Normandie Université

THÈSE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

Spécialité SCIENCES JURIDIQUES

Préparée au sein de l'Université de Caen Normandie

L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques.

Présentée et soutenue par
Boubacar HASSOUMI KOUNTCHE

Thèse soutenue publiquement le 15/02/2019 devant le jury composé de		
Mme HELENE TIGROUDJA	Professeur des universités, Aix-Marseille Université	Rapporteur du jury
M. RAPHAEL VANSTEENGERGHE	Professeur, Université Catholique Louvain - Belgique	Rapporteur du jury
Mme MARINA EUDES	Maître de conférences HDR, Université Paris 10 Paris-Nanterre	Membre du jury
M. JEAN-MANUEL LARRALDE	Professeur des universités, Université Caen Normandie	Président du jury
Mme CATHERINE-AMELIE CHASSIN	Maître de conférences HDR, Université Caen Normandie	Directeur de thèse
M. PHILIPPE LAGRANGE	Professeur des universités, Université de Poitiers	Co-directeur de thèse

Thèse dirigée par CATHERINE-AMELIE CHASSIN et PHILIPPE LAGRANGE, Centre de recherches sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (Caen)

UNIVERSITÉ CAEN NORMANDIE

ED 98 DN Droit Normandie

DEDICACE

A la mémoire de mon défunt père HASSOUMI KOUNTCHE KARANTA,

Vous nous avez enseigné la persévérance, l'abnégation et la dignité quel qu'en soit le prix. Aujourd'hui vous n'êtes plus là mais ces principes raisonnent encore et cette œuvre vous est dédiée pour avoir façonné son auteur ainsi que son caractère et ses connaissances.

A la mémoire de défunte ma petite maman, Fatima-Zara

C'était notre institutrice et notre maman et je l'avoue cela n'a pas été facile. Mais avec patience et rigueur vous nous avez initié et nous avons appris. En ce moment précis j'apprécie l'immensité de la tâche que vous avez accomplie.

A la mémoire de mon défunt grand frère Mahamane Nassirou

Depuis cette terrible et triste journée du mercredi 16 décembre 2015 je savais que j'aurai encore le cœur serré en écrivant ces lignes en ta mémoire. Mais de là où tu te trouves, sache que la force de caractère qui te singularisait a constitué pour moi un tremplin supplémentaire dans l'achèvement de cette étude.

Pour vous trois, sachez que je continue d'essuyer les larmes de mes yeux mais je n'arrive pas à effacer celles qui coulent à l'intérieur de mon cœur. Reposez en paix. Puisse DIEU, TOUT PUISSANT, vous accepter en son paradis et vous faire miséricorde. Je nous vous oublie pas.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes sincères remerciements :

A Madame CHASSIN Catherine-Amélie et au Doyen LAGRANGE Philippe pour avoir accepté de m'encadrer dans la réalisation de ces travaux en répondant favorablement à ma demande, en acceptant de les co-diriger et en dégageant un temps nécessaire toutes les fois que je vous ai sollicité.

Je tiens également à adresser mes sincères remerciements, à Mesdames TIGROUDJA Hélène et EUDES Marina et à Messieurs VANSTEEBERGUE Raphaël et LARRALDE Jean-Manuel, pour avoir accepté de faire partie de mon jury.

A ma tendre épouse Leila, sur qui j'ai pu compter dans les moments particulièrement rudes et à mon fils Abdoul-Hakim Amine, je vous exprime ma profonde reconnaissance pour votre endurance et votre compréhension face aux différentes privations et mes longues absences que vous avez dû endurer. Trouver en ces lignes l'expression de ma reconnaissance infinie.

J'exprime ma profonde gratitude à ma mère pour tous ces sacrifices consentis.

A mes deux grandes sœurs Zénabou et Hamsatou, celles avec qui et par qui tout a commencé et pour tout ce que vous avez fait pour moi pour que je puisse atteindre cet objectif. Votre soutien moral, financier et spirituel dont j'ai bénéficié tout au long de ce périple m'a été d'un apport inestimable.

Je remercie également, Aïssatou, ma grande ainée pour ses prières et ses invocations et pour la sagesse de tes conseils.

J'adresse mes sincères remerciements à mes amis, madame AHMED Safiatou, messieurs SEMEDO Eli, MENSAH Akoli, AMBARKA Yacoubou en espérant de lire tes travaux très bientôt. Je tiens également à remercier ma grande famille caennaise, tout particulièrement la famille MODI, Hamsa, Abdou et leurs enfants, pour son inestimable contribution. Je ne saurai oublier mes petits frères, Madame OUMAROU HAROUNA Zeinaba, messieurs NOURY Aboubacar et KARