage de l'autorité, et la répartition de responsabilités qui en découle, entre les États belligérants concernés.

2) Couverture géographique de l'applicabilité du DIH

La portée territoriale des conflits armés – et partant du DIH – a été au centre de l'attention ces dernières années, principalement en raison des cas d'emploi extraterritorial de la force au moyen de drones armés. La question se pose en grande partie parce que le DIH ne contient pas de disposition générale explicite au sujet de la portée territoriale de son applicabilité. Les questions posées le plus souvent sont : Le DIH s'applique-t-il sur tout le territoire des parties à un conflit armé ou uniquement au « champ de bataille » situé sur ce territoire ? S'applique-t-il hors du territoire des parties, c'est-à-dire sur le territoire d'États neutres ou non belligérants ? Les vues exprimées ci-dessous visent uniquement à servir de « cadre », car la réalité est complexe et en constante évolution.

En ce qui concerne les conflits armés internationaux, il est généralement accepté que le DIH s'applique sur tout le territoire des États impliqués dans un tel conflit, ainsi qu'en haute mer et dans les zones économiques exclusives (la « zone » ou « région » de guerre). Le territoire d'un État comprend non seulement les terres, mais aussi les rivières et les lacs fermés, les eaux territoriales et l'espace aérien national au-dessus de ce territoire. Rien dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels, ni dans la doctrine et la jurisprudence, n'indique que l'applicabilité du DIH est limitée au « champ de bataille », à la « zone d'hostilités actives » ou à la « zone de combat », qui sont des termes génériques employés pour désigner l'endroit où se déroulent les hostilités. En outre, il est communément admis que les opérations militaires ne peuvent pas être effectuées en dehors de la zone ou région de guerre telle que définie ci-dessus, ce qui signifie qu'elles ne peuvent pas être étendues au territoire d'États neutres.

De la même manière, on peut faire valoir que le DIH s'applique sur tout le territoire des parties impliquées dans un conflit armé non international. Si l'article 3 commun n'aborde pas la conduite des hostilités, il donne une indication de la portée territoriale de son applicabilité en précisant que certains actes sont interdits « en tout temps et en tout lieu »⁹. Dans cet esprit, la

⁹ Article 3 commun, paragraphe 1.

jurisprudence internationale a explicitement confirmé que : « La région où se déroulent effectivement des combats ne coïncide pas nécessairement avec la zone géographique couverte par le droit de la guerre. Celui-ci s'applique sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits armés internes, sur l'ensemble du territoire contrôlé par une partie au conflit, que des combats effectifs s'y déroulent ou non [...] »¹⁰.

Il est néanmoins important de souligner que l'applicabilité du DIH au territoire des parties à un conflit ne signifie pas qu'il n'existe pas de restrictions juridiques autres que celles liées à l'interdiction de moyens et méthodes de guerre spécifiques concernant l'emploi de la force létale contre des personnes qui peuvent légitimement être prises pour cible en vertu du DIH (c'est-à-dire les membres des forces armées étatiques ou des groupes armés organisés, ainsi que les civils qui participent directement aux hostilités), en particulier à l'extérieur du « champ de bataille » ou de la « zone d'hostilités actives/de combat ». Comme cela est expliqué dans le commentaire relatif à la recommandation IX du *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* publié par le CICR en 2009¹¹, le DIH ne régleme pas expressément le type et le degré de force admissibles contre des cibles légitimes, ce qui n'implique pas le droit de recourir à la force létale contre de telles personnes en toutes circonstances et sans autres considérations. Pour garantir un équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité, le Guide énonce que « le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent »¹². À l'évidence, cela requiert une évaluation complexe fondée sur une large gamme de facteurs opérationnels et contextuels. Dans certains cas, cette évaluation devrait aboutir à la conclusion que des moyens autres que la force létale seront suffisants pour atteindre les objectifs d'une opération militaire donnée.

Dans le contexte d'un conflit armé non international comportant un élément extraterritorial, la question de l'applicabilité du DIH au territoire des parties au conflit peut se poser. Dans ce cas de figure, les forces armées d'un ou de plusieurs États (les États « prêtant assistance ») combattent aux côtés des forces armées d'un État « hôte » sur le territoire de ce dernier contre un ou plusieurs groupes armés organisés. Il convient de noter qu'à l'heure actuelle très peu d'États se sont prononcés officiellement sur cette question spécifique, et que les rares avis d'experts exprimés en public divergent. Selon certains, le DIH s'applique en principe uniquement au territoire de l'État dans lequel le conflit se déroule. D'autres estiment que le DIH s'applique également sur tout le territoire des États impliqués de façon extraterritoriale

¹⁰ TPIY, *Le procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač et Zoran Vuković*, arrêt, affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, paragraphe 57, disponible à l'adresse : <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/fr/kun-aj020612f.pdf> Voir aussi Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), *Le procureur c. Laurent Semanza*, jugement, affaire n° ICTR-97-20-T, 15 mai 2003, paragraphe 367, disponible à l'adresse : <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-97-20/trial-judgements/fr/030515.pdf>

¹¹ CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, mai 2009, disponible à l'adresse : https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf

¹² Recommandation IX, laquelle a été formulée sans préjudice d'autres restrictions qui pourraient découler d'autres branches applicables du droit international.

dans un conflit armé non international, même si les hostilités relatives au conflit ne se déroulent pas sur leur propre sol.

Il existe des raisons juridiquement pertinentes de considérer que le DIH s'applique au territoire des États qui prêtent assistance dans le scénario esquissé ci-dessus. Il est permis de penser que, en vertu du principe d'égalité des belligérants, les États prêtant assistance qui participent à un conflit armé non international extraterritorial ne devraient pas être en mesure de se protéger des opérations une fois qu'ils sont devenus parties à un tel conflit armé au-delà de leurs frontières. Cela serait contraire à l'objectif du DIH consistant à conférer les mêmes droits – et, bien entendu, les mêmes obligations – à toutes les parties à un conflit.

Par conséquent, bien que des actes réalisés dans le cadre des hostilités par une partie non étatique sur le territoire d'un État prêtant assistance seraient certainement punis en vertu de la législation interne de cet État (et seraient probablement qualifiés d'« actes terroristes »), de tels actes peuvent être licites au regard du DIH dans certaines circonstances. Il en irait ainsi, par exemple, si la partie non étatique concernée menait une attaque contre un objectif militaire sur le territoire de l'État prêtant assistance. Si, par contre, cette attaque visait des civils ou des biens de caractère civil, alors elle constituerait un crime et serait poursuivie en tant que crime de guerre en vertu du DIH. L'emploi, par un État prêtant assistance, de la force létale sur son propre territoire contre la partie non étatique devrait pour sa part être conforme à la norme énoncée dans la recommandation IX du Guide interprétatif du CICR mentionnée ci-dessus, ainsi qu'à la législation interne de l'État et à ses obligations internationales ou régionales en matière de droits de l'homme.

Comme nous venons de le voir, il est considéré que le DIH s'applique sur tout le territoire des parties à un conflit armé. Toutefois, il existe des avis divers parmi les praticiens, les juristes et autres, de même que d'importants désaccords concernant l'applicabilité du DIH au territoire d'un État non belligérant. Abstraction faite des situations de conflit armé international, dans lesquelles le droit de la neutralité entre en jeu, imaginons le cas de figure suivant : une personne qui constituerait une cible légitime en vertu du DIH se rend du territoire d'un État dans lequel un conflit armé non international est en cours au territoire d'un État non belligérant et non frontalier, où elle poursuit ses activités liées au conflit. Une telle personne peut-elle, conformément aux règles du DIH, être prise pour cible par un État tiers sur le territoire d'un État non belligérant ?

Deux positions fondamentales ont été formulées à cet égard. Selon la première, il n'existe pas de limite territoriale en tant que telle à l'applicabilité du DIH (qu'il s'agisse d'un conflit armé international ou non international). Aussi la question décisive n'est-elle pas de savoir si des actes hostiles se produisent, mais si, du fait de leur lien avec un conflit armé, ces actes constituent des « actes de guerre ». Par conséquent, tout emploi extraterritorial de la force pour des motifs liés à un conflit armé est nécessairement régi par le DIH, indépendamment de toute considération territoriale. Dans cette approche, il est également considéré que les normes d'autres branches du droit international peuvent restreindre ou interdire les actes hostiles entre les parties belligérantes même lorsque de tels actes sont autorisés en vertu du DIH, ce qui pourrait constituer le *jus ad bellum* au sens de la Charte des Nations Unies.

Certains sont d'avis qu'une lecture différente du cas de figure ci-dessus est possible – et préférable – sur la base d'arguments juridiques et de politique générale. Pour commencer, il

faut reconnaître que l'article 3 commun comprend des dispositions expresses sur l'applicabilité au « territoire » d'un État dans lequel a lieu un conflit armé non international. Cet article a traditionnellement été considéré comme couvrant uniquement les combats entre les forces armées gouvernementales concernées et un ou plusieurs groupes armés non étatiques organisés sur le territoire de l'État. L'interprétation juridique de la portée géographique de l'applicabilité de l'article 3 commun a cependant évolué à mesure que le paradigme des conflits armés non internationaux s'est transformé. En de nombreuses occasions, des États prêtant assistance qui combattaient sur le territoire d'un État hôte non frontalier aux côtés des forces armées de celui-ci contre un ou plusieurs groupes armés organisés ont reconnu l'applicabilité de l'article 3 commun et d'autres dispositions pertinentes du DIH à ce type de conflit¹³. Comme nous l'avons déjà dit, il existe des raisons de penser que, dans ce cas précis, le DIH s'applique également au territoire des États prêtant assistance.

Cependant, suggérer que par « territoire » il faut entendre que le DIH – et ses règles régissant la conduite des hostilités – s'applique automatiquement à l'emploi de la force létale contre une personne située hors du territoire des parties impliquées dans un conflit armé non international en cours, c'est-à-dire au territoire d'un État non belligérant, a des implications juridiques qui vont bien plus loin. Cette interprétation conduirait à une acceptation de la notion juridique de « champ de bataille mondial ». Or celle-ci ne semble pas compatible avec l'accent essentiellement territorial du DIH, qui, à première vue, semble en limiter l'applicabilité au territoire des États participant à un conflit armé. Une approche non liée au territoire aurait pour corollaire qu'un membre de groupe armé ou un civil participant directement aux hostilités seraient considérés comme « transportant » automatiquement le conflit armé non international « original » partout où ils iraient dans le monde. Ainsi, sur la base du DIH, ils demeureraient des cibles légitimes dans un espace géographique potentiellement illimité. Sauf quelques rares exceptions, la pratique et l'*opinio juris* des États ne semblent pas témoigner d'une acceptation de cette approche juridique, et la grande majorité des États ne semblent pas avoir adopté la notion de « champ de bataille » mondial. En outre, sur le plan pratique, il est difficile d'envisager les ramifications potentielles d'une applicabilité territoriale illimitée du DIH si tous les États impliqués dans un conflit armé non international dans le monde devaient s'appuyer sur la notion du « champ de bataille mondial ».

¹³ Le cas d'un conflit armé non international « avec effet de contagion », qui est un autre type de conflit armé non international extraterritorial, devrait être évoqué dans le cadre de cette discussion. Il s'agit d'un conflit armé qui a éclaté sur le territoire d'un État entre les forces armées gouvernementales et un ou plusieurs groupes armés organisés, puis qui s'est propagé au territoire d'un ou plusieurs États voisins. Bien que l'article 3 commun ne prévoie pas expressément ce cas de figure, les États et les spécialistes semblent reconnaître de plus en plus que l'applicabilité du DIH aux parties peut être étendue aux hostilités qui se propagent au territoire d'un État non belligérant adjacent (ou de plusieurs États non belligérants adjacents), de façon exceptionnelle et sur une base *sui generis*. Comme dans l'affaire jugée par le TPIY mentionnée plus haut (voir la note de bas de page n° 7), il y a des raisons légitimes de lier l'extension géographique de l'applicabilité du DIH au pays voisin au degré de contrôle qu'une partie à un conflit armé non international a sur le territoire du pays voisin concerné où sur les endroits où les hostilités se déroulent dans ce pays. Néanmoins, comme nous le relèverons plus loin, la pratique et l'*opinio juris* prévalentes des États ne permettent pas actuellement d'arriver à une conclusion semblable en ce qui concerne l'extension de l'applicabilité du DIH aux parties à un conflit armé non international lorsque le territoire d'un État non belligérant adjacent est concerné.

Le CICR estime qu'il serait plus judicieux d'un point de vue juridique et pratique de considérer qu'un membre de groupe armé ou un civil participant directement aux hostilités liées à un conflit armé non international depuis le territoire d'un État non belligérant ne devraient pas être traités comme des cibles légitimes par un État tiers en vertu du DIH. La menace qu'une telle personne représenterait devrait plutôt être gérée conformément aux règles régissant l'emploi de la force dans les opérations de maintien de l'ordre public. Ces règles, qui font partie du droit international des droits de l'homme – et qui, bien entendu, sont également applicables à l'emploi potentiel de la force létale en dehors des situations de conflit armé – mériteraient d'être examinées séparément. Étant donné qu'une telle analyse sort du cadre de cette section, seules les dispositions les plus élémentaires de cette branche du droit seront mentionnées ici.

Le droit international des droits de l'homme n'interdit pas l'emploi de la force létale dans les opérations de maintien de l'ordre à condition qu'elle ne soit employée qu'en dernier recours si les autres méthodes se sont révélées inefficaces ou ne permettent pas d'atteindre le résultat escompté. La force létale est par conséquent autorisée si elle est nécessaire pour protéger des personnes contre une menace de mort ou de blessure grave imminente ou pour empêcher qu'un crime particulièrement grave comportant une menace sérieuse pour la vie ne soit commis. L'emploi de la force létale est également soumis à l'exigence de proportionnalité relevant des droits de l'homme, qui diffère du principe de proportionnalité applicable à la conduite des hostilités en vertu du DIH. En effet, les règles applicables à l'emploi de la force dans les opérations de maintien de l'ordre définissent tant les circonstances dans lesquelles la force létale peut légitimement être employée que la manière dont elle doit être planifiée et exercée. L'emploi de la force sur le territoire d'un État non belligérant ne serait par conséquent justifiable sur le plan juridique qu'en de très rares circonstances.

Il est considéré que s'appuyer sur les règles régissant l'emploi de la force dans les opérations de maintien de l'ordre dans notre scénario est aussi plus adéquat pour des raisons de politique. Un État non belligérant est, par définition, un État qui ne participe pas à un conflit armé opposant d'autres États. C'est pourquoi ce ne sont pas les règles de DIH qui devraient s'appliquer à l'emploi potentiel par un État tiers, sur son propre territoire, de la force létale en relation avec un conflit armé non international se déroulant sur un autre territoire. Dans de telles circonstances, l'application des règles relatives au maintien de l'ordre protégerait davantage la population de l'État que les normes de DIH régissant la conduite des hostilités (qui sont conçues spécifiquement pour un contexte de conflit armé), puisqu'il n'y a pas de conflit armé dans l'État non belligérant. En effet, dans ce scénario, appliquer les règles de DIH relatives à la conduite des hostilités pourrait avoir pour conséquence que des dommages causés aux civils et aux biens de caractère civil dans l'État non belligérant soient jugés légitimes. En d'autres termes, des « dommages collatéraux » seraient autorisés, ce qui ne serait pas le cas si l'on s'en remettait aux dispositions relatives au maintien de l'ordre.

S'en remettre à d'autres branches du droit international, essentiellement pour « contrebalancer » les effets d'une vision territorialement étendue de l'applicabilité du DIH dans un État non belligérant – mise en avant par les partisans d'une approche de l'applicabilité du DIH sans limites géographiques – peut être d'une utilité limitée. Le droit de la neutralité ne s'applique pas au scénario du conflit armé non international esquissé ci-dessus. Pour ce qui est du possible effet limitant du *jus ad bellum*, il semble que, de plus en plus, l'interprétation que certains États et experts font de ces normes facilite l'emploi extraterritorial de la force par des États tiers, en particulier contre des acteurs non étatiques. S'agissant d'un effet dissuasif

du droit sur la responsabilité des États, le but de celui-ci n'est pas directement d'empêcher une conduite particulière, mais plutôt d'établir a posteriori que cette conduite était, le cas échéant, contraire à la loi.

Ce qui précède ne devrait cependant pas être interprété comme voulant dire que l'applicabilité du DIH ne peut jamais être étendue au territoire d'un État non belligérant. Le CICR considère que le DIH commencerait à s'appliquer au territoire d'un tel État si les conditions nécessaires pour établir factuellement l'existence d'un conflit armé non international distinct sur son territoire étaient réunies. Autrement dit, si des personnes se trouvant sur le territoire d'un État non belligérant acquéraient le degré d'organisation requis pour constituer un groupe armé non étatique au sens du DIH et si la violence entre ce groupe et un État tiers pouvait être considérée comme atteignant le degré d'intensité requis, alors cette situation pourrait être classifiée comme conflit armé non international. Par conséquent, les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités s'appliqueraient aux parties. Dans ce cas de figure, il faudrait aussi déterminer la relation des deux États au sens du DIH, sur la base des règles pertinentes en matière de classification des conflits armés entre États.

Les scénarios touchant à l'éventuelle extension de l'applicabilité du DIH au territoire d'États non belligérants que nous avons vus plus haut ne sont pas les seuls envisageables¹⁴. Comme déjà mentionné, ils ont été esquissés pour placer les orientations fournies sur certains points juridiques clés dans un contexte. L'interprétation juridique de tout scénario particulier non seulement dépendra fortement des faits, mais aussi nécessitera inévitablement de tenir compte d'un ensemble de faits extrêmement complexes.

3) Applicabilité du DIH au terrorisme et à la lutte contre le terrorisme

Ces dernières années ont été marquées par une nouvelle augmentation du nombre de groupes armés non étatiques se livrant à des actes de terrorisme, et par le ralliement consécutif de nombreux autres groupes armés non étatiques. Les États – et les Nations Unies – ont réagi à cette évolution en renforçant les mesures ou les lois antiterroristes existantes et en adoptant de nouvelles. Il ne fait aucun doute qu'il est légitime de prendre des mesures pour assurer la sécurité de l'État. Ce faisant, il est toutefois indispensable, pour protéger la vie et la dignité humaines, de maintenir les garanties prévues par le DIH et le droit international des droits de l'homme.

¹⁴ Deux questions spécifiques doivent être soulignées à cet égard. La première est celle du régime juridique qui serait applicable à tout emploi de la force contre des bases établies sur le territoire d'un État non belligérant par un groupe armé non étatique à des fins logistiques et de formation en lien avec un conflit armé non international en cours. La même question devrait être posée en ce qui concerne le régime juridique applicable à la prise pour cible de bases militaires appartenant à des États et situées sur le territoire d'États non belligérants à partir duquel sont conduites des opérations militaires en lien avec un conflit armé non international en cours. La deuxième question est celle du régime juridique applicable aux cyberattaques lancées par des groupes armés non étatiques contre d'autres groupes armés non étatiques à partir et au travers du territoire d'États non belligérants. Ces deux questions devront être examinées plus en détail à mesure de l'évolution de la pratique des États.

Les actions de lutte contre le terrorisme, conjuguées à un discours antiterroriste musclé dans les instances tant nationales qu'internationales, ont nettement contribué à estomper la distinction entre conflit armé et terrorisme, avec des effets néfastes potentiels pour le DIH. Il semble y avoir une tendance croissante parmi les États à considérer tout acte de violence commis par un groupe armé non étatique dans un conflit armé comme « terroriste » par définition, même lorsque de tels actes sont en fait licites au regard du DIH. Cette tendance va de pair avec le fait que, depuis longtemps, certains États s'inquiètent que la reconnaissance de l'existence d'un conflit armé sur leur territoire puisse conférer une « légitimité » aux groupes armés non étatiques concernés. Il en résulte un refus que de tels groupes qualifiés de « terroristes » puissent être parties à un conflit armé non international au sens du DIH. Toute cette évolution a replacé la question de la relation entre le DIH et le cadre juridique applicable au terrorisme au centre de l'attention.

Nécessité permanente de faire la distinction entre le DIH et le cadre juridique applicable au terrorisme

Le CICR a exposé sa position sur cette question dans son rapport précédent relatif au DIH et aux défis posés par les conflits armés contemporains présenté à la XXXI^e Conférence internationale. Compte tenu des tendances actuelles en matière de lutte contre le terrorisme, il vaut la peine d'en rappeler certains éléments. La présente section vise à fournir un bref rappel des raisons pour lesquelles, de l'avis du CICR, les régimes normatifs régissant les conflits armés et le terrorisme ne devraient pas être confondus.

Certes, le DIH et le cadre juridique applicable au terrorisme ont quelques bases communes – le DIH interdit expressément la plupart des actes qualifiés de « terroristes » dans les lois nationales et les conventions internationales relatives au terrorisme –, mais ces deux régimes juridiques demeurent fondamentalement différents. Ils ont des raisons d'être, des structures et des objectifs distincts.

Une différence cruciale est que, en termes juridiques, un conflit armé est une situation dans laquelle certains actes de violence sont considérés comme licites et d'autres illicites, alors que *tout* acte de violence qualifié de « terroriste » est toujours illicite. Le but ultime d'un conflit armé est de l'emporter sur les forces armées de l'ennemi. C'est pourquoi il est permis – ou, du moins, il n'est pas interdit – aux parties d'attaquer les objectifs militaires de la partie adverse ou les personnes qui ne bénéficient pas d'une protection contre les attaques directes. La violence dirigée contre ces objectifs n'est pas interdite par le DIH, qu'elle soit infligée par une partie étatique ou non étatique au conflit. Les actes de violence contre des personnes ou des biens civils, en revanche, sont illicites, l'un des principaux buts du DIH étant de protéger la population et les biens civils contre les effets des hostilités. Ainsi, le DIH régleme aussi bien des actes de violence licites que des actes de violence illicites.

Il n'existe pas de dichotomie similaire dans les normes régissant les actes de terrorisme. La caractéristique fondamentale de tout acte juridiquement qualifié de « terroriste » par le droit international ou la législation nationale est qu'il est toujours criminalisé : aucun acte de violence juridiquement désigné comme « terroriste » n'est, ou ne peut être, exempt de poursuites pénales.

L'une des autres principales différences entre ces cadres juridiques est le principe d'égalité des belligérants, en vertu duquel le DIH confère aux parties à un conflit armé les mêmes droits et obligations (même s'il n'en va pas de même dans la législation nationale). Ce principe reflète le fait que le DIH ne vise pas à déterminer la légitimité de la cause défendue par les belligérants. Il vise en revanche à assurer une protection égale aux personnes et aux biens touchés par un conflit armé, indépendamment de la licéité du premier recours à la force. À l'évidence, le cadre juridique régissant les actes de terrorisme ne contient pas de principe semblable. Dans ce contexte, il est important de rappeler que, bien que le DIH prévoie l'égalité des droits et obligations des belligérants dans la conduite des hostilités et le traitement des personnes en leur pouvoir, il ne confère aucune légitimité aux groupes armés non étatiques qui sont parties à un conflit armé non international. L'article 3 commun énonce explicitement que l'application de ses dispositions par les parties au conflit « n'aura pas d'effet sur le statut juridique des[dites] Parties au conflit ». Le Protocole additionnel II contient une disposition similaire qui préserve la souveraineté des États et leur responsabilité de maintenir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes (article 3 du Protocole additionnel II).

Ce qui précède ne signifie pas qu'il ne puisse pas exister de chevauchements entre le DIH et le régime juridique applicable au terrorisme. Le DIH interdit tant les actes spécifiques de terrorisme commis dans les conflits armés que, en tant que crimes de guerre, divers autres actes de violence lorsqu'ils sont commis contre des civils ou des biens de caractère civil. Si les États choisissent en plus de considérer de tels actes comme « terroristes » dans leur législation nationale ou en vertu du droit international, alors en effet ces actes seront doublement criminalisés.

Les actes qui ne sont pas interdits par le DIH – comme les attaques contre des objectifs militaires ou des personnes qui ne bénéficient pas d'une protection contre les attaques directes – ne devraient pas être qualifiés de « terroristes » au niveau international ou national (bien qu'ils puissent toujours être criminalisés par la législation nationale ordinaire applicable aux conflits armés non internationaux). Les attaques contre des cibles légitimes sont l'essence même d'un conflit armé et ne devraient pas être qualifiées de « terroristes » en vertu d'un autre régime juridique. Cela impliquerait que de tels actes doivent être criminalisés en vertu de ce cadre juridique, ce qui créerait pour les États des obligations contradictoires au niveau international. Une telle situation ne correspondrait pas à la réalité des conflits armés et serait contraire à la raison d'être du DIH, qui n'interdit pas les attaques contre des cibles légitimes.

Ajouter une strate supplémentaire d'incrimination, c'est-à-dire qualifier de « terroristes » des actes qui ne sont pas interdits par le DIH, peut aussi dissuader les groupes armés non étatiques parties à un conflit armé non international de respecter cette branche du droit. Si, quels que soient les efforts dont ils peuvent faire preuve pour respecter le DIH, toutes leurs actions sont jugées illicites, cela porterait atteinte à toute volonté qu'ils pourraient avoir de se battre conformément aux règles du DIH. En outre, qualifier de « terroristes » des actes qui sont licites en vertu du DIH compliquerait vraisemblablement la mise en œuvre de l'article 6, paragraphe 5, du Protocole additionnel II – dont l'objectif est d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui ont participé aux hostilités sans avoir commis de graves violations du DIH. Pour des raisons évidentes, la perspective d'une amnistie serait amoindrie si même des actes de guerre licites étaient qualifiés d'actes de terrorisme, ce qui au bout du compte pourrait faire obstacle aux négociations de paix et aux efforts de réconciliation.

Le DIH, la dite « guerre contre le terrorisme » et la portée géographique des conflits armés

Comme cela a déjà énoncé à de nombreuses reprises, le CICR considère que, d'un point de vue juridique, il n'existe pas de « guerre contre le terrorisme ». Pour ce qui est des divers conflits armés et des nombreuses mesures antiterroristes prises aux niveaux national et international, il adopte une approche au cas par cas afin d'analyser et de déterminer la classification juridique des différentes situations de violence. En ce sens, la lutte contre le terrorisme implique, hormis l'emploi de la force dans certaines circonstances, l'emploi d'autres mesures comme la collecte de renseignements, les sanctions financières et la coopération judiciaire.

Quand la force armée est utilisée, seuls les faits sur le terrain comptent pour déterminer la classification juridique d'une situation de violence. Certaines situations peuvent être qualifiées de conflit armé international, d'autres de conflit armé non international, tandis que de nombreux actes de violence n'entrent dans aucune catégorie de conflit armé faute de satisfaire au critère du lien.

S'agissant du phénomène des groupes armés qui sont perçus comme ayant une portée mondiale, comme Al-Qaida ou le groupe État islamique, le CICR ne partage pas l'avis selon lequel un conflit armé d'ampleur mondiale est ou a été en cours. Pour commencer, cela nécessiterait l'existence d'une partie non étatique formant une « unité » opposée à un ou plusieurs États. Sur la base des faits disponibles, les éléments ne sont pas suffisants pour considérer le « noyau » d'Al-Qaida et ses groupes associés dans d'autres régions du monde comme une partie unique au sens du DIH. La même argumentation s'applique pour l'heure au groupe État islamique et aux groupes affiliés.

En outre, comme nous l'avons déjà dit précédemment¹⁵, le CICR ne partage pas l'avis selon lequel l'applicabilité du DIH s'étend au-delà du territoire des parties au conflit de manière à autoriser la prise pour cible d'individus associés à des groupes armés dans le monde. Il considère que les conflits armés non internationaux sont confinés au territoire de chaque partie. Si des conflits armés non internationaux peuvent se propager à des pays voisins en raison de la continuité des hostilités, ils ne peuvent pas s'étendre à des pays tiers. Le CICR est d'avis que les critères de l'intensité et du degré d'organisation constitutifs d'un conflit armé non international au sens du DIH devraient être remplis sur le territoire de chaque État tiers pour déclencher l'applicabilité du DIH.

Le DIH et les « combattants étrangers »

Le phénomène des « combattants étrangers » – des ressortissants d'un pays qui se rendent à l'étranger pour combattre aux côtés d'un groupe armé non étatique sur le territoire d'un autre État – s'est développé de façon exponentielle ces dernières années. Pour étouffer la menace émanant de ces combattants étrangers, les États – en particulier dans le cadre du Conseil de

¹⁵ Voir la section II.2 sur la couverture géographique de l'applicabilité du DIH.

sécurité des Nations Unies – ont pris diverses mesures, dont l'emploi de la force, la détention (pour terrorisme notamment) et les interdictions de voyager.

Si la plupart des mesures prises pour empêcher des individus de rejoindre les rangs de groupes armés non étatiques ou pour atténuer la menace que ceux-ci peuvent constituer à leur retour relèvent du maintien de l'ordre, la question de l'applicabilité du DIH, lorsqu'il y a lieu, ne devrait pas être négligée. Or il est à relever que peu d'attention a été accordée à la façon dont le DIH traite le phénomène des combattants étrangers.

La notion de « combattant étranger » n'est pas un terme technique de DIH. L'applicabilité du DIH à une situation de violence dans laquelle de tels combattants peuvent être engagés dépend de la réalité sur le terrain et du fait que certaines conditions juridiques découlant des normes pertinentes du DIH, en particulier les articles 2 et 3 communs, soient remplies. En d'autres termes, le DIH régit les actes des combattants étrangers, ainsi que toute mesure y relative, si ces combattants ont un lien avec un conflit armé en cours.

Les normes pertinentes du DIH relatives à la conduite des hostilités régissent le comportement des combattants étrangers, quelle que soit leur nationalité, dans les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux. Les combattants étrangers sont par conséquent soumis aux mêmes principes et règles de DIH que ceux qui s'appliquent de façon contraignante à tous les autres belligérants.

En ce qui concerne la détention, la nationalité a une incidence sur le statut de « personne protégée » dans un conflit armé international mais pas dans un conflit armé non international. En vertu de la III^e Convention de Genève, la nationalité n'entre pas en ligne de compte pour déterminer si une personne peut être qualifiée de combattant dans un conflit armé international, mais peut être importante pour déterminer si un État accordera le statut de prisonnier de guerre à ses propres ressortissants capturés alors qu'ils combattaient pour une armée étrangère (la pratique des États en la matière est variable).

La nationalité est un critère décisif pour déterminer si une personne détenue bénéficiera du statut de « personne protégée » au titre de la IV^e Convention de Genève. Cet instrument, par ses termes exprès (article 4), ne s'applique pas aux ressortissants de l'État détenteur ni aux ressortissants d'États neutres ou co-belligérants, sauf s'il n'existe pas de représentation diplomatique « normale » entre ces États et l'État détenteur. Dans une situation d'occupation, les ressortissants d'États neutres, ainsi que les ressortissants d'États co-belligérants, doivent bénéficier du statut de « personne protégée », à moins qu'il existe une représentation diplomatique normale entre l'État co-belligérant et la puissance occupante. Quoi qu'il en soit, si un combattant étranger ne se voit pas octroyer le statut de prisonnier de guerre ou de personne protégée au titre de la III^e ou de la IV^e Convention de Genève, ce pour une question de nationalité, il bénéficiera toujours du « filet de protection » fourni par l'article 75 du Protocole additionnel I, en vertu du droit conventionnel ou du droit coutumier.

La nationalité n'a aucune incidence sur le statut des combattants étrangers dans les conflits armés non internationaux (puisque'il n'existe pas de statut de prisonnier de guerre ou de personne protégée dans ce type de conflits armés) ou sur les formes de protection juridique dont bénéficieront ces combattants en cas de capture. Les combattants étrangers hors de

combat jouiront ainsi des garanties de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II, le cas échéant, ainsi que des garanties fournies par les normes du droit coutumier.

Enfin, les combattants étrangers sont souvent assimilés à des mercenaires. En vertu du DIH, la notion de « mercenaire » n'existe que dans les conflits armés internationaux, et sa seule conséquence est la perte du statut de prisonnier de guerre¹⁶. Cela étant dit, les combattants étrangers peuvent correspondre à la définition du concept de « mercenaire » au sens des législations nationales interdisant le mercenariat.

Le rôle du CICR en ce qui concerne les combattants étrangers est similaire à celui qu'il joue par rapport à toute autre personne capturée ou détenue en relation avec un conflit armé. Si des combattants étrangers sont détenus dans un conflit armé international et remplissent les conditions pour bénéficier du statut de prisonnier de guerre ou de personne protégée au titre de la III^e ou de la IV^e Convention de Genève, le CICR doit être autorisé à accéder à ces combattants. Si des combattants étrangers sont détenus dans le cadre d'un conflit armé non international, le CICR peut offrir ses services humanitaires à la partie détentrice et visiter ces combattants avec l'accord des autorités compétentes.

Criminalisation potentielle de l'action humanitaire

Le risque de criminalisation de l'action humanitaire, déjà exposé en détail dans le rapport de 2011 sur les défis posés par les conflits armés contemporains, demeure source de préoccupation pour le CICR. C'est pourquoi il mérite d'être à nouveau évoqué ici, quoique brièvement. La désignation comme « terroriste » d'un groupe armé non étatique partie à un conflit armé non international a de fortes chances d'entraîner l'inscription de ce groupe sur les listes d'organisations terroristes interdites qui sont tenues par les Nations Unies, des organisations régionales et des États. Dans la pratique, cette situation peut avoir un effet dissuasif sur les organisations humanitaires ou autres qui mènent des activités d'assistance, de protection et d'autres activités dans les zones de guerre. Elle est susceptible de rendre pénalement répréhensible l'action de divers acteurs humanitaires et de leur personnel et de créer des obstacles au financement de l'action humanitaire. L'interdiction, dans certaines législations pénales, d'actes non précisés d'« appui matériel », de « services » et d'« assistance » à des organisations terroristes ou d'« association » avec de telles organisations pourrait ainsi, dans la pratique, aboutir à la criminalisation des activités essentielles des organisations humanitaires et de leur personnel, activités qui visent à répondre aux besoins des victimes des conflits armés et de situations de violence inférieures au seuil du conflit armé. Au nombre de ces activités figureraient notamment : les visites et l'assistance matérielle à des détenus soupçonnés d'appartenir à une organisation terroriste ou condamnés pour ce chef d'accusation ; le fait de faciliter les visites familiales à ces détenus ;

¹⁶ Dans ce contexte, il convient de rappeler que le critère devant être rempli pour qu'une personne soit considérée comme un mercenaire en vertu du Protocole additionnel I (article 47) est rarement rempli dans la pratique. Il convient également de rappeler que le champ d'application, la définition et les obligations énoncés dans la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (adoptée le 4 décembre 1989, entrée en vigueur le 20 octobre 2001), 2163 UNTS 75, et la Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique (adoptée le 3 juillet 1977, entrée en vigueur le 22 avril 1985), OUA, doc. CM/433/Rev. L. Annexe 1 (1972), sont plus larges pour les États qui y sont parties.

la formation aux premiers secours ; les séminaires de chirurgie de guerre ; la diffusion du DIH auprès des membres de groupes d'opposition armés figurant sur des listes de terroristes ; l'assistance nécessaire pour pourvoir aux besoins essentiels de la population civile dans des régions contrôlées par des groupes armés associés au terrorisme ; et les vastes programmes d'assistance en faveur des déplacés internes, où il peut se trouver des personnes associées au terrorisme parmi les bénéficiaires.

Le risque de criminalisation de l'action humanitaire auprès de groupes armés non étatiques qualifiés d'« organisations terroristes » reflète sans doute une non-acceptation de la notion d'action humanitaire neutre, indépendante et impartiale, une approche que le CICR s'emploie à promouvoir dans ses activités sur le terrain. Le CICR est autorisé à proposer ses services en faveur des civils et des autres personnes touchées par un conflit armé qui se trouvent au pouvoir d'une partie non étatique ou sur un territoire contrôlé par une telle partie et, dans la pratique, il doit être libre de le faire.

Dans son rapport 2011, le CICR a fait valoir que les États devaient avoir davantage conscience de la nécessité d'harmoniser leurs politiques et leurs obligations juridiques dans les domaines respectifs de l'action humanitaire et de la lutte contre le terrorisme, afin de pouvoir dûment atteindre les objectifs visés dans l'un comme dans l'autre. Les recommandations qu'il avait formulées à cet égard demeurent pertinentes aujourd'hui. Il réaffirme par conséquent les points suivants :

- Les mesures internationales et nationales adoptées par les gouvernements en vue d'une répression pénale des actes de terrorisme devraient être conçues de telle façon qu'elles ne fassent pas obstacle à l'action humanitaire. En particulier, les législations créant les crimes d'« appui matériel », de « services » et d'« assistance » à des personnes ou entités impliquées dans le terrorisme ou d'« association » avec de telles personnes ou entités devrait exclure de leur portée les activités qui sont exclusivement de caractère humanitaire et impartial et sont menées sans aucune discrimination.
- S'agissant plus particulièrement du CICR, il devrait être reconnu que l'action humanitaire auprès de groupes armés non étatiques parties à un conflit armé non international est une tâche prévue et attendue de lui en vertu de l'article 3 commun, qui lui permet d'offrir ses services aux parties à un conflit armé non international. La criminalisation de l'action humanitaire serait donc contraire à la lettre et à l'esprit des Conventions de Genève de 1949, c'est-à-dire qu'une formulation large interdisant « services » et « appui » au terrorisme pourrait mettre le CICR dans l'impossibilité de s'acquitter de son mandat conventionnel (et statutaire) dans des contextes où les groupes armés non étatiques parties à un conflit armé non international seraient qualifiés d'« organisations terroristes ».

III. DI

Les opérations de paix faisant intervenir des forces multinationales sont en augmentation depuis quelques années¹⁷. Les opérations des Nations Unies en République démocratique du

¹⁷ Il n'existe pas de définition précise des opérations de paix en droit international public. Les termes « opérations de paix », « opérations de soutien à la paix », « opérations de maintien de la paix » et « opérations d'imposition de la paix » ne figurent pas dans la Charte des Nations Unies (adoptée le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945) (ci-après la Charte des Nations Unies). Ils peuvent être diversement interprétés et sont parfois employés indifféremment les uns des autres. Pour les besoins de cette section, le terme « opérations de paix » couvre les opérations de maintien et d'imposition de la paix conduites par des organisations internationales, des

Congo, en République centrafricaine et au Mali, celles de l'OTAN en Libye et en Afghanistan, et l'opération de l'Union africaine en Somalie en sont quelques exemples. L'alliance de la « robustesse » des mandats parfois confiés par la communauté internationale aux forces multinationales et des contextes violents dans lesquels celles-ci se déploient accroît la probabilité qu'elles soient appelées à user de la force militaire, ce qui conduit à s'interroger sur le moment et la manière dont le DIH s'applique à leurs actions.

Les conditions de l'applicabilité du DIH aux forces multinationales

La question de savoir si les forces multinationales peuvent être, en tant que telles, parties à un conflit armé suscite de nombreux débats. Les récentes opérations de paix ont donné lieu à l'élaboration de concepts juridiques suggérant que les conditions qui déclenchent l'applicabilité du DIH peuvent être différentes en cas d'intervention de certaines forces multinationales¹⁸. Dans un tel cas, le DIH ne s'appliquerait pas, s'appliquerait différemment ou ne s'appliquerait qu'en application d'une politique à ces forces.

En réponse à ces vues, il faut souligner que le DIH n'empêche pas des forces multinationales d'être parties à un conflit armé si les conditions de l'applicabilité de ses normes sont réunies. D'autre part, les vues ci-dessus ignorent ou éliminent la distinction établie de longue date en droit international entre le *jus in bello* et le *jus ad bellum*, distinction qui est fermement ancrée dans le droit des traités mais aussi dans la jurisprudence nationale et internationale. Du fait de cette distinction, l'applicabilité du DIH aux forces multinationales, comme à tout autre acteur, dépend exclusivement des circonstances sur le terrain, indépendamment du mandat international qui peut leur avoir été confié ou du terme employé pour désigner leurs opposants potentiels.

Les forces multinationales étant le plus souvent déployées dans des zones de conflit, il est essentiel de déterminer à quel moment elles peuvent être considérées comme des belligérants au regard du DIH. À cet égard, certains débats juridiques sur l'applicabilité du DIH aux forces multinationales ont été marqués par des tentatives récurrentes de relever son seuil d'applicabilité. D'aucuns ont notamment affirmé que lorsque des forces multinationales (en particulier les forces de l'ONU) interviennent, le degré d'intensité à partir duquel la violence peut être qualifiée de conflit armé doit être plus élevé.

Le point de vue du CICR, qui a été exprimé à diverses occasions, est que les critères pour déterminer si des forces multinationales sont impliquées dans un conflit armé sont identiques à ceux qui s'appliquent en toute autre situation analogue, que le conflit armé ait un caractère international ou non international. D'autres positions sembleraient manquer de base juridique en DIH car l'« approche du seuil plus élevé » est introuvable dans le droit des traités et ne repose sur aucune pratique généralisée. Dès lors, la détermination de l'applicabilité du DIH aux forces multinationales doit exclusivement reposer sur les critères réguliers pour les conflits armés et qui découlent des normes pertinentes du DIH, notamment des articles 2 et 3 communs.

Les opérations de paix contemporaines montrent que les forces multinationales interviennent souvent dans un conflit armé non international préexistant en apportant un soutien aux forces armées d'un État sur le territoire duquel se déroule le conflit. Cette assistance revêt rarement

organisations régionales ou des coalitions d'États agissant au nom de la communauté internationale en application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée en vertu des chapitres VI, VII ou VIII de la Charte des Nations Unies. Bien que la majorité des opérations de paix soient placées sous le commandement et le contrôle de l'ONU ou de l'OTAN, cette section garde également à l'esprit le rôle croissant joué par d'autres organisations internationales telles que l'UA ou l'UE. Le terme « forces multinationales » décrit les forces armées mises à la disposition d'une opération de paix par des pays déployant des troupes.

¹⁸ Ces notions juridiques étaient souvent basées sur le fait que les forces multinationales opèrent au nom de la communauté internationale et en vertu d'un mandat du Conseil de sécurité des Nations Unies.

la forme d'opérations cinétiques à part entière contre un ennemi clairement identifié, mais plutôt celle d'un usage sporadique de la force, d'un soutien logistique, d'activités de renseignement au profit de l'État territorial ou de la participation à la préparation et à la coordination des opérations militaires exécutées par les forces armées de l'État territorial.

Cette tendance soulève d'importantes questions de droit : quel est le statut juridique au regard du DIH des forces multinationales qui apportent ce soutien ? Le DIH s'applique-t-il à ces forces dans ce scénario ? La complexité des questions tient principalement au fait que, dans certains cas, le soutien apporté par des forces multinationales n'atteint pas en lui-même le seuil d'intensité requis pour les conflits armés non internationaux.

Cette situation a conduit à s'interroger sur le fait de savoir si, même si l'intervention de forces multinationales ne remplit pas elle-même le critère d'intensité requis pour les conflits armés non internationaux, la nature de leur engagement dans un conflit armé non international préexistant pourrait en faire des parties à ce conflit.

Le CICR est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si, en elles-mêmes, les actions des forces multinationales (ou, de manière générale, d'États agissant à titre individuel) remplissent les critères pour conclure à l'existence d'un conflit armé non international, car ceux-ci auront déjà été remplis par le conflit armé non international préexistant. Quant à savoir si le DIH gouvernera leurs opérations dans une telle situation, la réponse ne réside que dans la nature des fonctions de soutien apportées par les forces multinationales. Par conséquent, une « approche fondée sur le soutien » consiste à lier au DIH les actions de forces multinationales qui font objectivement partie intégrante du conflit armé non international préexistant.

Dans une approche fondée sur le soutien, il ne suffit pas qu'un soutien soit apporté pour que les forces multinationales soient parties à un conflit armé non international préexistant. L'élément décisif serait la contribution de ces forces à la conduite collective des hostilités. Cette approche opère une nette distinction entre les formes de soutien ayant un impact direct sur la capacité de la partie opposante à mener des opérations militaires et les formes de soutien plus indirectes, qui permettraient au bénéficiaire de renforcer ses capacités militaires. Seul le premier type de soutien ferait des forces multinationales des parties à un conflit armé non international préexistant.

Dans une approche fondée sur le soutien, le DIH s'appliquerait aux forces multinationales lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies : 1) présence d'un conflit armé non international préexistant sur le territoire où les forces multinationales sont appelées à intervenir ; 2) des actions relatives à la conduite des hostilités sont engagées par des forces multinationales dans le contexte du conflit préexistant ; 3) les opérations militaires des forces multinationales sont conduites en soutien (voir description plus haut) à une partie au conflit préexistant ; et 4) l'action en question est engagée en vertu d'une décision officielle du pays qui déploie des troupes ou de l'organisation concernée pour soutenir une partie impliquée dans le conflit préexistant.

La réalisation des critères ci-dessus devrait permettre de déterminer clairement l'existence d'une réelle intention belligérante¹⁹ de la part des forces multinationales. La situation qui en résulte démontrerait qu'elles participent effectivement à des opérations militaires ou à d'autres actions hostiles visant à neutraliser le personnel et les biens militaires de l'ennemi, à gêner ses opérations militaires ou à contrôler des parties de son territoire.

Pour le CICR, l'approche fondée sur le soutien aide à préciser les contours de la notion de conflit armé non international. Elle éclaire l'interprétation à donner de cette notion

¹⁹ Sur la notion d'intention belligérante, voir note 3 *supra*.

conformément à la logique du DIH et à l'obligation impérative de ne pas brouiller la distinction entre combattants et civils et de maintenir le principe d'égalité des belligérants.

Identifier les parties à un conflit armé

Dès lors que des forces multinationales interviennent dans un conflit armé, il est important d'identifier qui, parmi les participants à une opération multinationale, doit être considéré comme une partie au conflit : les pays qui déploient des troupes ? L'organisation internationale/régionale sous le commandement et le contrôle de laquelle opèrent les forces multinationales ? Ou les deux ? On a prêté peu d'attention à ces questions jusqu'ici alors qu'elles sont essentielles, compte tenu des conséquences juridiques en jeu.

Les organisations internationales intervenant dans des opérations de paix ont en partage une même caractéristique : elles ne disposent pas de forces armées propres ; pour qu'elles puissent mener ces opérations, les États membres doivent mettre des forces armées à leur disposition. Lorsqu'ils mettent des troupes à la disposition d'une organisation internationale, les pays conservent toujours une forme d'autorité et de contrôle sur leurs forces de sorte que, tout en opérant pour le compte d'une organisation internationale, celles-ci continuent simultanément d'agir comme des organes de leurs États respectifs. Le double statut des forces armées intervenant dans des opérations multinationales conduites sous les auspices d'une organisation internationale – organes des pays déployant des troupes et de l'organisation internationale – complique considérablement l'identification des parties au conflit armé.

Pour identifier les parties, il est nécessaire de déterminer l'entité – l'organisation internationale et/ou les pays déployant des troupes – à laquelle peuvent être attribués les actes de guerre exécutés par les forces multinationales. Le DIH est silencieux sur la question de l'attribution. Il ne prévoit aucun critère spécifique pour attribuer des actions conduites par des forces multinationales à un titulaire d'obligations internationales en particulier. Faute de tels critères dans le DIH, ce sont les règles générales du droit international sur l'attribution qui s'appliquent.

Dans cet ensemble de normes internationales, la notion de contrôle est essentielle²⁰. Autrement dit, l'identification des parties à un conflit armé dans le contexte d'opérations multinationales suppose d'examiner le niveau de contrôle exercé par l'organisation internationale sur les troupes mises à sa disposition.

La réponse à cette question complexe passe par l'analyse des dispositions de commandement et de contrôle (« C2 » dans le langage militaire) et des niveaux correspondants d'autorité en vigueur dans les opérations multinationales. Il n'existe pas d'approche universelle répondant à tous les cas de figure ; la structure de commandement et de contrôle diffère d'une opération à l'autre et d'une organisation internationale à une autre. Néanmoins, il n'est pas contesté que les pays déployant des troupes ne délèguent pas le « commandement intégral » aux organisations internationales concernées et qu'ils ne transfèrent en général que le « commandement opérationnel » ou le « contrôle opérationnel ». Sur le plan juridique, il s'ensuit qu'une organisation internationale sous les auspices de laquelle une opération multinationale est conduite aura généralement le contrôle requis – au sens qu'ont ces termes en droit international – sur les opérations militaires menées par les troupes mises à sa disposition.

En ce qui concerne les opérations multinationales placées sous le commandement et le contrôle de l'ONU, une analyse de la doctrine de l'ONU alliée à un examen de son application pratique dans différents contextes montre qu'en dépit des multiples réserves émises par les pays déployant des troupes et de leur interférence potentielle dans la chaîne de

²⁰ Les débats se poursuivent, en raison notamment d'une jurisprudence internationale divergente, sur l'opportunité d'appliquer un critère de « contrôle effectif » ou un « contrôle global ».

commandement de l'ONU, celle-ci exerce généralement le contrôle requis sur ses opérations militaires. Par conséquent, dans des opérations militaires menées sous le commandement et le contrôle de l'ONU, il existe une présomption que seule la mission de l'ONU, et non les pays déployant des troupes (et encore moins les États membres de l'ONU) doit être considérée comme une partie à un conflit armé lorsque les forces de l'ONU sont entraînées dans des hostilités pouvant être classifiées comme telles.

La situation est plus complexe en revanche en ce qui concerne les opérations multinationales conduites par l'OTAN. En raison de la complexité et de la spécificité de l'architecture de commandement et de contrôle des opérations de l'OTAN, le CICR pense qu'en principe, lorsque des troupes de l'OTAN sont engagées dans un conflit armé, ce n'est pas seulement l'organisation qui y est partie. Les dispositions de commandement et de contrôle de l'OTAN – telles que mises en œuvre par exemple en Afghanistan ou en Libye – révèlent que l'implication au niveau stratégique, opérationnel et tactique des États qui déploient des troupes est telle qu'ils ont clairement le pouvoir et la capacité d'influencer et d'intervenir à tous les niveaux et à tous les stades des opérations militaires de l'OTAN. Ils sont si étroitement associés à la structure de commandement et de contrôle de l'OTAN qu'il est pratiquement impossible de discerner qui, de l'OTAN elle-même ou des pays qui déploient des troupes, exerce le contrôle global et effectif sur les opérations militaires. C'est pourquoi les opérations menées par l'OTAN doivent en principe être attribuées simultanément à l'organisation internationale et aux pays qui déploient des troupes. Du point de vue du DIH, il en résulte logiquement que l'OTAN et les pays déployant des troupes (mais pas tous les États membres de l'OTAN) doivent être considérés comme des parties au conflit armé. De plus, puisqu'il est difficile en pratique et en droit d'établir des distinctions sur le statut juridique, au regard du DIH, des États qui participent à ces opérations, le CICR estime que la conduite d'activités militaires dans le cadre d'une opération de l'OTAN, en particulier si celles-ci font partie intégrante de la conduite collective des hostilités, confère le statut de belligérants aux pays qui déploient des troupes. Dans ces circonstances, il existe une présomption, quoique réfragable, selon laquelle les États participant à une opération de l'OTAN qui atteint le seuil d'un conflit armé – et l'OTAN elle-même – ont le statut de parties au conflit armé.

Le champ d'application personnel du DIH dans le contexte d'opérations multinationales

La question du champ d'application personnel du DIH est particulièrement importante dans le cas d'opérations multinationales « multidimensionnelles » ou « intégrées ». Les missions de ces opérations peuvent comporter non seulement des opérations militaires contre des ennemis désignés mais aussi la participation à la gouvernance économique, à l'administration civile, à l'état de droit, aux efforts de désarmement, de démobilisation et de réintégration, aux processus politiques, à la promotion et la protection des droits de l'homme ainsi qu'à l'aide humanitaire. Pour mener à bien ces missions, les opérations multinationales « intégrées » recourent à du personnel militaire, policier et civil. La réalisation des différents objectifs d'une mission multinationale devenue partie à un conflit armé soulèvera inévitablement des questions quant au statut des différents membres de leur personnel au regard du DIH.

Le personnel d'une opération multinationale doit être divisé en différentes catégories pour évaluer l'étendue de la protection apportée à chacune par le DIH. Pour cela, la situation des personnels militaires, civils et policiers doit être analysée séparément.

Les membres de la composante militaire d'une opération multinationale intervenant dans un conflit armé doivent être distingués du reste du personnel de la mission. Dès lors que les personnels militaires s'engagent dans un conflit armé, ils deviennent des « combattants » aux fins du principe de distinction. En conséquence, indépendamment de leur fonction au sein de la composante militaire, ils perdent leur protection contre les attaques tant que l'opération

multinationale est partie au conflit armé. Leur statut de cibles légitimes au regard du DIH s'applique à l'intégralité du contingent militaire, même si les forces de l'opération sont composées d'unités envoyées par différents pays déployant des troupes et même s'ils accomplissent des tâches différentes dans le cadre de la mission. Leur statut en DIH est déterminé par la classification de la situation et conformément aux normes du DIH.

Les personnels civils intervenant dans la gouvernance économique/politique, la promotion/protection des droits de l'homme ou l'assistance humanitaire doivent être considérés comme des civils aux fins du DIH, indépendamment du fait que l'opération multinationale constitue une partie au conflit armé. La composante civile d'une opération multinationale doit être en effet distinguée de sa composante militaire. Les personnels civils resteront donc protégés des attaques directes et bénéficieront de la protection que le DIH accorde aux civils, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

En ce qui concerne la composante policière d'une opération multinationale, la situation peut varier en fonction de l'usage qu'en fait le commandement de l'opération. Dans la grande majorité des cas, les tâches des personnels policiers se bornent aux activités habituelles de maintien de l'ordre et n'ont aucun lien avec les opérations militaires qui peuvent être engagées par la composante militaire. Tant qu'ils sont cantonnés au maintien de l'ordre, les personnels policiers doivent être considérés comme des civils, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

Dans des circonstances exceptionnelles, le personnel policier d'une opération multinationale (ou plus probablement une partie du personnel policier) peut être amené – sur décision formelle ou informelle du commandement d'une opération – à apporter un soutien militaire à la composante militaire dans des opérations menées contre un groupe armé non étatique partie à un conflit armé non international. Les membres des unités policières ainsi engagées assumeront de la sorte les fonctions de forces armées sous le commandement d'une partie au conflit armé. De ce fait, les personnels policiers des unités qui ont reçu instruction d'engager une action de combat (mais seulement ces personnels) perdront leur immunité contre les attaques directes jusqu'à ce qu'ils quittent leur unité ou soient durablement déchargés des opérations militaires engagées par la composante militaire.

Enfin, l'expérience récente montre que des entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP) peuvent être recrutées pour exécuter des tâches pour le compte de pays déployant des troupes ou d'organisations internationales impliquées dans des opérations multinationales. À cet égard, il convient d'appliquer une approche analogue à celle adoptée au regard de la composante policière. S'il est incorporé à des forces multinationales parce qu'on lui assigne une fonction de combat continue, le personnel d'une EMSP n'est plus considéré comme civil et devient une cible légitime au regard du DIH pour la durée de cette mission.

Forces multinationales et obligation de respecter et de faire respecter le DIH

Comme il est indiqué plus haut, les opérations multinationales contemporaines sont souvent conduites en appui aux forces armées d'un État « hôte » qui se bat contre un ou plusieurs groupes armés non étatiques. Ces opérations multinationales étant conduites par une coalition d'États ou par des États qui ont mis leurs troupes à la disposition d'une organisation internationale, l'obligation de respecter et de faire respecter le DIH est d'autant plus pertinente. Pour le CICR, cette obligation lie les États qui prennent part à des opérations multinationales ainsi que les organisations internationales sous les auspices desquelles les opérations multinationales sont engagées.

La participation à une opération multinationale n'exonère pas les États de l'obligation que leur impose l'article premier commun aux Conventions de Genève de 1949 de respecter et de faire

respecter le DIH. Dans la mesure où ils conservent toujours un certain degré d'autorité sur leurs contingents nationaux, les pays qui déploient des troupes doivent continuer à s'assurer que leurs contingents nationaux respectent le DIH. Ils peuvent en particulier remplir la branche « interne » de l'obligation de faire respecter le DIH en veillant à ce que leurs troupes soient correctement formées et équipées et reçoivent une instruction appropriée, et en exerçant sur elles des pouvoirs disciplinaires et judiciaires.

En outre, la complexité des opérations multinationales n'altère pas la validité de l'autre branche, « externe », de l'obligation prévue à l'article premier commun, en vertu de laquelle les États doivent faire respecter le DIH par les autres acteurs – États, organisations internationales ou groupes armés non étatiques – impliqués dans un conflit armé. À ce titre, les États doivent s'abstenir d'encourager, d'aider ou d'assister des violations du DIH (ce qui peut nécessiter de ne pas participer à une opération si elle risque de violer le DIH), mais aussi user de leur influence dans toute la mesure possible pour inciter les belligérants à respecter le DIH. Il est néanmoins admis que cette branche de l'obligation de faire respecter le DIH, c'est-à-dire d'user de leur influence, est une obligation de moyens qui requiert une diligence raisonnable. L'étendue exacte de cette obligation dépendra des circonstances qui prévalent dans chaque situation et des ressources dont dispose le débiteur de l'obligation, en particulier de sa capacité d'influence sur les (autres) belligérants.

Le CICR pense de même que de par leur « relation spéciale » et leurs liens militaires étroits, les États et les organisations internationales impliqués dans une opération multinationale sont dans une position privilégiée pour influencer les partenaires de la coalition et/ou la partie à laquelle un soutien est apporté afin de les persuader de mieux respecter le DIH.

Les opérations multinationales peuvent être considérées comme des tremplins facilitant la mise en œuvre de l'obligation de faire respecter le DIH. Le CICR a souvent insisté sur l'importance de faire respecter le DIH dans le contexte d'opérations multinationales et a régulièrement rappelé – à titre confidentiel ou publiquement, individuellement ou collectivement – aux pays déployant des troupes et aux organisations internationales leur obligation en vertu de l'article premier commun ou du droit international coutumier équivalent.

IV. L'étendue de la protection apportée par le DIH : questions choisies

1) Accès et assistance humanitaires

Internationaux ou non, les conflits armés entraînent toujours des perturbations dans la vie des civils. Lorsque, du fait des ravages et des privations causés par la guerre, la population civile est privée des biens et services essentiels, le DIH envisage qu'une assistance humanitaire sera nécessaire et régleme sa fourniture.

Dans la pratique, hormis les mesures que les belligérants peuvent prendre pour aider la population placée sous leur contrôle, l'action humanitaire menée par des organisations humanitaires impartiales, dont le CICR, demeure essentielle pour réduire les vulnérabilités et pallier aux besoins de personnes touchées par un conflit armé. Toutefois, pour être efficace, celle-ci doit pouvoir accéder rapidement et sans entraves aux personnes qui en ont besoin.

L'accès demeure un important défi pour de nombreuses organisations humanitaires. Les difficultés rencontrées peuvent être dues, entre autres, à un manque d'adhésion ou à un refus pur et simple, à des risques de sécurité, à des problèmes logistiques ou encore à des obligations administratives pesantes. En outre, comme l'ont montré certains conflits armés récents, on assiste à une politisation croissante de la question de l'aide humanitaire au niveau

international, ce qui amène certains belligérants à douter de la possibilité d'une action humanitaire neutre, impartiale et indépendante.

Les traités et les règles coutumières de DIH offrent un cadre relativement détaillé pour organiser l'accès aux personnes qui ont besoin d'une aide humanitaire et de protection en situation de conflit armé.

Bien que les règles pertinentes varient légèrement en fonction de la nature du conflit (conflit armé international sans occupation, occupation, conflit armé non international), on peut considérer que le cadre formé par le DIH gouvernant l'accès humanitaire est constitué de quatre « niveaux » indépendants. En vertu du premier, chaque partie à un conflit armé a l'obligation primaire de répondre aux besoins essentiels de la population sous son contrôle. Le deuxième niveau autorise les organisations humanitaires impartiales à offrir leurs services afin de mener des activités humanitaires, en particulier lorsque les besoins de la population touchée par un conflit armé ne sont pas satisfaits. Le troisième pose que les activités humanitaires impartiales entreprises dans le cadre d'un conflit armé sont généralement soumises au consentement des parties au conflit. Enfin, selon le quatrième niveau, dès lors que des actions de secours humanitaires impartiales ont été acceptées, les parties au conflit armé et les États non parties au conflit doivent permettre et faciliter le passage rapide et sans entrave des actions de secours, sous réserve de leur droit de contrôle. Le CICR considère que ces niveaux s'appliquent à toutes les formes d'opérations de secours humanitaires, y compris aux opérations impliquant le franchissement d'une ligne de front ou aux opérations « transfrontières »²¹.

Cette section ne peut suffire à présenter une étude approfondie de ces niveaux ; seuls quelques aspects juridiques essentiels sont analysés plus amplement ci-après.

Les actions menées par des organisations humanitaires impartiales sont complémentaires et ne diminuent en rien l'obligation primaire des belligérants de répondre aux besoins essentiels de ceux qui sont sous leur contrôle. Bien que cette obligation soit clairement exprimée dans les règles du DIH relatives à l'occupation, les dispositions du DIH relatives aux conflits armés internationaux (sans occupation) et non internationaux ne prévoient pas expressément de règle similaire. Le CICR estime néanmoins que dans ces situations, l'obligation des parties à un conflit armé de répondre aux besoins essentiels de la population qu'elles contrôlent se déduit de l'objet et du but du DIH.

Les articles 9/9/9/10 et 3 communs aux Conventions de Genève de 1949 établissent un droit d'initiative humanitaire par lequel les États ont expressément reconnu le rôle important que des organisations humanitaires impartiales telles le CICR ont à jouer pour répondre aux besoins humanitaire générés par les conflits armés internationaux et non internationaux. Concrètement, les organisations humanitaires impartiales ont le droit d'offrir leurs services et de déployer des activités humanitaires sans que les États considèrent ces actions comme une ingérence illicite dans leurs affaires intérieures ou comme un acte hostile. Dans ce contexte, il faut se garder de toute confusion entre les offres de services en vertu du DIH et les opérations de secours humanitaires entreprises ensuite, et le « droit d'intervention humanitaire » ou le « devoir de protection ». Ces deux dernières notions se distinguent des activités strictement humanitaires menées par des organisations humanitaires impartiales dans les paramètres du DIH.

²¹ Il faut souligner que bien que les termes d'opérations « transfrontières » ou d'opérations « consistant à traverser les lignes de front » soient souvent mentionnés depuis quelques temps, il ne s'agit pas de termes du DIH. Ces opérations sont régies par les règles du DIH applicables à tous les autres types d'opérations de secours humanitaires.

En DIH, seules les organisations impartiales et à caractère humanitaire sont expressément habilitées à offrir leurs services aux parties à un conflit armé – international ou non international. Bien que ce corpus de droit n'empêche pas d'autres acteurs, comme des États ou des organisations intergouvernementales, de faire des propositions similaires, leurs offres de services ne sont pas gouvernées par le DIH *en tant que tel* et ils ne peuvent revendiquer que celles-ci se fondent sur un droit d'initiative correspondant prenant sa source dans le DIH.

Aucune des dispositions pertinentes du DIH ne peut être interprétée comme limitant le droit des organisations humanitaires impartiales d'offrir leurs services. D'aucuns soutiennent que ces offres ne peuvent être faites que lorsque la population civile concernée ne dispose pas des biens essentiels à sa survie. Le CICR pense que soumettre les offres de services à une telle condition préalable serait clairement contraire à la lettre et à l'esprit du DIH.

Du point de vue de la portée, les offres de services faites par des organisations humanitaires impartiales doivent être interprétées comme recouvrant les activités humanitaires au sens large. Bien que le DIH ne définisse pas précisément la notion d'activités humanitaires, celles-ci ont clairement une double dimension d'assistance et de protection. Ce sont donc toutes celles qui visent à préserver la vie et la sécurité ou qui cherchent à rétablir ou à maintenir le bien-être physique et mental de victimes de conflits armés. D'autre part, les activités humanitaires doivent bénéficier à toutes les personnes qui peuvent avoir besoin d'assistance et/ou de protection du fait d'un conflit armé. Il s'ensuit que les États ne peuvent restreindre les activités aux civils ; ces activités doivent aussi profiter aux combattants blessés et malades, aux prisonniers de guerre, aux personnes autrement privées de leur liberté dans le contexte du conflit armé, et à d'autres.

Bien que le DIH accorde aux organisations humanitaires impartiales le droit de proposer leurs services humanitaires, ce droit ne doit pas être interprété comme un droit d'accès humanitaire ne souffrant aucune restriction (c'est-à-dire un droit de pouvoir entreprendre les activités humanitaires proposées en pratique). La capacité effective des organisations humanitaires impartiales à fournir leurs services dans des zones de conflit armé est en effet subordonnée à l'obtention du « consentement » des parties concernées. La notion de « consentement » pour les besoins de l'accès humanitaire a été au premier plan des débats juridiques liés aux récents conflits armés. Les vues du CICR sur la question ont été exposées dans un ouvrage publié par le CICR en 2014²².

Les règles du DIH qui gouvernent le consentement varient dans leur formulation et dans leur portée mais il est certain qu'indépendamment du type de conflit en jeu (conflit armé international sans occupation, occupation, conflit armé non international), les organisations humanitaires impartiales doivent obtenir le consentement des parties au conflit avant de pouvoir opérer et entreprendre des activités humanitaires sur les territoires placés sous la juridiction ou le contrôle des parties.

Dans les conflits armés internationaux, les dispositions pertinentes du DIH prévoient que le seul consentement requis est celui des États parties au conflit qui sont « concernés » du fait que les activités humanitaires proposées doivent être engagées sur leur territoire. Il est entendu qu'il n'est pas nécessaire de demander le consentement de la partie opposante pour des opérations de secours intervenant sur le territoire de l'adversaire ou sur le territoire qu'il contrôle.

L'article 3 commun est silencieux sur la partie qui doit donner son consentement aux opérations de secours humanitaires dans des conflits armés non internationaux. D'aucuns ont soutenu – à propos de récents conflits armés non internationaux – que les actions

²² *CICR Q&A and lexicon on humanitarian access*, juin 2014, disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org/eng/assets/files/2014/icrc-q-and-a-lexicon-on-humanitarian-access-06-2014.pdf

humanitaires engagées dans des zones contrôlées par des groupes armés non étatiques ne requièrent que le consentement de ces groupes et pas celui de l'État sur le territoire duquel cette action doit intervenir. Cependant, le CICR considère que la réponse à la question de l'identité de la partie dont il faut obtenir le consentement dans les conflits armés non internationaux gouvernés par l'article 3 commun doit se fonder sur les indications apportées par l'article 18(2) du Protocole additionnel II, qui requiert expressément le consentement de la Haute Partie contractante concernée²³. Le consentement doit donc être recherché auprès de l'État sur le territoire duquel un conflit armé non international se déroule, y compris pour les activités de secours à entreprendre dans des zones dont l'État a perdu le contrôle. En tout état de cause, pour des raisons pratiques, le CICR solliciterait aussi le consentement de toutes les parties au conflit armé non international concernées (y compris les groupes armés non étatiques qui y sont parties) avant de déployer ses activités humanitaires.

Si l'accès aux fins des activités humanitaires et la mise en œuvre de ces activités dépendent du consentement des parties à un conflit armé, leur décision de consentir aux opérations de secours n'est pas discrétionnaire. Comme toujours, le DIH trouve un délicat équilibre entre les intérêts des parties et les impératifs humanitaires, et n'est pas totalement déférent à l'égard de la souveraineté des États lorsqu'il s'agit d'opérations de secours.

La possibilité pour une partie à un conflit armé de rejeter légalement une offre de services humanitaires est intrinsèquement liée à sa capacité de remplir son obligation primaire de répondre aux besoins essentiels de la population sous son contrôle. Lorsqu'elle est incapable de remplir cette obligation ou ne le souhaite pas et si une organisation humanitaire impartiale a proposé ses services, il semble qu'il n'y ait pas de motifs valables pour refuser le consentement. Il est donc possible que dans certaines circonstances, le DIH impose à une partie à un conflit d'accepter une offre de services (voir par exemple, l'article 59 de la IV^e Convention de Genève : « ... la Puissance occupante acceptera ... »).

En DIH, la nécessité militaire impérieuse n'est pas un motif licite pour refuser des offres valables de services humanitaires. Elle ne peut être invoquée que pour limiter temporairement le périmètre géographique des activités ou pour restreindre les mouvements du personnel de secours lorsque le consentement aux opérations de secours a été donné (voir ci-dessous). Une offre de services peut être déclinée lorsqu'il n'y a pas de besoins ou que les activités proposées n'ont pas un caractère humanitaire ou encore lorsque l'offre n'émane pas d'une organisation humanitaire impartiale. Le DIH ne prévoit pas d'autres motifs qui justifieraient un refus de consentement à des opérations de secours en tant que telles.

L'expression « refus arbitraire de consentement aux opérations de secours » a été récemment employée pour décrire une situation dans laquelle une partie à un conflit armé rejette illégalement une offre valable de services humanitaires. Cette expression ne figure dans aucun traité de DIH. On peut cependant penser qu'un refus d'accorder un consentement en violation des obligations dont la partie est tenue en vertu du DIH peut constituer un refus illégal d'accès aux fins du DIH. Il en irait ainsi, par exemple, lorsque le refus d'une partie conduit à la famine des civils, ce qu'interdit l'article 54 du Protocole additionnel I, ou lorsque la partie est incapable de fournir une assistance humanitaire à une population sous son contrôle comme l'exigent les règles du droit international, dont le DIH.

Le DIH ne régleme pas les conséquences d'un refus de consentement et ne prévoit pas un droit d'accès général pouvant se déduire d'un « refus arbitraire de consentement ». L'argument selon lequel un refus arbitraire de consentement pourrait justifier des opérations de

²³ Le commentaire du CICR relatif à l'article 18(2) mentionne que : « Par « Haute Partie contractante concernée », il faut entendre en principe le gouvernement en place. Dans les cas exceptionnels où il ne serait pas possible de déterminer quelles sont les autorités concernées, le consentement sera présumé au vu du caractère impérieux de l'assistance aux victimes, qui ne saurait souffrir de délai » (para. 4884).

franchissement de la ligne de front ou des opérations transfrontières en DIH n'est donc pas conforme au DIH en vigueur²⁴.

Il est important de souligner la distinction opérée par le DIH entre l'exigence de l'obtention du consentement d'une partie à un conflit à la suite d'une offre de services d'une part, et l'obligation de permettre et de faciliter les actions de secours, qui permet de mettre en œuvre l'acceptation d'une offre, d'autre part.

Dès lors que le principe des actions de secours est accepté, les États/parties à un conflit armé ont l'obligation de coopérer et de prendre des mesures positives pour faciliter les opérations humanitaires. Les parties doivent faciliter la tâche du personnel de secours, notamment simplifier autant que possible les formalités administratives afin de faciliter l'obtention des visas ou la gestion des autres questions d'immigration, les obligations financières/fiscales, la réglementation des importations et des exportations, les autorisations de visites sur le terrain, voire les privilèges et immunités nécessaires pour que l'organisation puisse travailler. En somme, les parties doivent accorder « toutes les facilités » nécessaires pour qu'une organisation puisse exercer correctement les fonctions humanitaires acceptées. Des mesures doivent être également prises aux fins de l'efficacité globale de l'opération (par exemple, temps, coûts, sécurité, pertinence).

En vertu des règles du DIH qui gouvernent les conflits armés internationaux, l'obligation d'autoriser et de faciliter les opérations de secours s'applique aux parties à un conflit armé mais aussi à tous les États concernés. Cela signifie que les États non parties au conflit dont les organisations humanitaires impartiales peuvent avoir besoin de traverser le territoire pour atteindre les zones de conflit doivent autoriser ce passage.

Les règles de DIH applicables aux conflits armés non internationaux ne prévoient pas expressément d'obligation similaire pour les États tiers. Il est néanmoins attendu des États non parties à un conflit armé non international qu'ils ne s'opposent pas à ce que les organisations humanitaires impartiales qui cherchent à atteindre les victimes du conflit traversent leur territoire. L'esprit humanitaire qui sous-tend le DIH devrait encourager les États non belligérants à faciliter les actions humanitaires acceptées par les parties à un conflit armé non international.

Enfin, en DIH, l'obligation d'autoriser et de faciliter les actions de secours est sans préjudice du droit des acteurs concernés de les contrôler par des mesures consistant, par exemple, à vérifier le caractère impartial et humanitaire de l'assistance apportée, de fixer les conditions techniques auxquelles elles sont autorisées ou, comme il est indiqué plus haut, de restreindre les activités du personnel de secours en cas de nécessité militaire impérieuse.

2) La protection spécifique du personnel et des biens sanitaires

Les conflits armés, internationaux ou non internationaux, créent invariablement le besoin de fournir des soins qui sont tout à la fois immédiats et s'ajoutent à ce qui est disponible en temps de paix. Cela, entre autres, parce que les personnes qui participent directement aux hostilités peuvent être blessées, tandis que d'autres peuvent être directement attaquées ou accidentellement blessées dans la conduite des opérations militaires.

Garantir la prise en charge médicale des combattants blessés et malades des forces armées en campagne et la protection des personnes et des biens affectés à cette tâche a été la raison première de l'élaboration de la toute première Convention de Genève de 1864. Depuis, le DIH a toujours accordé une grande attention à la fourniture des soins de santé en situation de conflit armé. Des règles particulières ont été établies afin de maintenir des services adéquats

²⁴ Cela sans préjudice des arguments en ce sens qui peuvent se fonder sur d'autres textes de droit international.

de soins de santé militaires, et plus tard, civils pour les blessés et les malades en situation de conflit armé. Le DIH vise ainsi à protéger des catégories spécifiques de personnes et de biens militaires et civils qu'une autorité compétente affecte exclusivement à des missions sanitaires. De par l'exclusivité de cette fonction, ils bénéficient d'une protection spécifique contre les attaques, les atteintes ou d'autres ingérences dans leurs missions pendant la conduite des hostilités. Le privilège consistant à arborer un des emblèmes distinctifs – la croix rouge, le croissant rouge ou le cristal rouge²⁵ – est un signe visible qu'une protection particulière a été accordée²⁶. Comme chacun le sait, cette protection repose sur le postulat que les personnels et les biens sanitaires sont exclusivement occupés à des fonctions médicales et que la participation à des opérations militaires constituant des actes nuisibles à l'ennemi, en dehors de leur fonction humanitaire, leur fait perdre leur protection spécifique.

En dépit de ce régime de protection spécifique, les attaques, les obstructions et les menaces à l'encontre des personnels, des structures et des moyens de transport sanitaires sont monnaie courante dans les conflits armés contemporains ; ces pratiques ont un impact considérable sur l'accès des blessés et des malades aux soins médicaux. À titre d'exemple, le projet « Les soins de santé en danger » du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) – dont l'objectif plus général est de rendre plus sûre la fourniture des soins de santé en cas de conflit armé et dans les autres situations d'urgence – a recueilli des informations sur les incidents survenus dans différents pays lors desquels des malades et des blessés, ainsi que des personnels et des biens sanitaires ont été directement attaqués ou accidentellement blessés dans la conduite des hostilités²⁷. Des structures et des moyens de transport sanitaire ont également été utilisés à des fins militaires pour lancer des attaques, entreposer et transporter des armes ou établir des centres de commandement et de contrôle militaires, ce qui diminue la confiance placée dans leur caractère sanitaire et les expose à des attaques de la partie adverse.

Le défi fondamental posé par ces incidents n'est pas dû à l'inadéquation des règles du DIH applicables en la matière, mais à leur mise en œuvre insuffisante. Cependant, la nature des guerres contemporaines, qui sont de plus en plus souvent menées en milieu urbain et se caractérisent fréquemment par une asymétrie entre les parties, montre l'importance de préciser et/ou d'interpréter la portée du régime de protection spécifique du personnel, des structures et des moyens de transport sanitaires. Deux questions de droit méritent plus particulièrement d'être examinées : 1) l'analyse de proportionnalité en vertu des règles du DIH relatives à la conduite des hostilités doit-elle prendre en compte le personnel et les biens sanitaires militaires ? et 2) quelle est la portée de la notion d'« actes nuisibles à l'ennemi » entraînant une perte de leur protection spécifique, à savoir le droit d'être respecté et protégé ?

L'application des règles de proportionnalité dans l'attaque et de précautions aux personnels et aux biens sanitaires militaires

Le personnel sanitaire militaire doit fréquemment travailler, et les biens sanitaires militaires doivent souvent être situés, à proximité des combats, surtout lorsqu'ils dispensent des soins

²⁵ Le lion-et-soleil rouge, mentionné dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels comme un emblème d'égal statut, n'est actuellement employé par aucune Haute Partie contractante.

²⁶ Outre la réglementation des soins médicaux dispensés aux blessés et aux malades par les services médicaux d'une partie à un conflit armé, le DIH autorise les organisations humanitaires impartiales (comme le CICR, ainsi que les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge) à offrir leurs services pour la fourniture de ces soins. En outre, le DIH envisage également que des civils peuvent jouer un rôle à cet égard. Bien que le DIH n'autorise que certaines de ces personnes (et les biens dont elles se servent pour accomplir leur mission) à arborer l'emblème distinctif à titre protecteur, il faut garder à l'esprit que ceux qui ne sont pas habilités à les arborer bénéficient de la protection générale à laquelle ont droit les personnes civiles et les biens de caractère civil en vertu du DIH.

²⁷ Voir, par exemple, CICR, *Health Care in Danger: Violent incidents affecting the delivery of health care, January 2012 to December 2014*, CICR, Genève, 2015, disponible à l'adresse www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4237-violent-incident.htm

médicaux d'urgence, y compris les premiers secours. La nécessité particulière d'assurer la protection du personnel et des biens sanitaires militaires contre les dommages et atteintes causés incidemment (et cette nécessité sera sans doute accentuée dans un contexte de guerre urbaine) ne fait évidemment aucun doute. Pourtant, la question de savoir si cette protection doit être assurée lors des attaques contre des objectifs militaires situés à proximité de personnels et de biens sanitaires militaires ou lorsque leurs mouvements les conduisent à proximité d'objectifs militaires suscite des controverses.

Certains soutiennent que les blessés et malades militaires, et le personnel et les biens sanitaires militaires ne sont pas protégés par les règles de proportionnalité dans l'attaque et de précautions car les règles coutumières applicables en la matière, exprimées dans le Protocole additionnel I, ne mentionnent que les préjudices portés aux *civils*. Selon ce point de vue, les blessés et les malades *militaires* et le personnel et les biens sanitaires *militaires* sont exclus du périmètre de protection que les normes applicables visent à fournir, car ils n'ont pas un caractère civil.

Pour le CICR, cette position est intenable. En pratique, elle pourrait entraîner une diminution des soins médicaux d'urgence fournis à proximité des objectifs militaires, car le personnel et les biens sanitaires militaires se trouveraient non seulement exposés à des blessures et dommages accidentels mais en outre, ils ne bénéficieraient d'aucune protection contre ces risques.

Du point de vue du droit, cette proposition est, premièrement, incompatible avec le caractère rigoureux de l'obligation de respecter et de protéger le personnel et les biens sanitaires militaires, et avec l'objet et le but de leur protection spécifique. Cette obligation, qui s'applique en toutes circonstances (à moins que le personnel et les biens sanitaires militaires commettent ou soient utilisés pour commettre des actes nuisibles à l'ennemi) implique qu'ils ne doivent pas être attaqués ni subir en aucune façon de préjudices ou de dommages et que toutes les mesures possibles doivent être prises pour les épargner dans la conduite des hostilités. En outre, la notion même de protection spécifique implique une protection plus élevée que celle qui est généralement garantie aux civils et aux biens de caractère civil et qui est attestée par le droit d'arborer l'emblème protecteur de la croix rouge, du croissant rouge ou du cristal rouge. Suggérer que le personnel et les biens sanitaires militaires bénéficieraient d'une protection moindre que celle qui est accordée aux civils et aux biens de caractère civil serait donc contraire à la notion même de protection spécifique.

Deuxièmement, une lecture attentive de la définition des objectifs militaires indique que les biens sanitaires militaires doivent être considérés comme des biens de caractère civil en vertu des règles relatives à la conduite des hostilités. Cela parce que les objectifs militaires se limitent à ceux qui contribuent effectivement à l'action militaire et dont la destruction, la capture ou la neutralisation, dans les circonstances qui prévalent au moment considéré, procure un avantage militaire précis. Les structures et les moyens de transport sanitaires militaires ne remplissent pas ces conditions cumulatives (au moins tant qu'ils ne servent pas à commettre des actes nuisibles à l'ennemi, en dehors de leur fonction humanitaire). Étant donné qu'en DIH, sont civils tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires, les biens sanitaires militaires doivent être considérés comme des biens de caractère civil.

Troisièmement, l'idée selon laquelle le personnel et les biens sanitaires militaires ne bénéficieraient pas d'une protection en vertu des règles de proportionnalité dans l'attaque et de précautions, tandis que le personnel et les biens sanitaires civils seraient protégés est contraire à l'objectif fondamental des règles applicables des Protocoles additionnels I et II, qui envisagent spécifiquement des protections uniformes pour ces catégories de personnes et de biens.

Enfin, les manuels militaires de plusieurs États sont favorables à l'inclusion des personnes et des biens protégés, en dehors des civils et des biens de caractère civil, dans l'analyse des dommages causés incidemment exigée par les règles de proportionnalité dans l'attaque et de précautions.

La portée de la notion d'« actes nuisibles à l'ennemi »

En DIH, le personnel, les structures et les moyens de transport sanitaires perdent leur protection spécifique au moment de la commission d'un « acte nuisible à l'ennemi », « en dehors de leur fonction humanitaire ». Cela peut évidemment avoir de graves conséquences pour le maintien de la fourniture de soins médicaux aux blessés et aux malades et pour la sécurité du personnel et des biens sanitaires qui ne participent pas à l'acte. Il peut y avoir une perte de confiance dans la nature exclusivement sanitaire du personnel et des biens sanitaires et, globalement, une moindre disposition à leur accorder respect et protection. En dépit de ces ramifications, le DIH ne définit pas la notion d'« actes nuisibles à l'ennemi » ni les conséquences précises d'une perte de protection spécifique ou sa durée.

Les traités de DIH ne dressent pas la liste des « actes nuisibles à l'ennemi » mais ils énumèrent certains scénarios factuels non constitutifs de ce type d'actes, notamment la situation dans laquelle le personnel sanitaire est équipé d'armes individuelles légères pour sa propre défense et celle des blessés et des malades dont il a la charge²⁸. Ainsi, serait généralement considérée comme « nuisible à l'ennemi » l'utilisation de structures médicales pour abriter des personnes qui participent directement aux hostilités ou pour entreposer des armes et des munitions (hormis des armes légères et des munitions enlevées aux blessés et aux malades militaires qui n'ont pu être remises aux autorités compétentes et se trouvent là à titre temporaire). Seraient de même considérées comme nuisibles à l'ennemi l'utilisation de structures médicales comme postes d'observation ou pour protéger physiquement une action militaire ainsi que l'utilisation de moyens de transport sanitaires pour transporter des troupes en bonne santé, des armes ou des munitions ou pour recueillir et transmettre des informations ayant une valeur militaire.

L'utilisation de biens sanitaires pour commettre des « actes nuisibles à l'ennemi, en dehors de leur fonction humanitaire » peut avoir un impact sur leur droit au respect d'une part, et sur leur droit à une protection, d'autre part. S'agissant de ce second droit, leur utilisation pour commettre un acte de cette nature peut dispenser l'ennemi de l'obligation, qui pèse autrement sur lui, de veiller à ce que les tiers respectent les biens sanitaires. En ce qui concerne la perte de leur droit au respect, on peut se demander si le fait qu'ils soient utilisés pour commettre des « actes nuisibles à l'ennemi » en fait automatiquement des objectifs militaires (c'est-à-dire qu'ils perdent leur protection contre les attaques directes) ou s'il existe des « actes nuisibles à l'ennemi » qui ne transformeraient pas nécessairement des biens sanitaires en objectifs militaires. Dans de tels cas, la perte de protection n'autorise pas une attaque directe. Pour le CICR, toutes les formes d'« actes nuisibles à l'ennemi » ne contribueraient pas effectivement à l'action militaire et une attaque dirigée contre eux ne procurerait pas, dans les circonstances qui prévalent au moment considéré, un avantage militaire précis. Le fait qu'aucune de ces conditions n'est remplie implique qu'on ne peut considérer que ces biens sanitaires sont devenus des objectifs militaires (voir article 52(2) du Protocole additionnel I et son équivalent en droit coutumier). Face à ces actes nuisibles, les réactions devraient prendre une autre forme que l'attaque, comme la saisie (laquelle, lorsqu'elle vise des biens sanitaires, est réglementée par le DIH de façon à garantir la continuité des soins aux blessés et aux malades qui seront affectés par cette mesure). Mais dans la plupart des cas, il serait difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles la commission d'un « acte nuisible à l'ennemi » par un bien sanitaire en dehors de sa fonction humanitaire ne ferait pas de celui-ci un objectif militaire.

²⁸ Voir, par exemple, l'article 22.1) de la I^{re} Convention de Genève et l'article 13(2)(a) du Protocole additionnel I.

Il faut néanmoins remarquer que lors des consultations avec des experts militaires dans le cadre du projet « Les soins de santé en danger » mentionné plus haut, il a été recommandé, pas nécessairement sur la base de considérations juridiques, de considérer les frappes cinétiques contre une structure sanitaire qui a perdu sa protection comme un dernier recours et d'envisager d'autres solutions qu'une attaque directe.

S'agissant du personnel sanitaire, les avis sont partagés sur la question de savoir si les « actes nuisibles à l'ennemi » équivalent à une « participation directe » de civils aux hostilités ou s'ils ont une portée matérielle plus large. Certains, dont le CICR, soutiennent l'idée que la notion d'« actes hostiles à l'ennemi » est plus large car certains actes généralement considérés comme « nuisibles à l'ennemi » ne sont pas toujours constitutifs d'une « participation directe aux hostilités ». Si les « actes nuisibles à l'ennemi » ne constituent pas une participation directe aux hostilités, le personnel sanitaire peut perdre son droit à la protection. Du point de vue des implications pour leur droit au respect, ces actes n'exposent pas nécessairement le personnel aux attaques directes ; ce ne serait le cas que si ces actes constituaient également une « participation directe aux hostilités ».

V. L'usage de la force au regard du DIH et du DIDH

Dans de nombreux conflits armés contemporains, les forces armées sont de plus en plus appelées non seulement à conduire des opérations de combat contre l'ennemi, mais aussi des opérations de maintien de l'ordre pour préserver ou rétablir la sécurité et l'ordre publics. Il en va ainsi en particulier en situation d'occupation²⁹ et dans les conflits armés non internationaux, notamment ceux dans lesquels les forces d'un ou de plusieurs États tiers aident un État « hôte » sur son territoire avec son consentement.

Comme chacun le sait, le paradigme de la conduite d'hostilités, c'est-à-dire les règles et les principes qui régissent l'emploi des moyens et des méthodes de guerre en situation de conflit armé, appartient exclusivement au DIH. Le paradigme du maintien de l'ordre peut être décrit comme un ensemble de règles dérivées principalement du DIDH, et plus précisément de l'interdiction de la privation arbitraire de la vie qui régit l'usage que font les autorités étatiques de la force en vue de maintenir ou de rétablir l'ordre et la sécurité publics. Dans ce contexte, il faut souligner que le DIH édicte aussi quelques règles relatives aux opérations de maintien de l'ordre, comme l'obligation qui pèse sur la puissance occupante de maintenir l'ordre et la sécurité publics, ou le pouvoir d'un État qui détient des prisonniers de guerre d'user de la force en dernier recours contre des prisonniers de guerre qui tentent de s'évader³⁰. Le droit de la guerre navale prévoit lui aussi des règles et des principes applicables à l'usage de la force dans les situations pouvant être considérées comme analogues au maintien de l'ordre, en particulier pour le respect des blocus³¹.

Le paradigme de la conduite des hostilités et celui du maintien de l'ordre présentent d'importantes différences. En effet, les principes de nécessité, de proportionnalité et de précautions existent dans les deux paradigmes, mais ils n'ont pas le même sens et fonctionnent différemment. Alors que le paradigme de la conduite des hostilités autorise à diriger d'emblée une force létale contre des cibles légitimes, la force létale ne peut être employée qu'en dernier recours dans les opérations de maintien de l'ordre, sous réserve de stricte ou d'absolue nécessité. Les personnes qui constituent une menace doivent être capturées plutôt que tuées, sauf s'il est nécessaire de protéger des personnes contre une

²⁹ Voir note 8 *supra*.

³⁰ Voir article 43 du Règlement de La Haye de 1907 et article 42 de la III^e Convention de Genève.

³¹ Voir *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer*, juin 1994, para. 98, disponible à l'adresse <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/TRA/560?OpenDocument&>

menace imminente de mort ou de blessure grave ou de prévenir la commission d'un crime particulièrement grave impliquant une grave menace pour la vie, et si cet objectif ne peut être atteint par des moyens moins nuisibles que la force létale. En outre, en matière de maintien de l'ordre, le principe de proportionnalité exige de peser les risques posés par un individu qui peut se blesser lui-même et nuire à des passants. Pour sa part, le principe de proportionnalité du DIH met en balance l'avantage militaire direct et concret attendu d'une attaque contre un objectif militaire et les effets nuisibles risquant d'être causés incidemment aux personnes ou aux biens protégés (c'est-à-dire uniquement les simples passants). Il est donc crucial de déterminer les règles qui s'appliquent dans une situation donnée.

Cependant, il est parfois difficile, dans certaines situations qui se posent en cas de conflit armé, de déterminer si ce sont les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités ou les règles relatives à l'emploi de la force dans le maintien de l'ordre qui doivent s'appliquer. De plus, il arrive que ces situations soient difficiles à distinguer en pratique.

Le CICR a exposé ses vues sur l'interaction entre le DIH et le DIDH en ce qui concerne l'usage de la force dans son rapport de 2011 sur le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains. Il y faisait valoir que le DIH est la *lex specialis* régissant l'analyse de la licéité de l'usage de la force contre des objectifs légitimes dans un conflit armé international. Il relevait que l'interaction entre les règles du DIH et les normes du DIDH sur l'emploi de la force est moins évidente en situation de conflit armé non international et que l'usage de la force létale par les États en situation de conflit armé non international requiert une analyse de l'interaction entre les règles pertinentes fondée sur les faits de l'espèce. Le rapport concluait qu'il y avait lieu d'approfondir l'analyse sur ce point.

Afin d'éclairer cette question, le CICR a organisé en 2012 une réunion d'experts sur l'usage de la force dans les conflits armés et l'interaction entre les paradigmes de la conduite des hostilités et du maintien de l'ordre. L'objectif était de définir la ligne qui sépare le paradigme de la conduite des hostilités du paradigme du maintien de l'ordre en situation de conflit armé. Une attention particulière a été apportée aux conflits armés non internationaux, dans lesquels la question de l'interaction entre les deux paradigmes revêt une acuité particulière. Le rapport publié par la suite par le CICR rendait compte des débats,³² sans nécessairement refléter les vues de l'organisation.

Cinq études de cas relatives à l'usage de la force ont été analysées :

1. l'usage de la force contre des objectifs légitimes en situation de conflit armé
2. les émeutes (dans lesquelles les civils et les combattants sont mêlés)
3. la lutte contre la criminalité
4. les tentatives d'évasion et les émeutes dans les lieux de détention
5. le non-respect des ordres militaires (l'exemple des postes de contrôle).

Les paragraphes qui suivent présentent les vues du CICR sur certaines questions juridiques soulevées par ces scénarios.

Le critère déterminant des règles applicables à l'usage de la force contre un individu en DIH est sa qualité d'objectif légitime ou non en vertu des règles relatives à la conduite des hostilités. Une personne peut être un objectif légitime de par son statut (elle est membre des forces armées étatiques régulières, telles que le droit interne les définit généralement), sa fonction (elle est membre de forces étatiques irrégulières ou d'un groupe armé non étatique, du fait de la fonction de combat continue qu'elle exerce) ou sa conduite (c'est un civil qui participe directement aux hostilités).

³² CICR, *Réunion d'experts : L'usage de la force dans les conflits armés, Interaction entre le paradigme de la conduite des hostilités et le paradigme du maintien de l'ordre*, CICR, Genève, novembre 2013, disponible à l'adresse www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf

Pour le CICR, le DIH est la *lex specialis* gouvernant l'analyse de la licéité de l'usage de la force contre des objectifs légitimes dans un conflit armé international. Le CICR considère qu'il en est ainsi dans tout le champ d'application géographique du DIH dans les conflits armés internationaux.

Comme il est indiqué plus haut, la situation est moins évidente dans les conflits armés non internationaux, qui requièrent une analyse fondée sur les faits. Le CICR pense que dans les conflits armés non internationaux, le DIH permet – ou n'interdit pas – aux parties au conflit de faire usage de la force contre des objectifs légitimes en vertu des règles gouvernant la conduite des hostilités dans les situations d'hostilités effectives (définies comme le recours collectif à des moyens et méthodes de guerre contre l'ennemi).

La situation est toutefois plus floue en ce qui concerne l'usage de la force contre des individus isolés qui sont des objectifs légitimes en vertu du DIH mais qui sont situés dans des régions placées sous le contrôle ferme et stable d'un État où il n'y a pas d'hostilités et où on ne peut raisonnablement prévoir que l'adversaire pourrait recevoir aisément des renforts. Trois positions semblent exister. Selon la première, les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités s'appliqueront sans restriction hormis celles que prévoient certaines règles du DIH³³. Selon la deuxième position, l'usage possible de la force dans ce scénario serait gouverné par la Recommandation IX du *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* du CICR³⁴. Selon le troisième point de vue, l'usage de la force resterait gouverné par les règles relatives au maintien de l'ordre. Il convient de noter que l'application de la deuxième approche et de la troisième pourrait, dans certaines circonstances étroitement délimitées, produire des résultats similaires en pratique.

Tant dans un conflit armé international que dans un conflit armé non international, le degré de contrôle exercé sur une zone ou sur les circonstances, et l'intensité des hostilités au moment et sur le lieu d'une opération sont des facteurs pertinents, parmi d'autres, pour déterminer ce qui est « pratiquement possible » du point de vue de l'application des règles du DIH relatives aux précautions dans l'attaque (article 57 du Protocole additionnel I). Ces facteurs sont également pertinents, selon le CICR, pour déterminer si – du fait des principes de nécessité militaire et d'humanité posés par le DIH – la force létale peut être employée en premier recours contre une cible légitime ou si la Recommandation IX précitée doit entrer en jeu.

Comme relevé précédemment, les parties à un conflit armé peuvent se trouver simultanément face à des objectifs légitimes et à des civils protégés contre les attaques directes. Il est possible en effet d'envisager un scénario de troubles civils ou bien un scénario dans lequel des groupes criminels opèrent dans des zones qui sont également le théâtre d'hostilités contre une partie non étatique à un conflit armé non international. Le CICR pense qu'en cas de présence concurrente de combattants ou de civils participant directement aux hostilités et de civils qui n'ont pas perdu leur protection contre les attaques directes, il y a lieu d'adopter une « approche parallèle » – c'est-à-dire que les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités gouverneraient l'usage de la force contre les objectifs légitimes, à savoir les combattants et

³³ Selon cette position, bien que les principes de nécessité militaire et d'humanité imprègnent l'ensemble des règles du DIH, ils ne créent pas d'obligations au-delà des règles spécifiques du DIH.

³⁴ Selon la Recommandation IX : « Outre les limitations imposées par le DIH à l'emploi de certains moyens et méthodes de guerre spécifiques, et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant être imposées par d'autres branches applicables du droit international, le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent. » Selon cette thèse, les principes fondamentaux de nécessité militaire et d'humanité réduisent la somme totale des actions militaires autorisées, de celles que le DIH n'interdit pas expressément à celles qui sont réellement nécessaires pour accomplir un objectif militaire légitime dans les circonstances qui prévalent. Voir CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, p. 77 et suivantes, disponible à l'adresse suivante https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf

les civils participant directement aux hostilités, en gardant à l'esprit que les principes de proportionnalité et de précautions peuvent empêcher une attaque directe si les préjudices que subirait incidemment les civils risquaient d'être excessifs par rapport à l'avantage militaire direct et concret attendu. Tout usage concomitant de la force contre des personnes protégées contre les attaques directes demeurerait régi par les règles plus restrictives applicables à l'usage de la force dans les opérations de maintien de l'ordre³⁵.

Si, par exemple, dans une situation de conflit armé, une manifestation civile contre les autorités devait dégénérer en violence, un recours à la force face à cette violence obéirait aux règles relatives au maintien de l'ordre. Si des combattants ennemis étaient mêlés à la foule des émeutiers civils, ils pourraient être directement visés conformément aux règles du DIH relatives à la conduite des hostilités. Toutefois, la seule présence de combattants ou le seul fait qu'ils lancent des attaques depuis la foule ne transformerait pas les émeutiers civils en participants directs aux hostilités. Il faudrait donc prendre toutes les précautions prévues par le DIH pour épargner les civils en cas d'attaque contre les combattants. S'il s'avérait trop difficile de distinguer les émeutiers civils des combattants, il pourrait être approprié de traiter l'ensemble de la situation selon les règles du maintien de l'ordre et d'appliquer la procédure de gradation de la force à l'égard de toutes les personnes constituant une menace.

Une approche de maintien de l'ordre gouvernerait aussi l'usage de la force dans une opération destinée à arrêter un membre d'un groupe criminel ne participant pas au conflit, tant qu'on ne peut pas considérer que les violences perpétrées par ce membre constituent une participation directe aux hostilités. Le fait qu'un groupe criminel opère sur un territoire contrôlé par l'ennemi, lui paie des « impôts » ou bénéficie de sa protection n'implique pas que toutes les violences commises par ses membres constitueront une participation directe aux hostilités. Ce principe resterait valable même si une opération d'arrestation contre un membre d'un groupe criminel ne participant pas au conflit devait entraîner des hostilités concomitantes contre des combattants ennemis contrôlant la zone dans laquelle l'opération s'est déroulée. Mais en fonction des circonstances, l'usage de la force par des membres d'un groupe criminel aux côtés de combattants dans ce scénario pourrait être une indication de l'existence d'un lien de belligérance.

L'usage de la force contre des détenus participant à une mutinerie obéirait lui aussi aux règles relatives au maintien de l'ordre, car les personnes privées de leur liberté sont clairement hors de combat, bien qu'elles aient pu être des objectifs légitimes avant leur capture ou leur arrestation. Il en ira ainsi également si elles tentent de s'évader, une situation expressément prévue par la III^e Convention de Genève en ce qui concerne les prisonniers de guerre³⁶. Ce n'est que s'ils parviennent effectivement à s'évader que des prisonniers de guerre ou des combattants redeviennent des cibles légitimes en vertu des règles du DIH relatives à la conduite des hostilités.

Une autre situation difficile qui peut se présenter est celle dans laquelle le statut, la fonction ou la conduite d'une personne qui paraît constituer une menace ou ne respecte pas un ordre militaire ne sont pas immédiatement évidents, par exemple lorsqu'une personne s'approche d'un poste de contrôle, d'une installation militaire ou d'une zone d'accès restreint pour des raisons militaires. Le CICR pense que le non-respect d'un ordre militaire n'est pas suffisant pour autoriser l'usage de la force létale ou potentiellement létale. En cas de doute sur le statut d'objectif légitime d'une personne, le CICR considère qu'il faut présumer qu'elle est protégée contre les attaques. Il faut alors appliquer une procédure de gradation de la force, dont la source juridique serait le principe de nécessité en DIH. Il faut néanmoins souligner que la mise en œuvre de l'obligation faite par le DIH de prendre toutes les précautions possibles pour

³⁵ Voir article 50(3) du Protocole additionnel I.

³⁶ Voir article 42 de la III^e Convention de Genève.

s'assurer qu'une cible est un objectif militaire engendrerait un besoin similaire de gradation des mesures jusqu'à ce que le statut de la cible soit établi.

Enfin, l'appartenance aux forces armées ou à la police de représentants de l'État qui font usage de la force n'est pas pertinente en droit international, bien qu'elle puisse être importante en droit interne. En pratique, si les forces armées font usage de la force contre des personnes protégées contre les attaques directes – par exemple des civils dans une situation de conflit armé – les règles relatives à l'usage de la force dans les opérations de maintien de l'ordre s'appliqueront³⁷. Inversement, si les forces de police participent directement aux hostilités contre des objectifs légitimes en vertu du DIH, elles doivent respecter les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités.

Il s'ensuit que lorsqu'on peut raisonnablement s'attendre à ce que les forces armées devront conduire des opérations de maintien de l'ordre ou seront amenées à user de la force contre des civils protégés, elles doivent être équipées et formées pour ce faire conformément aux règles régissant l'usage de la force dans les opérations de maintien de l'ordre. Cela nécessitera, entre autres, que des moyens moins létaux que des armes à feu soient disponibles et que les troupes aient reçu une formation appropriée à leur usage. Inversement, les forces de police qui peuvent être appelées à participer directement aux hostilités en situation de conflit armé doivent être correctement équipées et formées au DIH³⁸.

VI. La détention dans les situations de conflit armé

Les aspects juridiques et pratiques de la privation de liberté dans les situations de conflit armé demeurent un important sujet d'études et de débats parmi les gouvernements, les experts juridiques, les praticiens, les universitaires et d'autres. Les juridictions nationales et internationales, et d'autres organes, s'expriment de plus en plus sur l'application des règles du DIH régissant la détention dans les situations de conflit armé international et non international et sur l'interaction de ce corpus de règles avec d'autres branches du droit international. Le CICR continue de suivre de très près ces discussions et y contribue, tout récemment par une prise de position, en novembre 2014, sur les règles de base et les défis liés à l'internement en situation de conflit armé³⁹.

Comme chacun le sait, la privation de liberté dans le contexte d'un conflit armé international est soumise à un régime conventionnel étendu. En effet, les Conventions de Genève de 1949 sont universellement ratifiées et contiennent plus de 175 dispositions réglementant tous les aspects de la détention dans ce type de conflit armé. Compte tenu de la large ratification du Protocole additionnel I et du droit coutumier applicable aux conflits armés internationaux, le CICR estime que pour l'heure, les dispositions du DIH relatives à la protection juridique des détenus dans le cadre des conflits armés internationaux sont adéquates.

³⁷ Il faut souligner que d'autres restrictions peuvent être imposées par les règles d'engagement, qui pourraient, par exemple, limiter l'usage de la force du fait d'une conception plus étroite de la notion (ou des notions) de légitime défense.

³⁸ La formation devrait en particulier couvrir les règles régissant les moyens et les méthodes de guerre et les différences qu'elles présentent par rapport à celles qui régissent l'usage de la force dans les opérations d'imposition de la paix, notamment le fait que le DIH interdit de recourir à des agents de lutte antiémeute comme méthode de guerre (voir article 1(5) de la Convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (ouverte à la signature du 13 au 15 janvier 1993 ; entrée en vigueur le 29 avril 1997), 1974 UNTS 45 ; et Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir. pub.), *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles* (ci-après l'Étude du CICR sur le DIH coutumier), Bruylant, 2006, Règle 75).

³⁹ CICR, Prise de position, « Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges », novembre 2014, disponible à l'adresse www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges

Le cadre du DIH applicable à la détention liée à un conflit armé non international est beaucoup moins développé. Certes, l'article 3 commun et le Protocole additionnel II prévoient des protections essentielles pour les détenus, mais celles-ci ont une portée et une spécificité limitées par rapport à celles que prévoient les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I pour les conflits armés internationaux. Le débat se poursuit et des désaccords persistent sur un ensemble de questions juridiques et pratiques dont la complexité n'a fait que s'accroître dans les situations plus récentes de conflit armé non international extraterritorial, notamment dans les situations décrites plus haut à la section III.

Le CICR a attiré l'attention sur l'insuffisance des règles régissant la détention en situation de conflit armé non international dans un rapport soumis à la XXXI^e Conférence internationale, dans lequel il pointait quatre sujets de préoccupation humanitaire particuliers que tout renforcement du droit applicable en situation de conflit armé non international devrait aborder : 1) les conditions de détention, 2) les détenus particulièrement vulnérables, 3) les motifs et les procédures d'internement et 4) les transferts de détenus.

S'appuyant sur la résolution 1 de la XXXI^e Conférence internationale, le CICR a entrepris un processus de recherches, de consultations et de discussion avec les États et, lorsque c'est opportun, avec d'autres acteurs concernés en vue de remettre à la XXXII^e Conférence internationale un rapport proposant des solutions possibles et ses recommandations sur les moyens de renforcer la protection juridique des personnes privées de liberté. Dans ce cadre ont été organisées quatre consultations régionales d'experts gouvernementaux en 2012 et 2013, deux consultations thématiques d'experts gouvernementaux en 2014 ainsi qu'une réunion de consultation pour tous les États en 2015.

Une description du processus de consultation ainsi que les documents d'information et les rapports établis pour chacune de ces réunions sont disponibles sur le site du CICR⁴⁰. Comme nous l'avons déjà indiqué, le rapport final, intitulé *Le renforcement du droit international humanitaire protégeant les personnes privées de liberté*, fait partie des documents officiels soumis pour examen et action appropriée aux membres de la XXXII^e Conférence internationale. Compte tenu du caractère approfondi des recherches menées et des problématiques identifiées, ainsi que des options et des recommandations figurant dans le rapport précité, cette section n'abordera pas plus amplement les défis juridiques et pratiques liés à la détention dans les situations de conflit armé.

VII. Les moyens et méthodes de guerre

1) Nouvelles technologies de guerre

Face aux rapides progrès des technologies de guerre nouvelles et émergentes, en particulier celles qui s'appuient sur les technologies de l'information et la robotique, il importe d'éclairer les discussions relatives aux défis nombreux et souvent complexes liés à ces nouveaux développements.

Bien que les nouvelles technologies de guerre ne soient pas expressément réglementées par les traités de DIH, leur développement et leur emploi dans les conflits armés ne s'inscrivent pas dans un vide juridique. En effet, comme pour tous les systèmes d'armement, ces technologies doivent pouvoir être employées dans le respect du DIH et, en particulier, de ses règles relatives à la conduite des hostilités. C'est en premier lieu à chaque État qui développe ces nouvelles technologies de guerre qu'il revient de s'en assurer.

⁴⁰ Disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-icrcs-work-strengthening-legal-protection-0

En application de l'article 36 du Protocole additionnel I, chaque État partie a l'obligation de déterminer si l'emploi d'une nouvelle arme, d'un nouveau moyen ou d'une nouvelle méthode de guerre qu'il étudie, développe, acquiert ou adopte serait interdit par le droit international dans certaines circonstances ou en toutes circonstances. L'examen de la licéité des armes nouvelles, notamment des nouvelles technologies de guerre, est une mesure critique pour que les États fassent respecter le DIH. Plus précisément, c'est un moyen de garantir que les forces armées d'un État sont capables de conduire des hostilités conformément à ses obligations internationales et que les armes nouvelles ne sont pas employées prématurément dans des conditions ne permettant pas de garantir le respect du DIH. Cependant, malgré cette obligation légale et le grand nombre d'États qui développent ou acquièrent de nouveaux systèmes d'armement chaque année, seul un nombre restreint d'entre eux ont fait savoir qu'ils avaient mis en place des procédures leur permettant de procéder à un examen juridique des armes nouvelles⁴¹.

S'il n'est pas contesté que les nouvelles armes doivent pouvoir être utilisées conformément aux règles du DIH régissant la conduite des hostilités, l'application et l'interprétation de ces règles aux nouvelles technologies de guerre peuvent poser des difficultés en raison de leurs caractéristiques particulières, des circonstances prévues et attendues de leur utilisation et de leurs conséquences humanitaires prévisibles. En dernier ressort, ces difficultés peuvent conduire à se demander si les règles en place sont suffisamment claires ou s'il est nécessaire de préciser le DIH ou d'élaborer de nouvelles règles pour surmonter ces difficultés.

La cyberguerre et les systèmes d'armement autonomes ne sont que deux exemples des nouvelles technologies de guerre qui soulèvent un ensemble de questions juridiques, éthiques et humanitaires, dont nous ne mentionnerons que quelques-unes ci-après.

i) La cyberguerre

Le cyberspace est un espace virtuel offrant une interconnectivité mondiale. On considère généralement que cette caractéristique est très utile en temps de paix, en particulier dans les domaines économique et social et dans ceux de l'information et de la communication.

Cependant, elle implique aussi des risques inédits et de nouvelles vulnérabilités. C'est pourquoi l'utilisation hostile du cyberspace tient une place croissante dans les préoccupations sécuritaires des gouvernements, des personnes physiques, des entreprises et des médias. Bien que la plupart des opérations qualifiées de « cyberattaques » n'aient rien à voir avec un conflit armé, le développement de cybercapacités militaires et leur possible emploi dans le cadre d'un conflit armé engendrent un sentiment croissant d'insécurité parmi les États et d'autres acteurs.

Pour le CICR, la guerre cybernétique ou « cyberguerre » consiste en des opérations menées contre un ordinateur ou un système informatique au moyen d'un flux de données lorsqu'elles sont utilisées comme moyens et méthodes de guerre dans le contexte d'un conflit armé, tel que défini par le DIH. Il est possible de recourir à la cyberguerre dans le cadre d'un conflit armé conduit par ailleurs par des opérations cinétiques. La notion de cyberguerre pourrait aussi recouvrir le recours à des moyens cybernétiques en l'absence d'opérations cinétiques lorsque leur usage est constitutif d'un conflit armé, bien qu'aucun État n'ait jusqu'ici qualifié publiquement une cyberopération hostile effective comme telle.

⁴¹ CICR, *Guide de l'examen de la licéité des nouvelles armes et des nouveaux moyens et méthodes de guerre : Mise en œuvre des dispositions de l'article 36 du Protocole additionnel I de 1977*, CICR, Genève, janvier 2006, disponible à l'adresse https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0902.pdf

Heureusement, la cyberguerre n'a pas eu de conséquences humanitaires dramatiques jusqu'ici. On ne mesure pas encore tout le potentiel militaire du cyberspace, mais il semble que des cyberattaques contre des systèmes de transport, des réseaux d'électricité, des barrages et des usines chimiques ou des centrales nucléaires soient techniquement possibles. Des attaques de ce type pourraient avoir des conséquences considérables, causant de nombreuses victimes civiles et d'importants dommages civils. Plus probablement sans doute, des cyberopérations pourraient être menées afin de manipuler des infrastructures ou des services civils, avec, à la clé, des dysfonctionnements ou des perturbations qui ne causeraient pas nécessairement de décès ou de dommages corporels immédiats. Les effets de telles attaques sans effusion de sang pourraient être évidemment très importants – par exemple si la distribution d'électricité ou d'eau devait être interrompue ou si un système bancaire devait être rendu inopérant.

Malgré leur relative nouveauté et leur développement rapide, les cybertechnologies, comme relevé précédemment, n'existent pas dans un vide juridique. Le CICR se félicite que les rapports de 2013 et de 2015 du Groupe d'experts gouvernementaux des Nations Unies chargé d'examiner le progrès de la téléinformatique dans le contexte de la sécurité internationale aient confirmé que « [l]e droit international, et en particulier la Charte des Nations Unies sont applicables ... »⁴² et qu'il ait relevé « les principes de droit international reconnus, y compris, lorsqu'ils sont applicables, les principes d'humanité, de nécessité, de proportionnalité et de discrimination »⁴³. Un nombre croissant d'États et d'organisations internationales affirment publiquement que le DIH s'applique à la cyberguerre.

Dès 2011, le CICR a déclaré que l'usage de cybercapacités en situation de conflit armé doit respecter l'ensemble des principes et des règles du DIH, comme pour toute autre arme et tout autre moyen ou méthode de guerre, nouveau ou ancien. Peu importe que le cyberspace doive être considéré comme un nouvel espace de guerre au même titre que l'air, la terre, la mer et l'espace ; un espace différent parce que créé par l'homme alors que le premier est naturel ; ou qu'il ne soit pas un espace en tant que tel. Les règles coutumières du DIH relatives à la conduite des hostilités s'appliquent à tous les moyens et méthodes de guerre, partout où ils sont employés. Dans son avis consultatif sur la menace ou l'emploi des armes nucléaires, la Cour internationale de justice a rappelé que les principes et règles établis du droit humanitaire applicables dans le contexte d'un conflit armé s'appliquent à « toutes les formes de guerre et à toutes les armes », y compris « celles [...] de l'avenir » (paragraphe 86)⁴⁴. Ce principe est, d'autre part, clairement exprimé à l'article 36 du Protocole additionnel I. En outre, l'article 49(3) du Protocole additionnel I montre que l'intention était que les règles du Protocole s'appliquent à la guerre terrestre et à toutes les autres formes de guerre susceptibles de frapper des civils sur terre. En ce sens, il ne fait guère de doute que la cyberguerre sera menée au moins en partie à partir d'infrastructures situées sur terre contre des cibles terrestres et qu'elle risque de toucher des civils sur terre.

Il faut souligner que l'affirmation selon laquelle le DIH s'applique à la cyberguerre n'est pas un encouragement à militariser le cyberspace et en aucune façon une légitimation de la cyberguerre. De fait, tout recours à la force par des États, que cette force soit cybernétique ou cinétique, reste toujours gouverné par la Charte des Nations Unies et le *jus ad bellum*, comme le rappelle le préambule du Protocole additionnel I (paragraphe 2). Au contraire, déclarer que le DIH est applicable réaffirme que, bien que la cyberguerre ne soit pas expressément interdite

⁴² Voir *Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner le progrès de la téléinformatique dans le contexte de la sécurité internationale*, A/68/98, 24 juin 2013, disponible à l'adresse www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/98, para. 19.

⁴³ Voir *Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner le progrès de la téléinformatique dans le contexte de la sécurité internationale*, A/70/174, 22 juillet 2015, disponible à l'adresse www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/174, para. 28.

⁴⁴ Cour internationale de Justice (CIJ), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, p. 226.

ou réglementée par les traités existants, des limites existent en droit international si et lorsque des États ou des groupes armés non étatiques mènent des cyberopérations au cours d'un conflit armé.

Cependant, affirmer que le DIH s'applique à la cyberguerre n'est qu'un premier pas car, comme le soulignait le rapport de 2011 sur le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains, celle-ci pose plusieurs défis pour l'interprétation et l'application du DIH, au rang desquels il faut citer les difficultés créées par l'anonymat sur lequel repose le cyberspace, le manque de clarté quant à l'application du DIH aux cyberopérations en l'absence d'opérations cinétiques, le débat portant sur la notion d'« attaque » selon les règles du DIH régissant la conduite des hostilités, et les défis posés par l'application de ces règles à la cyberguerre, en particulier l'interdiction des attaques sans discrimination et les règles de précautions dans l'attaque.

Le CICR a engagé, il y a quatre ans, un dialogue bilatéral confidentiel avec différents États sur le coût humain potentiel de la cyberguerre et sur les défis mentionnés plus haut, ainsi que des débats dans les milieux universitaires et d'autres forums publics⁴⁵.

Défis liés à la sauvegarde d'infrastructures civiles essentielles contre les cyberattaques

Ces dernières années ont été marquées par des préoccupations croissantes autour de la préservation des infrastructures civiles essentielles contre les cyberattaques et par des appels à les protéger des cyberopérations hostiles, notamment en élaborant des normes de comportement acceptable dans le cyberspace. Dans ce contexte, il faut souligner que les cyberopérations constitutives d'une attaque au titre du DIH⁴⁶ et dirigées contre des infrastructures civiles essentielles dans le cadre d'un conflit armé constituent des violations du DIH, sauf si ces infrastructures sont simultanément employées à des fins militaires de sorte qu'elles deviennent des objectifs militaires. À titre d'exemple, les réseaux de distribution d'eau potable et d'électricité qui desservent la population civile, les infrastructures de santé publique et les banques sont avant tout des biens de caractère civil. En outre, les systèmes d'eau, en particulier, bénéficient d'une protection spécifique en tant que biens indispensables à la survie de la population. De même, les barrages et les centrales d'électricité nucléaires sont habituellement protégés contre les attaques directes parce qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires. Même s'ils devaient devenir des objectifs militaires dans certaines circonstances, le DIH interdit qu'ils soient attaqués ou exige tout au moins que des précautions particulières soient prises pour éviter la libération de forces dangereuses et les graves préjudices qui en résulteraient pour la population civile. Il ne s'agit pas de nier que de nouvelles normes pourraient être utiles, mais de souligner que si elles sont élaborées, elles devraient reposer sur les normes déjà existantes et venir les renforcer.

L'étendue de la protection basée sur les règles générales relatives à la conduite des hostilités prévues par le DIH conventionnel ou coutumier dépend de l'interprétation que font les États de certains concepts et notions.

À titre d'exemple, la manière dont les règles régissant la conduite des hostilités définissent la notion de cyber-« attaque » (voir article 49 du Protocole additionnel I) influencera considérablement la protection qu'offre le DIH aux infrastructures civiles essentielles. Le débat

⁴⁵ À titre d'exemple, le CICR a participé en qualité d'observateur au groupe d'experts qui a rédigé le Manuel de Tallinn (*Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*), publié en 2013. Pour plus d'informations sur la participation du CICR et ses vues, voir « Quelles limites le droit de la guerre impose-t-il aux cyberattaques ? », 28 juin 2013, disponible à l'adresse <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/faq/130628-cyber-warfare-q-and-a-eng.htm>

⁴⁶ Aux termes de l'article 49.1 du Protocole additionnel I, l'expression « attaques » s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs. ».

se concentre sur la notion de perte de fonctionnalité d'un bien, puisque dans le cyberspace, il est possible de mettre des biens hors d'usage sans les endommager physiquement.

Une première approche consiste à considérer que les cyberattaques ne sont que les opérations qui causent des violences aux personnes ou des dommages physiques aux biens. Une deuxième approche fonde l'analyse sur les mesures nécessaires pour rétablir la fonctionnalité du bien, du réseau ou du système. Une troisième approche se concentre sur les effets qu'a l'opération sur la fonctionnalité de l'objet.

Le CICR pense que toutes les opérations censées tuer, blesser ou endommager constituent des attaques, y compris lorsque ces préjudices sont dus aux effets indirects ou prévisibles d'une attaque, comme les décès de patients en unités de soins intensifs causés par une cyberattaque contre le réseau d'électricité qui prive ensuite l'hôpital d'électricité.

Le CICR considère en outre qu'une opération conçue pour mettre un bien hors d'usage – par exemple un ordinateur ou un réseau informatique – constitue une attaque au titre des règles relatives à la conduite des hostilités, que ce bien soit ou non mis hors d'usage par des moyens cinétiques ou cybernétiques⁴⁷. De fait, la référence à la « neutralisation » dans la définition de l'objectif militaire (article 52 du Protocole additionnel I) serait superflue si une opération visant à altérer la fonctionnalité d'un bien (c'est-à-dire sa neutralisation) ne constituait pas une attaque. En outre, une interprétation trop restrictive de la notion d'attaque serait difficile à concilier avec le but des règles relatives à la conduite des hostilités, qui est de garantir la protection de la population civile et des biens de caractère civil contre les effets des hostilités. En effet, suivant une interprétation aussi restrictive, une cyberopération qui vise à provoquer le dysfonctionnement d'un réseau civil (réseau bancaire, d'électricité, de communication ou autre) ou risque d'entraîner incidemment ce dysfonctionnement, pourrait ne pas être couverte par l'interdiction posée par le DIH de diriger des attaques contre des objets civils, l'interdiction d'attaques sans discrimination ou disproportionnées et le principe de précautions dans l'attaque, malgré les conséquences potentiellement graves de ces opérations pour la population civile.

Toutefois, dans la conception actuelle de la notion d'« attaque » dans les opérations cinétiques au sens du DIH, il est évident que les cyberopérations ne constitueraient pas toutes des attaques. Premièrement, la notion d'attaque ne comprend pas l'espionnage⁴⁸. Ensuite, les règles relatives à la conduite des hostilités n'interdisent pas toutes les opérations qui perturbent des systèmes de communication civils. Le brouillage de communications radio ou d'émissions de télévision, par exemple, n'est pas traditionnellement considéré comme une attaque au sens du DIH⁴⁹.

Plus généralement, il a été suggéré, pour différencier les opérations constitutives d'une attaque de celles qui ne le sont pas, de retenir le critère de « nuisance » quant aux effets d'une opération. Cependant, ce que l'on entend par « nuisance » n'est pas défini et cette terminologie n'est pas employée en DIH.

⁴⁷ Voir *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains : Rapport*, octobre 2011 (voir note 5 *supra*).

⁴⁸ Il est vrai qu'il pourrait être plus difficile pour celui qui fait l'objet de telles attaques de distinguer entre l'espionnage et les cyberattaques dans le cyberspace (par opposition aux opérations cinétiques), car la plupart des cyberopérations reposent sur l'obtention de l'accès à un système informatique. Dès lors qu'il est obtenu, cet accès peut être utilisé pour recueillir des données (espionnage), manipuler ou détruire des données ou diriger le système de manière à causer des dommages à des biens physiques ou les détruire, soit directement, soit indirectement.

⁴⁹ La distinction entre les attaques et les interférences dans les communications non constitutives d'une attaque est sans doute plus floue dans les cyberopérations que dans les opérations cinétiques ou électromagnétiques plus classiques.

Même les cyberopérations qui constitueraient des « opérations militaires » sans être constitutives d'une attaque en tant que telles obéissent au principe de distinction, qui oblige à distinguer à tout moment entre les civils et les biens de caractère civil d'une part, et les objectifs militaires d'autre part, et à veiller constamment, dans la conduite des opérations militaires, à épargner les premiers⁵⁰.

Difficultés liées à la protection des cyberinfrastructures dont dépendent des infrastructures civiles essentielles

Pour protéger les infrastructures civiles essentielles qui recourent au cyberspace, il est également indispensable de protéger les infrastructures du cyberspace lui-même. Toutefois, l'interconnexion des réseaux civils et militaires pose une difficulté. En effet, la plupart des réseaux militaires s'appuient sur des cyberinfrastructures civiles, comme les câbles sous-marins en fibre optique, les satellites, les routeurs ou les nœuds. Inversement, les véhicules civils, la marine et les dispositifs de contrôle du trafic aérien sont de plus en plus équipés de systèmes de navigation faisant appel à des systèmes de positionnement par satellite (GPS), qui sont également utilisés par les militaires. Les chaînes civiles d'approvisionnement logistique (pour les produits alimentaires ou les fournitures médicales) et d'autres activités utilisent les réseaux Internet et de communication par lesquels passent certaines communications militaires. Il est ainsi pratiquement impossible de différencier les infrastructures purement militaires des infrastructures exclusivement civiles.

Dans la conception traditionnelle de la notion d'objectif militaire, un bien employé à des fins à la fois militaires et civiles (bien dit « à double usage ») devient un objectif militaire (excepté ses parties détachables). Une stricte application de cette conception pourrait amener à conclure que de nombreux biens qui font partie de l'infrastructure cyberspatiale constitueraient des objectifs militaires et ne seraient pas protégés des attaques, cybernétiques ou cinétiques. Ce serait extrêmement préoccupant étant donné l'impact possible d'une telle perte de protection du point de vue des perturbations que pourrait subir l'usage concomitant du cyberspace par des applications civiles, un usage qui va croissant. Cependant, la conception du cyberspace comportant un niveau élevé de redondance, une de ses caractéristiques est la capacité de rediriger immédiatement le trafic de données. Cette résilience intrinsèque doit être prise en compte dans toute analyse visant à déterminer si la destruction ou la neutralisation d'une cible procurerait effectivement un avantage militaire précis dans les circonstances qui prévalent au moment considéré, comme le requiert la deuxième branche de la définition de l'objectif militaire.

Même si certaines parties de l'infrastructure cyberspatiale sur laquelle s'appuient des fonctions civiles essentielles devaient devenir des objectifs légitimes, toute attaque resterait gouvernée par l'interdiction des attaques sans discrimination et les règles de proportionnalité et de précautions dans l'attaque. Il est particulièrement important d'évaluer les dommages incidents attendus de toute opération planifiée pour l'application des deux principes. C'est précisément en raison de l'étroite interconnexion des réseaux civils et militaires que des dommages civils sont à prévoir dans la plupart des cas et tous les dommages raisonnablement prévisibles doivent être pris en compte, y compris les dommages indirects causés incidemment par les répercussions de l'attaque. Ainsi, des attaques contre des serveurs racines ou des câbles sous-marins susciteraient des préoccupations au titre de l'interdiction des attaques sans discrimination car il serait difficile de limiter leurs effets comme l'exige le DIH. Dans ce contexte, il faudrait également considérer la protection apportée par le droit de la neutralité.

⁵⁰ Articles 48 et 57.1 du Protocole additionnel I ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, Règles 1 et 15.

Difficultés liées à la protection des données civiles essentielles

La préservation des données civiles essentielles suscite elle aussi des préoccupations croissantes. S'agissant des données appartenant à certaines catégories de biens bénéficiant d'une protection particulière au titre du DIH, les règles de protection sont suffisamment générales. Par exemple, l'obligation de respecter et de protéger les structures sanitaires doit être entendue comme s'étendant aux données médicales appartenant à ces structures. Il serait néanmoins important de préciser la mesure dans laquelle les données civiles qui ne bénéficient pas de cette protection spécifique, comme les données de sécurité sociale, les dossiers fiscaux, les comptes bancaires, les fichiers clients des entreprises ou les listes ou registres électoraux, sont déjà protégées par les règles générales relatives à la conduite des hostilités. La suppression ou l'altération de ces données pourrait rapidement entraîner une immobilisation totale des services publics et des entreprises privées et pourrait nuire bien davantage aux civils que la destruction de biens de caractère civil. La conclusion selon laquelle ce type d'opération ne serait pas interdit par le DIH dans le monde d'aujourd'hui, toujours plus cyberdépendant, soit parce que la suppression ou l'altération de ces données ne constituerait pas une attaque au sens du DIH, soit parce que ces données ne seraient pas considérées comme un bien qui mettrait en jeu l'interdiction des attaques contre les biens de caractère civil – semble difficile à concilier avec l'objet de ce corpus de règles.

L'importance des mesures pratiquement possibles pour protéger les civils et les biens de caractère civil sous le contrôle des parties au conflit contre les effets des hostilités

Le DIH exige aussi que les parties à un conflit prennent toutes les mesures pratiquement possibles pour protéger les civils et les biens de caractère civil sous leur contrôle contre les effets des hostilités. Cette obligation doit déjà être mise en œuvre en temps de paix, surtout en ce qui concerne les installations fixes. Si le cyberspace est un espace mondial virtuel, il semblerait que l'obligation de prendre des précautions contre les effets des attaques s'étende au moins à l'infrastructure physique du cyberspace et aux biens dont le fonctionnement dépend de cette infrastructure situés sur le territoire d'un État ou de tout territoire qui peut être occupé par une partie au conflit.

Cela pose la question des mesures que les États doivent prendre pour protéger la population civile contre le danger des cyberopérations, y compris en cas de cyberopération contre les infrastructures essentielles de l'État. Les mesures suivantes pourraient être envisagées : isoler les cyberinfrastructures et réseaux militaires des cyberinfrastructures et réseaux civils ; isoler de l'Internet les systèmes informatiques dont dépendent des infrastructures civiles essentielles ; sauvegarder les données civiles importantes ; appliquer des mesures antivirus ; prendre des dispositions pour assurer une réparation rapide des systèmes informatiques en cas de cyberattaques prévisibles. Les autres pistes qui pourraient être étudiées – qui requièrent une coopération internationale et, sans doute, des solutions innovantes aux problèmes techniques – seraient de travailler sur l'identification, dans le cyberspace, des infrastructures et des réseaux qui desservent des biens bénéficiant d'une protection spécifique comme les hôpitaux, ou de s'inspirer de la protection attachée aux zones démilitarisées ou protégées et d'évaluer si une telle approche pourrait être utilement transposée au domaine cybernétique.

L'importance de l'examen de la licéité des cybercapacités

Ces questions, et d'autres, montrent qu'il est important que les États qui peuvent développer ou acquérir des capacités de cyberguerre à des fins défensives ou offensives examinent leur licéité au regard du DIH. L'examen de la licéité, expressément exigé par l'article 36 du Protocole additionnel I, est essentiel pour garantir que les forces armées et les autres services de l'État susceptibles de recourir à des cyberopérations dans un conflit armé sont capables

d'exécuter leurs obligations en vertu du droit international. Cependant, l'examen de la licéité des armes, moyens et méthodes de guerre cybernétiques peut présenter plusieurs difficultés. En effet, les cybercapacités militaires peuvent être moins standardisées que les armes cinétiques, surtout si elles sont conçues pour une opération spécifique ; en outre, elles risquent de faire l'objet d'adaptations continues, notamment pour répondre aux améliorations de la sécurité logicielle qui seront apportées aux cibles potentielles.

En résumé, le CICR pense que préciser comment le DIH s'applique à la cyberguerre aiderait à déterminer si ses règles sont suffisamment claires au vu des caractéristiques spécifiques et de l'impact humanitaire prévisible d'une cyberguerre. Cette forme de guerre soulevant des questions inédites, il pourrait également s'avérer nécessaire de développer le DIH à mesure de l'évolution des technologies ou lorsqu'on comprendra mieux le coût humain d'une cyberguerre.

ii) Les systèmes d'armement autonomes

On assiste depuis une quinzaine d'années à une augmentation considérable du développement et de l'emploi de systèmes robotiques par les forces armées, en particulier divers systèmes armés sans équipage opérant dans les airs, sur terre et dans l'eau, y compris en haute mer. L'accroissement progressif de la sophistication des matériels militaires et de la distance physique entre les soldats et le champ de bataille est un processus aussi vieux que la guerre elle-même, mais les développements récents dans le domaine de la robotique et de l'informatique, alliés aux exigences opérationnelles militaires, laissent entrevoir une diminution, voire une suppression totale, du contrôle humain direct sur les systèmes d'armement et l'usage de la force. Ce changement de paradigme n'est pas une évolution soudaine, mais le résultat de l'augmentation graduelle de l'autonomie des systèmes d'armement, en particulier en ce qui concerne les « fonctions critiques » de sélection et d'attaque des cibles.

Les débats relatifs aux systèmes d'armement autonomes se sont multipliés depuis quelques années dans les milieux diplomatiques, militaires, universitaires et dans l'espace public. Ces débats comprennent les discussions d'experts intervenues en 2014 et 2015 dans le cadre de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, telle que modifiée le 21 décembre 2001 (Convention sur certaines armes classiques ou Convention CAC), ainsi que les discussions d'experts organisées par le CICR en 2014. Les points de vue sur ce sujet complexe, y compris ceux du CICR, continuent d'évoluer à mesure que progresse la compréhension des capacités technologiques actuelles et potentielles, du but militaire de l'autonomie des armements et des questions qui en découlent du point de vue du respect du DIH et de l'acceptabilité éthique.

Définitions

Il n'existe pas de définition internationale des systèmes d'armement autonomes⁵¹, mais plusieurs définitions proposées ont en commun la notion d'un système d'armement capable de sélectionner et d'attaquer des cibles de manière indépendante. Sur cette base, le CICR a proposé que l'expression « système d'armement autonome » est un terme générique pouvant recouvrir tout type de systèmes d'armement opérant dans l'air, sur terre aussi bien qu'en mer, présentant une autonomie dans ses « fonctions critiques », c'est-à-dire une arme capable de sélectionner (rechercher ou détecter, identifier, suivre, sélectionner) et d'attaquer (utiliser la force contre, neutraliser, endommager ou détruire) des cibles sans intervention humaine. Après l'activation initiale, c'est le système d'armement lui-même – au moyen de capteurs, de

⁵¹ Ces systèmes sont également appelés « systèmes d'armes létaux autonomes », « robots létaux autonomes » et « robots tueurs ».

programmes et d'armes – qui assume les processus et actions de ciblage qui sont ordinairement contrôlés directement par des hommes.

Fondamentalement, c'est l'autonomie des fonctions critiques qui distingue les systèmes d'armement autonomes de tous les autres systèmes d'armement, y compris des drones armés dont les fonctions critiques sont contrôlées à distance par un opérateur humain.

Sur certains systèmes d'armement en usage aujourd'hui, les fonctions critiques sont autonomes. Ce sont les systèmes d'armement de défense aérienne et antimissiles, les systèmes de « protection active » des véhicules terrestres et les systèmes de protection frontalière ou périmétrique (parfois appelés « robots sentinelles »), ainsi que les munitions rôdeuses et les véhicules sous-marins armés. Nombre de ces systèmes sont dotés d'un mode « autonome », c'est-à-dire qu'ils peuvent être mis en marche pour fonctionner de manière autonome pendant un laps de temps déterminé. La plupart sont très limités dans les tâches pour lesquelles ils sont employés (par exemple, opérations défensives et non offensives), les types de cibles qu'ils attaquent (véhicules et autres biens plutôt que du personnel) et les circonstances dans lesquelles ils sont utilisés (dans des environnements simples, relativement prévisibles et contraints plutôt que dans des environnements complexes et imprévisibles). Il faut également noter que la plupart de ces armements sont supervisés en temps réel par un opérateur humain.

Cependant, les systèmes d'armement autonomes pourraient avoir à l'avenir plus de liberté pour déterminer leurs cibles, pour fonctionner hors de limites spatiales et temporaires étroites et pour réagir à un changement rapide de situation. Au vu du rythme actuel des développements technologiques, il est urgent d'examiner les implications juridiques, humanitaires et éthiques de ces armes.

Conformité des systèmes d'armement autonomes avec le DIH

Étant donné l'état de la technologie robotique actuelle et prévisible, garantir l'utilisation conforme au DIH des systèmes d'armement autonomes posera un formidable défi technologique lorsque ces armes accompliront des tâches plus complexes et seront déployées dans des environnements plus dynamiques qu'à présent.

Les difficultés concernent principalement la capacité potentielle du système d'armement à distinguer de manière autonome entre des objectifs militaires et des biens de caractère civil, entre des combattants et des civils et entre des combattants actifs et des personnes hors de combat. Une autre difficulté importante est de savoir si une arme pourrait être programmée pour détecter et analyser les nombreux facteurs et variables contextuels requis pour déterminer si l'on peut attendre de l'attaque qu'elle cause incidemment des pertes ou des dommages civils, ou une combinaison des deux, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire direct et concret attendu, comme l'exige la règle de proportionnalité. De même, la possibilité de programmer une arme pour annuler ou suspendre une attaque s'il apparaît que la cible n'est pas un objectif militaire ou bénéficie d'une protection spéciale, ou que l'attaque risque de violer la règle de proportionnalité, comme l'exigent les règles relatives aux précautions dans l'attaque, apparaît comme un formidable défi.

En conséquence, pour les systèmes d'armement autonomes destinés à être utilisés dans des contextes où ils sont susceptibles de rencontrer des personnes ou des biens protégés, il existe de sérieux doutes quant à la possibilité technique de les programmer pour exécuter les analyses complexes et dépendantes du contexte que requièrent les règles de distinction, de proportionnalité et de précautions dans l'attaque posées par le DIH. Ce sont des analyses intrinsèquement qualitatives pour lesquelles la capacité de raisonnement et de jugement propre à l'humain restera indispensable.

Compte tenu de ces défis, la possibilité de développer et d'utiliser des systèmes d'armement autonomes qui respecteraient le DIH dans tous les cas et pas seulement dans les scénarios les plus étroits et les environnements les plus simples, au moins dans un avenir prévisible, ne peut que susciter de sérieux doutes. À cet égard, il semble évident que la supervision ou le contrôle humain global de la sélection et de l'attaque restera nécessaire pour garantir le respect du DIH. Le type et le degré de contrôle et de supervision exercés par l'homme pour garantir la conformité au DIH d'un système d'armement autonome dépendra, entre autres facteurs, du type du système d'armement autonome, des tâches qu'il est conçu pour accomplir, de l'environnement auquel il est destiné et des types de cibles qu'il est programmé pour attaquer.

Examen de la licéité des systèmes d'armement autonomes

Les États doivent soigneusement étudier les défis exposés ci-dessus lorsqu'ils procèdent, conformément aux exigences du DIH, à l'examen de la licéité d'un système d'armement autonome qu'ils développent ou dont ils se dotent. Comme pour toutes les autres armes, la licéité d'un armement doué d'autonomie dans ses fonctions critiques dépend de ses caractéristiques particulières et de la possibilité, compte tenu de ces caractéristiques, de l'employer conformément aux règles du DIH dans toutes les circonstances dans lesquelles on compte ou on prévoit de l'utiliser. Cet examen requiert une parfaite compréhension des capacités de l'armement ; il faut aussi prévoir ses effets, notamment par des essais. Pourtant, ces effets seront de plus en plus difficiles à prévoir si la capacité des systèmes d'armement autonomes à déterminer leurs propres actions en environnement complexe s'accroît.

Pour que l'examen de la licéité d'un système d'armement autonome soit fiable, la prévisibilité de ses actions dans le contexte où il est prévu qu'il soit déployé doit être suffisamment élevée. En effet, déployer un système d'armement dont les effets sont en tout ou partie imprévisibles engendrerait un risque important de violation du DIH. À cet égard, une question cruciale pour l'examineur est l'évaluation et l'atténuation des risques liés à l'emploi d'un système d'armement dont les performances sont imprévisibles. Ces risques pourraient être trop élevés pour permettre son utilisation, ou bien l'atténuation des risques pourrait nécessiter des niveaux appropriés de contrôle humain sur les fonctions critiques du système d'armement, ce qui aurait pour conséquence de limiter et même d'annuler son autonomie.

L'autre difficulté est l'absence de méthodes et de protocoles standards pour tester ces armements. Ce facteur peut lui aussi compromettre la fiabilité du contrôle de licéité.

Responsabilité dans l'utilisation de systèmes d'armement autonomes

D'aucuns se sont inquiétés que la perte de contrôle humain sur les systèmes d'armement autonomes puisse entraîner un « vide de responsabilité » en cas de violation du DIH. D'autres pensent que c'est impossible car il y aura toujours un humain intervenant dans la décision de déploiement de l'arme auquel la responsabilité pourrait être imputée. Quoi qu'il en soit, il est difficile de déterminer comment la responsabilité des « actes » imprévisibles d'armes autonomes pourrait être imputée.

À titre d'exemple, en DIH et en droit pénal international, étant donné l'absence de contrôle sur un système d'armement autonome ou l'imprévisibilité de sa programmation, il pourrait être difficile de trouver des personnes impliquées dans la programmation et le déploiement de l'arme responsables de violations graves du DIH. Puisque la machine prend les décisions de ciblage, elles pourraient ne pas avoir l'intention ou la connaissance requises pour qu'un tel constat soit établi. En outre, les programmeurs pourraient ignorer les situations concrètes dans lesquelles l'armement serait ultérieurement déployé et des violations du DIH se produiraient. D'un autre côté, un programmeur qui programme intentionnellement un armement autonome

pour commettre des crimes de guerre serait certainement pénalement responsable, comme un commandant serait responsable de la décision d'employer des systèmes d'armement autonomes de manière illégale, par exemple en déployant dans une zone peuplée un armement autonome antipersonnel incapable de distinguer entre civils et combattants. En outre, un commandant qui décide sciemment de déployer une arme autonome dont il ne peut prévoir les performances et les effets pourrait être jugé pénalement responsable des violations graves du DIH qui s'ensuivent, dans la mesure où sa décision de déployer l'arme est jugée imprudente au vu des circonstances.

En droit de la responsabilité des États, outre la responsabilité des violations du DIH commises par ses forces armées, un État pourrait être jugé responsable des violations du DIH causées par un système d'armement autonome qu'il n'a pas ou n'a pas suffisamment testé ou examiné avant son déploiement. En droit de la responsabilité du fait des produits, les constructeurs et programmeurs pourraient être également jugés responsables d'erreurs de programmation ou d'un dysfonctionnement d'un système d'armement autonome.

Systèmes d'armement autonomes au regard des exigences de la conscience publique

Les fonctions critiques des systèmes d'armement gagnant en autonomie, les humains se trouvent si éloignés dans le temps et dans l'espace de la sélection et de l'attaque des cibles que les décisions humaines quant à l'usage de la force sont remplacées par des décisions prises par des machines. Cette situation soulève de profondes questions morales et sociétales quant au rôle et à la responsabilité de l'homme dans l'usage de la force et la privation de vies humaines.

La question fondamentale au cœur des préoccupations suscitées par les systèmes d'armement autonomes, indépendamment du respect du DIH, est de savoir si les principes d'humanité et les exigences de la conscience publique⁵² autoriseraient des machines à prendre des décisions de vie et de mort en situation de conflit armé sans intervention humaine. Les débats de ces dernières années parmi les États, les experts, la société civile et le public ont fait apparaître un sentiment de profond malaise face à l'idée d'un système d'armement avec lequel l'usage de la force échappe au contrôle humain.

Voie à suivre : contrôle humain significatif sur l'usage de la force en situation de conflit armé

Les discussions de 2014 et 2015 entre les experts gouvernementaux de la Convention CAC ont montré qu'il existe un consensus général sur la nécessité de conserver un contrôle humain significatif, approprié ou effectif sur les fonctions critiques des systèmes d'armement, aussi bien pour des raisons juridiques qu'éthiques et politiques. Au vu des rapides progrès de la robotique militaire, il est aujourd'hui nécessaire que les États prennent des mesures concrètes pour prévenir la perte du contrôle humain sur l'usage de la force dans les situations de conflit armé.

L'expérience des systèmes d'armement autonomes existants peut donner des indications sur les limites à poser à l'autonomie des fonctions critiques des systèmes d'armement. À cet égard, le CICR encourage les États qui ont déployé ou développent des systèmes d'armement autonomes à faire connaître les mesures qu'ils prennent pour s'assurer qu'ils peuvent être

⁵² Les « principes d'humanité et les exigences de la conscience publique » sont en particulier mentionnés à l'article 1(2) du Protocole additionnel I et au préambule du Protocole additionnel II, dit « clause de Martens ». Dans son Avis consultatif de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (voir note 44 *supra*), la CIJ a affirmé que la clause de Martens « continue indubitablement d'exister et d'être applicable » (para. 87) et qu'elle « s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires » (para. 78).

utilisés conformément au DIH ainsi que les limites et conditions qu'ils établissent à l'usage de ces armements, y compris le niveau requis de contrôle humain, que ce soit pour des raisons juridiques, éthiques ou politiques.

2) L'emploi d'armes explosives en zone peuplée

Tendance des conflits armés contemporains : des préjudices croissants

Les hostilités sont de plus en plus souvent conduites dans des centres de population, ce qui expose les civils à des risques de préjudices plus élevés. Compte tenu de l'urbanisation croissante, cette tendance des conflits armés contemporains est appelée à se poursuivre. Elle est aggravée par le fait que les belligérants évitent souvent de confronter l'ennemi à découvert et préfèrent se mêler à la population civile. Pourtant, de nombreux conflits armés sont encore conduits avec des systèmes d'armement conçus à l'origine pour des champs de bataille ouverts. En règle générale, le recours à ces armes sur un champ de bataille ouvert ne suscite pas de préoccupations, mais lorsqu'elles sont employées contre des objectifs militaires situés en zone peuplée, elles tendent à avoir des effets indiscriminés, avec des conséquences souvent dévastatrices pour la population civile.

De fait, les civils paient un lourd tribut aux guerres menées en zone peuplée avec des armes explosives à large rayon d'impact. Les récents conflits armés ont confirmé que ces armes sont une cause majeure de décès et de blessures parmi les civils et de destruction et de dommages aux habitations civiles et aux infrastructures civiles, avec à la clé la perturbation de services essentiels comme les soins de santé et la distribution d'eau, et le déplacement des populations civiles. Les effets sur la santé humaine ne se limitent pas au décès, aux blessures et à l'incapacité à long terme, mais comprennent aussi les incidences à long terme sur le bien-être mental. L'emploi d'armes explosives en zone peuplée a aussi des conséquences sur la capacité de fonctionnement des structures et services de soins de santé, sur leur capacité à faire face à l'afflux de nombreux blessés et aux blessures particulières qu'ils présentent et à dispenser des soins adéquats. Lorsque l'emploi d'armes explosives est prolongé, ces effets sont accentués par le déclin des services essentiels et les graves risques pour la santé publique qui en résultent.

Le CICR est le témoin direct de ces effets lorsqu'il aide les victimes de conflits recourant à des armes explosives en zone peuplée. Il a fait état de ses préoccupations auprès des parties à ces conflits armés dans le cadre d'un dialogue bilatéral et confidentiel sur la conduite des hostilités. En outre, depuis 2009, il exprimait publiquement ses préoccupations relatives aux armes explosives dans des zones habitées.

Dans son rapport soumis à la XXXI^e Conférence internationale en 2011, le CICR a déclaré que « compte tenu de la forte probabilité qu'elles aient des effets indiscriminés et malgré l'absence de toute interdiction juridique expresse portant sur certains types d'armes spécifiques, le CICR considère que l'emploi d'armes explosives ayant un large rayon d'impact devrait être évité dans les zones fortement peuplées »⁵³.

En 2013, l'ensemble du Mouvement a demandé aux États « de renforcer la protection des civils contre l'emploi et les effets indiscriminés des armes explosives, notamment par l'application rigoureuse des règles existantes du droit international humanitaire, et d'éviter

⁵³ Voir *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains : Rapport*, octobre 2011, disponible à l'adresse <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>, p. 42.

d'utiliser des armes explosives ayant un large rayon d'impact dans des zones fortement peuplées »⁵⁴.

En parallèle, depuis 2009, le Secrétaire général de l'ONU attire régulièrement l'attention des États membres sur la nécessité de renforcer la protection des civils en raison de l'impact humanitaire des armes explosives en zone peuplée, comme l'ont fait les organismes de l'ONU et des organisations non gouvernementales. Un nombre grandissant d'États reconnaissent également les préoccupations humanitaires suscitées par ce phénomène.

Le CICR continue de documenter les conséquences de l'emploi de ces armes sur les civils dans un ensemble de conflits armés. Il examine aussi plus attentivement les caractéristiques techniques de certaines catégories d'armes explosives dont l'impact prévisible concerne une large zone lorsqu'elles sont utilisées dans des zones d'habitation. Il a engagé un dialogue avec certaines forces armées afin de mieux comprendre les politiques et pratiques militaires quant au choix et à l'utilisation d'armes explosives en zone peuplée. Il a également approfondi son analyse des règles du DIH encadrant l'utilisation d'armes explosives en zone peuplée. Afin d'orienter les débats et d'affiner ses vues sur ces questions, le CICR a organisé une réunion d'experts gouvernementaux et indépendants en février 2015⁵⁵. Les observations et vues actuelles du CICR sont exposées ci-après.

Délimiter la question : l'emploi d'« armes explosives » à « large rayon impact » dans des « zones fortement peuplées »

Les armes explosives, c'est-à-dire les armes qui blessent ou endommagent au moyen d'une force explosive⁵⁶, peuvent avoir un « large rayon d'impact » – ou un « large effet de zone – lorsqu'elles sont employées en zone peuplée pour les raisons suivantes :

- large rayon de destruction des munitions dû à leur puissant effet de souffle et à leur large rayon de fragmentation (comme les bombes de forte puissance, les mortiers et roquettes de gros calibre, les missiles guidés de grande puissance et les projectiles d'artillerie lourde) ;
- manque de précision du système de transport sur l'objectif (généralement armes à feu indirect telles que les mortiers, les roquettes et l'artillerie (en particulier lorsqu'ils utilisent des munitions non guidées) et bombes non guidées larguées par avion) ;
- système d'armement conçu pour délivrer de multiples munitions sur un large périmètre (comme les systèmes de lance-roquettes multiples).

À cet égard, le problème des armes explosives en zone peuplée ne concerne pas qu'une seule arme mais un ensemble de systèmes d'armement classiques et il est nécessaire de considérer les circonstances de leur emploi, notamment les vulnérabilités courantes des civils qui vivent en zone peuplée.

Dans la mesure où les engins explosifs improvisés (EEI) peuvent entrer dans une des trois catégories générales ci-dessus, ils suscitent eux aussi des préoccupations lorsqu'ils sont employés en zone peuplée.

Les termes « zones fortement peuplées » et « zones peuplées » doivent être entendus comme des synonymes de l'expression « concentration de civils », celle-ci étant le seul terme défini

⁵⁴ Résolution 7 du Conseil des Délégués de 2013, « Les armes et le droit international humanitaire » (CD/13/R7), para. 4.

⁵⁵ CICR, *Réunion d'experts – Armes explosives en zones peuplées, considérations humanitaires, juridiques, techniques et militaires*, CICR, Genève, juin 2015.

⁵⁶ Une « arme explosive » est définie comme une arme activée par la détonation d'une substance hautement explosive créant un effet de souffle et de fragmentation.

par les traités du DIH, comme dans l'expression « dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil. »⁵⁷.

Les attaques directes contre des civils ou des biens de caractère civil dépassent le champ de la présente discussion sur les armes explosives en zone peuplée, car ces attaques sont clairement illégales au regard du DIH indépendamment du type d'armes utilisé.

En résumé, les défis posés par les « armes explosives en zone peuplée » qui sont analysés ici renvoient à l'emploi d'armes explosives dont on peut attendre, en raison de leur large rayon d'impact, qu'elles causent de nombreuses victimes civiles et/ou d'importants dommages aux biens de caractère civil ainsi que des préjudices à long terme à la population civile lorsqu'elles sont employées contre un objectif militaire situé à l'intérieur d'une concentration de civils.

Une forte probabilité d'effets indiscriminés

Au vu des conséquences humanitaires exposées ci-dessus et comme il l'a précédemment déclaré, le CICR est d'avis que les armes explosives à large rayon d'impact ne doivent pas être employées dans des zones fortement peuplées en raison de la forte probabilité d'effets indiscriminés, ce qui signifie que leur utilisation contre des objectifs militaires situés en zone peuplée a toutes chances d'enfreindre les règles du DIH interdisant les attaques sans discrimination et disproportionnées.

Les attaques sont sans discrimination lorsqu'elles sont de nature à frapper sans distinction des objectifs militaires et des civils ou des biens de caractère civil, notamment parce qu'elles emploient des moyens et des méthodes de guerre qui ne peuvent être dirigés contre un objectif militaire précis ou dont les effets ne peuvent être limités comme l'exige le DIH⁵⁸. Les attaques disproportionnées et les bombardements de zones sont considérés comme des formes particulières d'attaques sans discrimination. La règle de proportionnalité interdit les attaques « dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu⁵⁹ ». Les bombardements de zones sont définis comme des « attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil⁶⁰ ». Les parties

⁵⁷ Le terme « concentration de civils » apparaît dans la règle interdisant le bombardement de zones, qui est un type d'attaque sans discrimination stipulé à l'article 51(5)(a) du Protocole additionnel I et aux articles 3(9) et 7(3) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs tels qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (adopté le 3 mai 1996 ; entré en vigueur le 3 décembre 1998), 2048 UNTS 93 (ci-après Protocole II à la Convention CAC tel que modifié). Le terme « concentration de civils » apparaît et est défini à l'article 1(2) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (ci-après Protocole III) de la Convention CAC (adopté le 10 octobre 1980 ; entré en vigueur le 2 décembre 1983), 1342 UNTS 137, comme « une concentration de civils, qu'elle soit permanente ou temporaire, telle qu'il en existe dans les parties habitées des villes ou dans les bourgs ou des villages habités ou comme celles que constituent les camps et les colonnes de réfugiés ou d'évacués, ou les groupes de nomades. ». L'expression « zones fortement peuplées », qui apparaît dans la règle exigeant des précautions contre les effets de l'attaque à l'article 58(b) du Protocole additionnel I, n'est pas définie dans le Protocole ni dans d'autres traités de DIH.

⁵⁸ Article 51(4) du Protocole additionnel I. Cette règle de DIH coutumier s'applique aux conflits armés internationaux et non internationaux.

⁵⁹ Article 51(5)(b) du Protocole additionnel I. Cette règle de DIH coutumier s'applique aux conflits armés internationaux et non internationaux.

⁶⁰ Article 51(5)(a) du Protocole additionnel I. Cette règle de DIH coutumier s'applique aux conflits armés internationaux et non internationaux.

à un conflit armé doivent respecter ces règles en toutes circonstances⁶¹, même si elles ne disposent pas d'armes ou de tactiques plus discriminantes.

Outre ces obligations, la règle de précaution dans l'attaque énoncée par le DIH exige que dans la conduite de leurs opérations militaires, les parties à un conflit armé veillent constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil⁶². Cette règle impose notamment que « ceux qui préparent ou décident une attaque » prennent « toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines au sein de la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment »⁶³. Dans la conduite d'hostilités en zone peuplée, la règle de précaution peut exiger que les parties choisissent l'arme la plus précise parmi celles dont elles disposent ou qu'elles envisagent d'autres armes et/ou tactiques.

Ce n'est pas a posteriori qu'il faut analyser si une attaque est indiscriminée ou si toutes les précautions pratiquement possibles ont été prises mais du point de vue du commandant sur la base des informations dont il dispose au moment de l'attaque. Ces informations comprennent les effets prévisibles des armes à sa disposition compte tenu de leurs caractéristiques intrinsèques, et les circonstances de leur utilisation, y compris l'environnement physique dans lequel l'objectif militaire est situé et la vulnérabilité de la population civile et des biens de caractère civil dans son voisinage. Parmi ces facteurs, le choix de l'arme et la manière dont elle sera utilisée sont ceux sur lesquels le commandant exerce le plus de contrôle. À cet égard, les variables relatives au choix et à l'utilisation d'armes que le commandant peut manipuler afin de respecter les règles du DIH mentionnées plus haut sont les suivantes : le type et la taille de l'ogive (munition), le type de détonateur, le système délivrant l'arme et la distance depuis laquelle l'arme est lancée, ainsi que l'angle et le moment de l'attaque. Les compétences techniques des forces armées dans la sélection et l'utilisation des armes sont également des facteurs déterminants pour le résultat d'une attaque⁶⁴. Néanmoins, même après avoir pris ces mesures et ces précautions, certaines armes explosives peuvent avoir d'importants effets incidents sur les personnes civiles et les biens de caractère civil lorsqu'elles sont employées en zone peuplée.

Même s'il n'est pas contesté que toute utilisation d'armes explosives en zone peuplée doit respecter les règles du DIH précitées, les points de vue divergent sur le fait de savoir si ces règles réglementent suffisamment l'usage de ces armes ou s'il est nécessaire de préciser leur interprétation ou d'établir de nouvelles normes ou règles. Au vu des effets des armes explosives observés aujourd'hui en zone peuplée, de graves questions se posent quant à la manière dont les parties qui emploient ces armes interprètent et appliquent le DIH. Les pratiques divergentes des forces militaires et les points de vue opposés parmi les experts et dans la jurisprudence des juridictions pénales internationales sur ce qui est ou n'est pas juridiquement acceptable sont sans doute le signe d'ambiguïtés du DIH et de nécessité pour les États de préciser leur interprétation des règles du DIH en la matière ou d'établir des normes plus claires pour protéger efficacement les civils.

⁶¹ Voir article 51.1 du Protocole additionnel I.

⁶² Article 57.1 du Protocole additionnel I. Cette règle de DIH coutumier s'applique aux conflits armés internationaux et non internationaux.

⁶³ Article 57(2)(a)(ii) du Protocole additionnel I. Cette règle de DIH coutumier s'applique aux conflits armés internationaux et non internationaux. Les « précautions possibles » sont décrites à l'article 3(10) du Protocole II à la Convention CAC tel que modifié comme étant celles qui sont « praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire. »

⁶⁴ Sur l'ensemble des facteurs concernant la sélection et l'emploi des armes, voir CICR, *Réunion d'experts – Armes explosives en zones peuplées : considérations humanitaires, juridiques, techniques et militaires*, CICR, Genève, juin 2015, pp. 5-6 et 24-30. Voir aussi Yves Sandoz *et al.* (dir. pub.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (ci-après *Commentaire des Protocoles additionnels*), CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1987, para. 2212.

Quoi qu'il en soit, l'interdiction des attaques sans discrimination et les règles de proportionnalité et de précaution dans l'attaque, qui trouvent chacune un délicat équilibre entre les considérations de nécessité militaire et d'humanité, ont été établies par les États dans l'objectif premier de protéger les civils et les biens de caractère civil contre les effets des hostilités. Les difficultés qui peuvent se poser dans leur interprétation et leur application à l'emploi d'armes explosives en zone peuplée doivent être résolues sans perdre de vue cet objectif premier. Plusieurs de ces difficultés sont exposées ci-après.

Emploi d'armes explosives en zone peuplée et interdiction des attaques sans discrimination

L'interdiction des attaques sans discrimination tient compte du fait que les moyens et les méthodes de guerre qui peuvent être employés en toute légitimité dans certaines situations pourraient, dans d'autres circonstances (y compris du fait de la manière dont ils sont utilisés), être de nature à frapper sans distinction des objectifs militaires ainsi que des civils et des biens de caractère civil⁶⁵. Sans nul doute possible, la guerre menée dans des zones peuplées est une situation qui peut conférer la qualité « d'indiscriminées » à des armes explosives qui pourraient être légalement utilisées dans d'autres circonstances, comme un champ de bataille ouvert.

L'interdiction des attaques sans discrimination couvre celles qui emploient une méthode ou un moyen de transport sur l'objectif qui ne peut être dirigé contre un objectif militaire déterminé⁶⁶. On ne sait pas très précisément ce que les États considèrent comme le degré ou la norme de précision d'une arme qui serait acceptable suivant cette règle, soit de manière générale, soit dans une situation opérationnelle donnée. Quoi qu'il en soit, toute norme de précision de ce type doit être cohérente avec l'objectif général de protection des civils contre les effets des hostilités.

Néanmoins, le manque de précision intrinsèque de certains types de systèmes d'armement explosifs – comme un grand nombre de systèmes d'artillerie, de mortiers et de lance-roquettes multiples employés aujourd'hui, surtout lorsqu'ils utilisent des munitions non guidées, ainsi que les bombes non guidées larguées par avion – suscitent de graves préoccupations au titre de l'interdiction des attaques sans discrimination lorsqu'ils sont utilisés en zone peuplée. Accroître la précision des systèmes de transport sur l'objectif contribuerait à réduire les larges effets de zone des armes dans les zones peuplées, mais la précision pourrait être rendue superflue par l'emploi de munitions de gros calibre – munitions ayant un large rayon de destruction par rapport à la taille de l'objectif militaire – qui pourrait encore être contraire au DIH.

Avec le développement de nouveaux moyens et méthodes de guerre, notamment les progrès des armes de précision, l'interprétation de l'interdiction des attaques sans discrimination pourrait devenir plus difficile. Ainsi, des objectifs militaires « nettement espacés et distincts » dans l'interdiction des bombardements de zones s'entendent d'objectifs militaires séparés par une distance au moins suffisante pour permettre de les attaquer séparément⁶⁷. Cette interprétation implique que l'application pratique de l'interdiction des bombardements de

⁶⁵ Voir Commentaire des Protocoles additionnels, para. 1962.

⁶⁶ Voir article 51(4)(b) du Protocole additionnel I. L'article 3(8) du Protocole II à la Convention CAC tel que modifié comprend, dans sa définition de l'« emploi sans discrimination » de mines, de pièges et d'autres dispositifs, toute mise en place de ces armes « qui implique *une méthode ou un moyen de transport sur l'objectif* tel que ces armes ne peuvent pas être dirigées contre un objectif militaire spécifique » (nos italiques).

⁶⁷ Voir Commentaire des Protocoles additionnels, para. 1975 : « Dès que la distance qui sépare deux objectifs militaires est suffisante, compte tenu des moyens à disposition, pour qu'ils soient attaqués séparément, la règle trouve sa pleine application. Mais, même si cette distance est insuffisante, il y a lieu de tenir compte des pertes excessives que l'attaque pourrait provoquer. »

zones, et par extension de l'interdiction des attaques sans discrimination, pourrait évoluer en fonction du développement des capacités des nouvelles armes.

Effets indirects de l'utilisation d'armes explosives en zone peuplée et règles de proportionnalité et de précautions dans l'attaque

Les effets les plus visibles d'une attaque faisant appel à des armes explosives en zone peuplée sont les décès et blessures causés aux civils et les dommages immédiats (ou « directs ») aux biens de caractère civil résultant des effets de souffle et de fragmentation des armes. Les effets moins visibles, mais tout aussi dévastateurs, sont les effets indirects (également appelés effets à « long terme ») de l'attaque, conséquences des dommages incidemment causés à certains objets civils. Ainsi, il est probable que les dommages incidents subis par les habitations civiles entraîneront des déplacements de civils, tandis que les dommages incidents aux hôpitaux causeront vraisemblablement des perturbations dans les services médicaux qui, à leur tour, entraîneront probablement des décès parmi les patients. Les infrastructures civiles critiques, comme les installations vitales d'eau et d'électricité et les réseaux de distribution, sont particulièrement fragiles et vulnérables aux effets incidents des armes explosives. L'interconnexion des services essentiels qui dépendent d'infrastructures critiques est telle que la perturbation d'un service aura des effets indirects sur les autres services. Ainsi, les dommages causés incidemment aux infrastructures critiques peuvent gravement perturber des services essentiels dont la population civile a besoin pour sa survie, comme les soins de santé, l'approvisionnement en énergie et en eau et la gestion des déchets, ce qui entraîne des épidémies et de nouveaux décès. Ces effets sont multipliés lorsque les hostilités perdurent et que des armes explosives sont employées en zone peuplée sur une période prolongée.

La question qui se pose est de savoir si l'attaquant doit prendre en compte les effets indirects d'une attaque utilisant des armes explosives en zone peuplée dans l'analyse des victimes civiles et des dommages aux biens de caractère civil causés incidemment, comme l'exigent les règles de proportionnalité et de précaution dans l'attaque énoncées par le DIH, qui ont été rappelées plus haut. Tout en reconnaissant qu'il n'est ni pratique ni possible pour les commandants d'envisager tous les effets possibles d'une attaque, le CICR considère que les effets indirects qui sont prévisibles dans les circonstances doivent être pris en compte.

Bien que ce point de vue recueille certains soutiens, des incertitudes demeurent quant aux effets indirects qui sont effectivement « prévisibles ». Même si, comme il est expliqué plus haut, cette analyse est propre au contexte, le CICR estime qu'elle est objectivement encadrée par ce qui est prévisible sur la base de la norme selon laquelle « une personne ayant une connaissance suffisante de la situation dans laquelle se trouvait [l'attaquant], et exploitant judicieusement les informations à sa disposition »⁶⁸. À cet égard, le CICR estime que ceux qui préparent une attaque et décident d'attaquer ont l'obligation de faire tout ce qui est pratiquement possible pour obtenir des informations qui permettront d'effectuer une analyse pertinente des effets incidents prévisibles sur les civils et les biens de caractère civil. En outre, ce qui est objectivement prévisible par un commandant dans une situation donnée doit reposer sur l'expérience et sur ce qu'il a appris des forces armées de son pays. Il doit aussi tenir compte, le cas échéant, de l'expérience grandissante des forces armées en matière de guerre urbaine. Autrement dit, l'élargissement des connaissances que l'on a sur les effets indirects de l'emploi des armes explosives en zone peuplée doit éclairer les analyses et les décisions futures en vertu des règles de proportionnalité et de précaution dans l'attaque.

Il est malaisé de déterminer comment les forces armées intègrent l'obligation de tenir compte des effets incidents indirects prévisibles sur les civils et les biens de caractère civil dans leurs politiques et pratiques militaires, par exemple dans les estimations de dommages collatéraux. Au vu des effets des armes explosives en zone peuplée, à savoir les graves préjudices subis

⁶⁸ TPIY, *Le Procureur c/ Stanislav Galić*, Affaire n° IT-98-29, jugement, 5 décembre 2003, para. 58.

aujourd'hui par les civils, on ne peut que douter que les effets indirects soient suffisamment pris en compte comme l'exigent les règles de proportionnalité et de précautions dans l'attaque.

Vers une meilleure compréhension des positions, des politiques et des pratiques des États

La guerre conduite dans des zones fortement peuplées, où les objectifs militaires se confondent étroitement avec les personnes et les biens protégés, représente un important défi opérationnel pour les forces armées. Un commandant militaire a le devoir de minimiser les effets incidents d'une attaque sur les civils et ce devoir est renforcé dans un environnement où les civils et les infrastructures civiles sont les principales caractéristiques du théâtre des opérations. Il en va de même lorsque la partie adverse se mêle délibérément aux civils pour abriter ses activités militaires – un comportement illicite qui, pourtant, n'exonère pas la partie attaquante de ses propres obligations en vertu du DIH. La guerre urbaine implique donc un processus d'analyse plus exigeant dans la phase de préparation et des décisions complexes en temps réel. Comme on l'a vu plus haut, le commandant militaire doit tenir compte d'un plus grand nombre de facteurs que lorsqu'il conduit les hostilités en zone ouverte.

Plus encore qu'en zone ouverte, la capacité d'un attaquant à respecter le DIH en zone peuplée dépend des moyens et des méthodes de guerre qu'il choisit d'employer ou de ne pas employer compte tenu des effets prévisibles dans un tel environnement, y compris leurs effets indirects. Bien que certaines pratiques militaires, comme les méthodologies « d'estimation des dommages collatéraux » et les « distances de sécurité minimales », ainsi que les enseignements tirés des « évaluations des dommages causés par les combats » après l'attaque et des « analyses après action » puissent aider à minimiser les préjudices incidents subis par les civils, on ne sait pas comment elles intègrent les exigences des règles du DIH analysées plus haut.

Ce qui semble certain, c'est qu'une formation approfondie des forces armées à la sélection et à l'utilisation des méthodes et moyens de guerre en zone peuplée, y compris aux capacités techniques des armes dont ils disposent, est indispensable pour éviter ou réduire au minimum les préjudices incidents causés aux civils dans cet environnement. De plus, des directives de ciblage spécifiques applicables à l'utilisation de certaines armes explosives en zone peuplée peuvent être nécessaires pour garantir le respect du DIH.

Pourtant, seules quelques forces armées ont fait savoir qu'elles se forment expressément à la guerre urbaine ou appliquent autrement des limites spécifiques en ce qui concerne le choix et l'utilisation d'armes explosives en zone peuplée afin de réduire au minimum les préjudices incidents subis par les civils. Une meilleure connaissance des politiques et des pratiques militaires et une plus grande clarté sur l'interprétation et l'application par les États des règles du DIH à l'emploi d'armes explosives en zone peuplée pourraient éclairer les débats sur cette importante question humanitaire, favoriser la convergence des points de vue et aider les parties aux conflits armés qui tentent de bonne foi de respecter le droit. À terme, cela permettra une meilleure protection des civils dans les zones peuplées.

3) Des transferts d'armes responsables

Le CICR, le Mouvement et la Conférence internationale expriment depuis longtemps leurs préoccupations relatives aux souffrances humaines résultant de la disponibilité insuffisamment réglementée et de l'emploi abusif des armes classiques. L'étude de 1999 du CICR intitulée *La disponibilité des armes et la situation des civils dans les conflits armés*, demandée par la XXVI^e Conférence internationale, a constaté que la prolifération incontrôlée des armes et des munitions a, entre autres effets, celui de faciliter les violations du DIH, d'engendrer des niveaux élevés d'insécurité qui font obstacle à l'aide humanitaire et de contribuer à prolonger la durée

des conflits armés. En s'appuyant notamment sur ces constats, qui ont été validés par le Mouvement, les XXVII^e, XXVIII^e et XXXI^e Conférences internationales ont à leur tour engagé les États à améliorer la protection des civils en renforçant les contrôles sur la disponibilité des armes et des munitions au niveau national, régional et international. Fait décisif, comme l'a réitéré la XXXI^e Conférence internationale, les États ont rappelé leur obligation de respecter et de faire respecter le DIH. Sur cette base, ils se sont engagés à faire du respect du DIH l'un des critères importants de l'évaluation des décisions en matière de transfert d'armes, afin que les armes et les munitions ne finissent pas entre les mains de ceux qui les utiliseront probablement pour violer le DIH⁶⁹.

De considérables progrès ont été accomplis en quelques années dans la tenue de ces engagements. Le respect du DIH est un des critères de transfert prévus dans plusieurs instruments régionaux relatifs au transfert d'armes adoptés au cours des dix dernières années⁷⁰. Mais ces instruments s'appliquent à de petits groupes d'États et diffèrent par la portée des armes visées et le niveau de risque qui empêcherait les transferts d'armes⁷¹. Avec le Traité sur le commerce des armes (TCA), adopté en avril 2013 et entré en vigueur en décembre 2014, les États ont établi des normes internationales communes pour le transfert des armes classiques, de leurs pièces et composants et de leurs munitions, dans l'objectif exprès de réduire les souffrances humaines. L'obligation de respecter et de faire respecter le DIH dont chaque État est tenu est un « principe » clé qui sous-tend ces normes et qui est explicitement rappelé dans le préambule du traité.

Aujourd'hui, alors que les armes continuent d'affluer vers des conflits armés dans le cadre desquels de graves violations du DIH sont rapportées, le TCA, les instruments régionaux en matière de transfert d'armes et l'obligation qui pèse sur chaque État de respecter et de faire respecter le DIH forment un solide cadre juridique pour des transferts d'armes responsables. Fidèlement interprété et appliqué, ce cadre pourrait améliorer la protection des civils dans les conflits armés. Il gagnera progressivement en efficacité à mesure que de nouveaux États viendront rejoindre les rangs des États parties au TCA.

Il faut souligner que les transferts d'armes effectués par des États non parties au TCA ni à des instruments régionaux ne se produisent pas dans un vide juridique. À tout le moins, en ce qui concerne toutes les formes de soutien qu'ils apportent aux parties à des conflits armés, dont la fourniture d'armes, tous les États doivent « faire respecter » le DIH « en toutes circonstances » comme l'exige l'article premier commun. Telle que cette obligation est interprétée, elle confère également aux États non impliqués dans un conflit armé un devoir de

⁶⁹ Résolution 2 de la XXXI^e Conférence internationale, « Plan d'action quadriennal pour la mise en œuvre du droit international humanitaire » Objectif 5.

⁷⁰ Voir les instruments régionaux à caractère contraignant ci-après : Position commune 2008/944/PESC du Conseil [de l'UE] définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires, critère 2(c) ; Convention de la CEDEAO sur les armes légères et de petit calibre, leurs munitions et autres matériels connexes (2006), Article 6(3) ; Convention de l'Afrique centrale pour le contrôle des armes légères et de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composants pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage (Convention de Kinshasa, 2010 – non entrée en vigueur), article 5(5)(a). Voir aussi les lignes directrices ou codes de conduite régionaux tels que : Code de conduite des États d'Amérique centrale en matière de transfert d'armes, de munitions, d'explosifs et autres éléments connexes (2005), article 1.1) ; Organisation des États américains, Règlement-type du contrôle des courtiers en armes à feu, de leurs pièces détachées et composants ainsi que des munitions (2004), article 5.1) ; Guide des meilleures pratiques pour la mise en œuvre de la Déclaration de Nairobi et du Protocole de Nairobi sur les armes légères et de petit calibre (2005), section 2.2.3(b).

⁷¹ Par exemple, en limitant l'examen aux trois instruments régionaux juridiquement contraignants : la position commune de l'UE dispose que les autorisations d'exportation d'armes sont refusées s'il existe un « risque manifeste » que les armes servent à commettre des violations graves du DIH ; la Convention de la CEDEAO interdit les transferts d'armes lorsque les armes sont « destinées à être utilisées » pour commettre de telles violations et la Convention de Kinshasa interdit ces transferts lorsque les armes sont « susceptibles » d'être utilisées pour commettre des crimes de guerre.

faire respecter le DIH par les parties au conflit, qui comporte une obligation négative ainsi qu'une obligation positive⁷².

En vertu de l'obligation négative, un État doit s'abstenir d'encourager une partie à violer le DIH à travers le transfert d'armes et de munitions et ne doit pas prendre de mesures qui constitueraient une aide ou une assistance à de telles violations⁷³. Le CICR pense que l'obligation résultant de l'article premier commun ne se limite pas à des mesures constitutives d'une « aide ou d'une assistance » apportée sciemment dans la commission de la violation, comme le requiert l'article 16 des Articles sur la responsabilité des États⁷⁴. Pour empêcher des mesures qui encourageraient, aideraient ou assisteraient la commission de violations, un État devrait déterminer si l'État ou la partie au conflit à laquelle les armes ou munitions seraient transférées risque de les employer pour violer le DIH. Si, sur la base de cette analyse du risque, il existe un risque important ou manifeste que les armes puissent être ainsi employées, l'État doit s'abstenir de les transférer.

Au-delà de cette obligation négative, l'obligation de faire respecter le DIH exige qu'un État prenne des mesures positives pour prévenir des violations du DIH lorsqu'il existe un certain degré de prévisibilité qu'elles soient commises et pour empêcher de nouvelles violations si elles se sont déjà produites. Le devoir de faire respecter le DIH qui s'impose ici à un État est un devoir de diligence, dont la teneur dépend des circonstances, du degré d'influence qui peut être exercé sur les responsables des violations et de la gravité de la violation. Un État qui a déjà transféré des armes à un autre État ou partie au conflit pourrait influencer le comportement du destinataire et faire ainsi respecter le DIH. Dans ce cas, l'État doit faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir pour s'acquitter de ce devoir ; il dispose pour cela de plusieurs moyens, notamment dans le contexte des décisions en matière de transfert d'armes.

Ces limites aux transferts d'armes résultant, comme le pense le CICR, de l'obligation de faire respecter le DIH imposée par l'article premier, sont complétées par les dispositions du TCA et les instruments régionaux relatifs aux transferts d'armes qui restreignent les transferts sur la base du respect du DIH et du DIDH.

L'une des avancées les plus louables du TCA récemment adopté est l'interdiction absolue des transferts d'armes (article 6) et les obligations d'évaluation des demandes d'exportation (article 7) qui lient la décision de transfert à la probabilité de violations graves du DIH ou du DIDH⁷⁵. L'article 6(3) énonce en particulier une interdiction absolue du transfert d'armes, de munitions et de pièces et de composants lorsqu'un État partie sait, à la date de l'autorisation, que les armes ou les biens pourraient servir à commettre, entre autres crimes, « des violations graves des Conventions de Genève de 1949, des attaques dirigées contre des civils ou des biens de caractère civil et protégés comme tels, ou d'autres crimes de guerre tels que définis par des accords internationaux auxquels il est partie. ». Ce qui constitue un crime de guerre repose sur un ensemble variable de normes dépendant des traités auxquels l'État qui procède au transfert est partie. Plusieurs États parties ont déclaré lors de la ratification qu'à leur sens, l'article 6(3) recouvre un large ensemble de crimes de guerre dans tous les types de conflit armé, au rang desquels figurent des violations graves de l'article 3 commun. Le CICR recommande, en gardant également à l'esprit les exigences distinctes énoncées par

⁷² L'obligation de faire respecter le DIH dans ses aspects négatifs aussi bien que positifs est une règle du DIH coutumier dans les conflits armés internationaux et non internationaux. « Les États ne peuvent pas encourager les parties à un conflit armé à commettre des violations du droit international humanitaire. Ils doivent dans la mesure du possible exercer leur influence pour faire cesser les violations du droit international humanitaire. » Règle 144 de l'étude du CICR sur le DIH coutumier.

⁷³ Cette « obligation négative » de faire respecter le DIH a été reconnue par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, Arrêt du 27 juin 1986, para. 220.

⁷⁴ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptés en vertu d'une Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 56/83, A/RES/56/83, 28 janvier 2002.

⁷⁵ Voir, de manière générale, CICR, *The Arms Trade Treaty from a humanitarian perspective*, à paraître.

l'article premier commun, que les États adoptent une large définition des crimes de guerre dans toute législation de transposition.

Lorsqu'une exportation d'armes ou de biens connexes n'est pas interdite par l'article 6 du TCA, un État partie est en outre tenu par l'article 7 d'évaluer « de manière objective et non discriminatoire » si l'exportation de ces armes ou biens « contribuerait ou porterait atteinte à la paix et à la sécurité » et si, entre autres conséquences négatives possibles, elle « pourrait servir à ... commettre une violation grave du droit international humanitaire ». Cette évaluation des risques doit également envisager si « des mesures pourraient être adoptées pour atténuer les risques » de ces conséquences négatives.

L'État partie doit refuser l'autorisation d'exportation si, à l'issue de cette évaluation, il « estime qu'il existe un risque prépondérant » de réalisation de ces conséquences négatives, ce qui semble suggérer une mise en balance des intérêts visés à l'article 7. Plusieurs États parties ont déclaré, lors de la ratification, qu'ils interpréteront le terme « prépondérant » comme « important » ou « manifeste ». D'autres ont déclaré que pour eux, il existerait un « risque prépondérant » à chaque fois qu'il existe un risque de réalisation des conséquences négatives énoncées dans cette disposition, même après avoir envisagé des mesures d'atténuation. De l'avis du CICR, ces interprétations sont conformes à l'obligation de faire respecter le DIH dans la mesure où elles feraient obstacle aux transferts d'armes en vertu de l'article 7 face à des risques évidents que de graves violations du DIH puissent être commises ou facilitées.

En ce qui concerne les facteurs que les États doivent prendre en compte dans l'évaluation des risques intervenant dans les décisions de transfert d'armes, le CICR a proposé un ensemble d'indicateurs, notamment la manière dont le destinataire respecte et a respecté le DIH, ses engagements formels de respecter le DIH, les mesures qu'il prend pour s'assurer que ses forces armées respectent le DIH ; s'il a mis en place les mesures juridiques, judiciaires et administratives nécessaires en vue de réprimer les violations graves du DIH ; et s'il a pris des mesures pour empêcher que les armes soient détournées vers un tiers, par exemple des procédures adéquates de gestion des stocks et de contrôles de sécurité et de contrôles aux frontières dans l'État destinataire⁷⁶.

Au vu de l'obligation de faire respecter le DIH édictée par l'article premier commun et du fait qu'un nombre croissant d'États se sont expressément engagés, par le biais du TCA ou d'instruments régionaux, à tenir compte du respect du DIH dans leurs décisions en matière de transfert d'armes, il s'agit maintenant de s'assurer que ces exigences sont effectivement et uniformément appliquées. Il est en effet urgent de refermer l'écart qui subsiste entre le devoir de faire respecter le DIH dans les décisions en matière de transfert d'armes et les pratiques effectives de trop nombreux États dans ce domaine. Cela contribuera grandement à contrôler la disponibilité des armes classiques, ce qui les empêchera de tomber entre les mains de ceux qui risquent de s'en servir pour commettre des violations graves du DIH et, à terme, à mieux protéger les civils dans les situations de conflit armé et d'après-conflit.

4) Les armes nucléaires

Depuis 1945, le Mouvement a exprimé à de multiples reprises ses préoccupations quant aux terribles conséquences humanitaires des armes nucléaires et a appelé les États à interdire ces armes. L'appel le plus récent, adopté par le Conseil des Délégués de 2011, demande aux États de veiller à ce que les armes nucléaires ne soient plus jamais utilisées et de négocier et conclure sans tarder un accord international juridiquement contraignant afin d'interdire l'emploi

⁷⁶ Voir CICR, *Décisions en matière de transfert d'armes : Application des critères fondés sur le droit international humanitaire, Guide pratique*, Genève, 2007 (2^e édition à paraître). Des indicateurs similaires figurent dans le texte actualisé en 2015 du *Guide d'utilisation de la position commune 2008/944/PESC du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires*, Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 2015.

des armes nucléaires et de parvenir à leur élimination totale sur la base des obligations internationales et des engagements existants⁷⁷.

Les préoccupations du Mouvement relatives aux armes nucléaires découlent de l'expérience directe de la Société japonaise de la Croix-Rouge et du CICR dans leurs efforts pour aider les victimes des bombes nucléaires larguées sur Hiroshima et Nagasaki en 1945, et du traitement par la Société japonaise de la Croix-Rouge, encore aujourd'hui, de dizaines de milliers de survivants qui ont souffert des effets à long terme de l'exposition aux radiations nucléaires. Elles se fondent également sur des évaluations approfondies réalisées par le CICR⁷⁸ et d'autres organisations⁷⁹, qui ont conclu qu'à ce jour aucun moyen efficace d'aider une fraction importante des survivants d'une explosion nucléaire tout en protégeant adéquatement ceux qui leur prêtent assistance n'existe au niveau national et n'est réalisable au niveau international.

Les connaissances relatives à l'impact humanitaire des armes nucléaires ont été également enrichies par trois conférences internationales accueillies par les gouvernements de la Norvège (Oslo, mars 2013), du Mexique (Nayarit, février 2014) et de l'Autriche (Vienne, décembre 2014). Les discussions qu'elles ont permises ont développé l'état des connaissances sur les effets des armes nucléaires et ont révélé des préoccupations nouvelles, comme l'impact potentiel d'un échange nucléaire limité sur le climat et la production alimentaire mondiaux.

Les effets des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki et des études ultérieures ont montré que les armes nucléaires ont de graves conséquences immédiates et à long terme en raison de la chaleur, du souffle et des radiations générés par l'explosion et des distances sur lesquelles ces forces peuvent se propager. Les caractéristiques particulières des armes nucléaires ont été reconnues par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans son Avis consultatif de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires⁸⁰. La CIJ a également observé que « [l]e pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. » Pour le CICR, le nombre de victimes civiles et l'ampleur des destructions qui résulteraient de l'emploi d'une arme nucléaire dans une zone peuplée ou à proximité et ses effets à long terme sur la santé humaine et l'environnement soulèvent de graves questions sur la compatibilité de cette arme avec le DIH.

Règles du DIH organisant la conduite des hostilités et armes nucléaires

Bien que le DIH n'interdise pas expressément les armes nucléaires, leur emploi est restreint par les règles générales du DIH organisant la conduite des hostilités, qui s'appliquent à l'emploi de toutes les armes dans un conflit armé⁸¹. Les questions et préoccupations les plus graves qui se posent lorsque l'emploi d'armes nucléaires est envisagé en vertu de certaines de ces règles essentielles sont examinées ci-après.

⁷⁷ Résolution 1 du Conseil des Délégués de 2013, « Vers l'élimination des armes nucléaires », disponible à l'adresse suivante : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/council-delegates-2013/cod13-r1-nuclear-weapons-adopted-fre.pdf>

⁷⁸ Dominique Loye et Robin Coupland, « Armes nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques – Qui portera assistance aux victimes, et comment ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 866, juin 2007, pp. 329-344 ; Dominique Loye et Robin Coupland, « Assistance internationale aux victimes de l'emploi d'armes nucléaires, radiologiques, biologiques et chimiques : une approche plus réaliste s'impose-t-elle ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 874, juin 2009, pp. 329-340.

⁷⁹ Voir, par exemple, John Borrie et Tim Caughley, *An Illusion of Safety: Challenges of Nuclear Weapon Detonations for United Nations Humanitarian Coordination and Response* (UNIDIR/2014/6), UNIDIR, 2014, disponible à l'adresse suivante : www.unidir.org/illusionofsafety.

⁸⁰ Voir note 44 *supra*.

⁸¹ *Ibid.* sur l'application des règles générales du DIH aux armes nucléaires, telle que reconnue par la CIJ.

Interdiction des attaques sans discrimination : Cette règle interdit les attaques de nature à frapper sans distinction des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil. Est assimilé à de telles attaques l'emploi d'armes qui ne peuvent être dirigées vers un objectif militaire précis ou dont les effets ne peuvent être limités comme l'exige le DIH.

De sérieux doutes existent quant à la possibilité d'employer des armes nucléaires conformément à cette règle. Ces armes sont en effet conçues pour disperser de la chaleur, des effets de souffle et des radiations et, dans la plupart des scénarios, sur une très large superficie. Ainsi, une seule bombe de 10 à 20 kilotonnes (la charge des bombes larguées sur Hiroshima et Nagasaki, qui sont de petites bombes selon les normes actuelles) dans une zone peuplée ou à proximité ferait probablement de très nombreuses victimes civiles, même si les effets précis dans un scénario donné dépendent de plusieurs facteurs. On peut anticiper que la chaleur générée par l'explosion causerait de graves brûlures sur les peaux exposées jusqu'à trois kilomètres de l'épicentre et des destructions massives de bâtiments et d'infrastructures dans un rayon de plusieurs kilomètres. De tels effets indiqueraient une attaque qui frappe sans distinction des objectifs militaires et des civils et des biens de caractère civil.

Il existe aussi un risque important que les effets d'une telle explosion ne soient pas limités dans l'espace et dans le temps, comme l'exige le DIH. C'est vrai, en particulier, des incendies intenses, voire des tempêtes de feu, que peut déclencher la chaleur produite par une explosion nucléaire. La même préoccupation vaut pour les retombées radioactives. S'il est certain que les particules radioactives retomberont dans la zone immédiate affectée par l'explosion, elles peuvent aussi se disperser sur de grandes distances et même dans d'autres pays, emportées par le vent et d'autres phénomènes météorologiques.

Proportionnalité dans l'attaque : La nature des effets produits par une arme nucléaire suscite également des doutes quant à la possibilité qu'une attaque employant une telle arme dans une zone peuplée ou à proximité puisse respecter la règle de proportionnalité dans l'attaque. Celle-ci exige que les victimes civiles et/ou les dommages à des biens de caractère civil attendus d'une attaque contre un objectif militaire ne soient pas démesurés par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Du point de vue du CICR, une partie qui a l'intention d'employer une arme nucléaire devrait tenir compte, dans le cadre de l'analyse de proportionnalité, non seulement des décès et des blessures immédiats de personnes civiles et des dommages immédiats à des biens de caractère civil (comme les habitations, les bâtiments et les infrastructures civiles) anticipés, mais aussi des effets indirects prévisibles de l'attaque⁸². Les effets indirects sont ceux qui sont causés par la destruction ou l'endommagement des systèmes de distribution d'eau et d'électricité et d'autres infrastructures critiques dont dépendent des services essentiels pour la population civile, notamment les services de santé. Ce sont aussi les effets à long terme de l'exposition aux radiations, en particulier les maladies et les cancers qui en résultent au sein de la population civile. Ces conséquences peuvent évidemment être anticipées compte tenu de ce que l'on sait aujourd'hui des armes nucléaires.

Protection de l'environnement naturel : Suivant cette règle coutumière du DIH, qui s'écarte légèrement de celle du Protocole additionnel I, tous les moyens et méthodes de guerre doivent être employés en tenant dûment compte de la protection et de la préservation de l'environnement naturel et toutes les précautions possibles doivent être prises pour éviter, et en tout cas minimiser, les dommages incidents à l'environnement. Ainsi, toute décision d'employer des armes nucléaires doit tenir compte de l'impact potentiel sur l'environnement et des dommages qui seraient causés à long terme, y compris des effets à long terme prévisibles. L'emploi d'une seule arme nucléaire peut avoir d'importants effets sur l'environnement naturel

⁸² Sur ce point, voir section VII.2 *supra* sur l'emploi d'armes explosives en zone peuplée.

en raison de l'impact des poussières, de la suie et des particules radioactives sur l'atmosphère, le sol, les plantes et les animaux.

Souffrances inutiles des combattants : Bien que les combattants puissent être légalement attaqués dans un conflit armé, le DIH interdit l'emploi d'armes susceptibles de causer des maux superflus ou des souffrances inutiles, à savoir des maux ou des souffrances démesurés par rapport à l'avantage militaire recherché. L'explosion d'une arme nucléaire produit des niveaux de radiation importants, et souvent fatals, qui ont des conséquences dévastatrices immédiates et à long terme pour la santé des individus exposés, notamment des lésions du système nerveux central et du tube digestif et un risque accru de développer certains cancers, comme la leucémie et le cancer de la thyroïde. Les maladies à court et long terme, l'invalidité permanente et les souffrances causées par l'exposition aux radiations soulèvent de sérieuses questions sur la compatibilité des armes nucléaires avec cette règle.

Difficulté d'envisager la compatibilité de l'emploi d'armes nucléaires avec le DIH

Des États et des commentateurs ont soutenu que les armes nucléaires de faible puissance peuvent être compatibles avec les règles du DIH⁸³. Si l'emploi d'armes nucléaires de faible charge dans une zone isolée, contre des troupes dans un désert ou contre une flotte en mer, peut ne pas avoir d'effets immédiats sur les civils, de graves préoccupations demeurent quant à l'impact des radiations sur les combattants, la contamination radiologique de l'environnement et la propagation à terme des radiations aux zones civiles. Tout aussi troublant est le risque que des armes nucléaires soient employées en riposte à une telle attaque, ce qui entraînerait probablement une nouvelle escalade impliquant un recours encore plus important des deux parties aux armes nucléaires, avec des conséquences humanitaires catastrophiques.

Dans son avis consultatif de 1996, la CIJ a conclu que l'emploi d'armes nucléaires « serait généralement contraire » aux principes et règles du DIH. Toutefois, la Cour n'est pas parvenue à trancher sur la licéité ou l'illicéité d'un tel emploi « dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause ». À cet égard, elle n'a pas conclu que l'emploi d'armes nucléaires serait autorisé dans un cas extrême de légitime défense. En réalité, elle a indiqué que l'état du droit international et les faits à sa disposition à l'époque ne lui permettaient pas de tirer une conclusion définitive.

Le CICR considère que l'exercice de la légitime défense – même dans une situation extrême où la survie même d'un État est en jeu – ne peut en aucun cas exonérer cet État de ses obligations en vertu du DIH. La légitime défense doit être exercée en tenant dûment compte du DIH, quelles que soient les circonstances, et non en violation des règles précisément destinées à atténuer les souffrances causées par les conflits armés.

Ces préoccupations ont conduit le Mouvement à conclure en 2011 « [qu']il est difficilement envisageable qu'un emploi d'armes nucléaires puisse être compatible avec les règles du droit international humanitaire ». De l'avis du CICR, les éléments et informations nouveaux qui sont apparus ces dernières années, notamment dans le cadre de conférences internationales sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, confortent les doutes quant à la possibilité que des armes nucléaires puissent un jour être employées conformément aux règles précitées du DIH.

Empêcher l'emploi d'armes nucléaires exige que les États honorent leurs obligations et leurs engagements existants de poursuivre les négociations visant à interdire leur emploi et à les

⁸³ En 1996, après avoir examiné la question, la CIJ a déclaré qu'aucun des États qui soutiennent qu'il serait licite d'utiliser des armes nucléaires dans de telles circonstances n'avait indiqué quelles seraient les circonstances précises justifiant un tel emploi, ni démontré que cet emploi limité ne conduirait pas à une escalade vers un recours généralisé aux armes nucléaires de forte puissance (voir note 52 *supra*, par. 94).

éliminer totalement par un accord juridiquement contraignant. Le CICR a appelé les États à établir pour cela un cadre assorti de délais précis. Il a également demandé aux États qui possèdent l'arme nucléaire de réduire, dans l'intervalle, les risques d'explosions nucléaires accidentelles ou intentionnelles en diminuant le rôle des armes nucléaires dans leur doctrine militaire et en abaissant le nombre d'armes nucléaires en état d'alerte, conformément aux engagements pris.

VIII. Entreprises militaires et de sécurité privées

Le recours croissant à des entreprises militaires et de sécurité privées dans les conflits armés observé il y a une dizaine d'années a suscité des préoccupations quant aux possibles implications pour la protection de la population civile⁸⁴. Conscients des défis humanitaires, la Suisse et le CICR ont lancé une initiative commune qui a abouti à l'adoption, en 2008, du Document de Montreux, dont l'objectif est de définir comment le droit international s'applique aux activités des EMSP présentes sur le lieu de conflits armés. Ce texte réaffirme les obligations internationales des États et donne des exemples de bonnes pratiques pour les aider à encourager ces entreprises à respecter le droit international.

Bien que le recours aux EMSP pour fournir des services qui les rapprochent des activités de combat ait diminué, des entreprises privées continuent de travailler en situation de conflit armé, à évoluer et à se diversifier. Il reste donc nécessaire d'œuvrer à l'application des règles et des bonnes pratiques énoncées dans le Document de Montreux. Des difficultés peuvent aussi se poser du fait de l'intervention d'EMSP après un conflit et dans d'autres situations comparables. Dans ces contextes, et dans d'autres, l'emploi de la force par les EMSP, pour ne donner qu'un exemple saillant, doit être strictement réglementé afin de prévenir les abus.

Réglementer les EMSP : initiatives internationales complémentaires

Le Document de Montreux est un élément important des efforts plus généraux pour préciser, réaffirmer et développer les normes juridiques internationales visant à faire mieux respecter le droit international dans les situations où les entreprises militaires et de sécurité privées interviennent. D'autres initiatives internationales ont également été prises ces dernières années pour réglementer les activités des entreprises privées. Ainsi, des discussions sont en cours à l'ONU autour de l'élaboration possible d'une convention internationale pour réglementer les EMSP. Un tel instrument édicterait de nouvelles obligations pour les États et pourrait ainsi aller au-delà du Document de Montreux, qui, avant tout, reformulait les obligations internationales existantes des États liées aux EMSP. Dans ce contexte, il faut rappeler que le Document de Montreux n'est pas – et n'était pas censé être – le texte unique et définitif apte à traiter des questions juridiques liées aux EMSP.

Bien que les autres initiatives se différencient Document de Montreux et adoptent une approche distincte de celui-ci, le CICR pense qu'elles doivent être considérées comme complémentaires. Toutes ont pour objectif de promouvoir le respect du droit international. Elles ont aussi un important rôle à jouer pour faire en sorte que les EMSP ne commettent pas d'actes contraires au droit international. Ce qui importe, en dernier ressort, c'est que ces différentes initiatives constituent un réseau d'obligations, de normes et de bonnes pratiques qui se renforcent mutuellement et doivent servir à améliorer la protection des personnes touchées par un conflit armé (ou de celles qui se trouvent dans des situations de moindre intensité que celle d'un conflit armé).

⁸⁴ Ces préoccupations ont été exposées de manière assez détaillée dans les deux précédents rapports sur le DIH et les défis des conflits armés contemporains soumis respectivement aux XXX^e et XXXI^e Conférences internationales.

Conférence Montreux +5 : progrès et défis

Reconnaissant les possibles conséquences humanitaires des activités des entreprises militaires et de sécurité privées, le CICR poursuit un objectif exclusivement humanitaire consistant à promouvoir le respect du DIH et du DIDH dans les situations de conflit armé où ces entreprises sont présentes. C'est dans ce but que le CICR continue d'œuvrer au respect total des obligations existantes des États en vertu du droit international, qui sont exposées dans le Document de Montreux.

En décembre 2013, la Suisse et le CICR ont accueilli la conférence Montreux +5 afin de marquer le cinquième anniversaire de la finalisation du Document et de faire le point sur les progrès réalisés. Les États signataires, qui étaient 17 initialement, sont aujourd'hui 52 et le texte a également été accepté par trois organisations internationales. Outre l'augmentation du nombre d'adhésions, d'importants progrès vers la réalisation des objectifs humanitaires qui sous-tendent le Document de Montreux ont été accomplis depuis son adoption il y a sept ans. Le Document a également précisé que les obligations internationales s'appliquent aux activités des EMSP. Il a d'ores et déjà aidé à sensibiliser les États à leurs obligations en ce qui concerne le fonctionnement des EMSP et à l'importance d'adopter et de mettre en œuvre une législation interne adéquate. Malgré ces résultats, il reste encore beaucoup à faire pour réglementer les activités des EMSP de manière satisfaisante dans les législations et les pratiques nationales en vue de faire mieux respecter le droit international.

En effet, plusieurs États ont légiféré sur les entreprises militaires et de sécurité privées, mais ceux qui ne l'ont pas encore fait sont encore plus nombreux et les législations et réglementations nationales doivent être plus claires et plus robustes. Les États doivent prendre des mesures pour délimiter clairement les services qui peuvent ou ne peuvent pas être soustraits à des EMSP. À cet égard, il y a lieu d'accorder une attention particulière à la question de savoir si un service donné pourrait faire du personnel d'une EMSP un participant direct aux hostilités⁸⁵. Il faut en outre veiller à garantir la responsabilité et la supervision des EMSP et de leur personnel en matière de violations du droit national et international. L'une des difficultés importantes qui se posent à cet égard est le caractère multinational d'une grande partie de ce secteur d'activité. Étant donné que plusieurs États peuvent avoir une influence sur les activités des EMSP ou être impactés par celles-ci, la coopération entre États est essentielle. Autrement dit, garantir le respect du droit international et la responsabilisation des violations impliquant des entreprises militaires et de sécurité privées suppose que les États agissent en concertation pour prendre les mesures législatives et administratives nécessaires.

Un autre domaine de préoccupation est le recours que font certains États aux entreprises militaires et de sécurité privées pour former leurs forces de sécurité et leurs forces militaires au DIH et au DIDH. Une bonne formation étant déterminante dans la prévention des violations du DIH, la fourniture de services de formation par les EMSP requiert une réglementation appropriée et un contrôle régulier par les États concernés. Il faut constamment rappeler que les États demeurent responsables de la supervision et du contrôle du droit international par le personnel des EMSP.

Forum du Document de Montreux : renforcer la mise en œuvre du Document de Montreux

⁸⁵ La présence d'entreprises privées exécutant des tâches militaires au sein de la population civile diversifiée et grossit les rangs des porteurs d'armes qui pourraient constituer une menace pour les civils. Elle contribue également à brouiller la frontière essentielle entre civils et combattants. Les tâches exécutées par le personnel des EMSP, l'équipement dont il se sert et les armes qu'il porte peuvent aisément conduire à les confondre avec des combattants. En outre, il est difficile de garantir le respect du DIH lorsque des entreprises agissent en dehors de la chaîne de commandement militaire, comme elles le font le plus souvent. C'est pourquoi le CICR pense qu'il ne faut pas engager le personnel des entreprises militaires et de sécurité privées pour participer directement aux hostilités, même si le DIH ne l'interdit pas expressément.

La nécessité de faire progresser la mise en œuvre du Document de Montreux a été au cœur des discussions de la Conférence Montreux +5, dont les participants ont fermement soutenu l'idée d'institutionnaliser un dialogue régulier sur les défis posés par la mise en œuvre et la promotion du Document. À la suite de cette proposition, la Suisse et le CICR ont organisé, en 2014, une série de réunions préparatoires entre les participants du Document de Montreux afin de débattre des tâches et de la structure du Forum du Document de Montreux (FDM). Ces débats ont débouché sur la création officielle du FDM lors d'une réunion constitutive rassemblant plus de 50 États et trois organisations internationales, qui s'est tenue le 16 décembre 2014 à Genève.

L'objectif du Forum est d'offrir aux signataires une plateforme informelle de discussion et d'échange d'informations sur les défis rencontrés en matière de réglementation des entreprises militaires et de sécurité privées. Il visera à soutenir la mise en œuvre au niveau national des règles et des bonnes pratiques exposées dans le Document de Montreux ainsi que la conception d'outils de mise en œuvre pratique. Il s'efforcera en outre de faciliter le partage d'expériences sur les leçons apprises, les bonnes pratiques et les défis liés à la mise en œuvre du texte. Il travaillera de même à recueillir l'adhésion au Document d'autres États et organisations internationales ; bien que le nombre de signataires ait triplé en sept ans, il faut encore accroître la participation des États dans toutes les régions du monde et parmi les organisations internationales.

Le CICR soutient la mise en place du Forum du Document de Montreux et tient à contribuer à ses activités futures en coopération avec la Suisse. En travaillant à la mise en œuvre et à la promotion du Document de Montreux, le Forum contribuera à un plus grand respect du droit international et permettra ainsi de mieux protéger les personnes touchées par les activités des EMSP. Le CICR encourage les États et les organisations internationales qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer le Document de Montreux. Il invite également les participants du Document de Montreux à dialoguer et à soutenir activement les travaux du Forum afin de garantir la nécessaire réglementation des entreprises militaires et de sécurité privées.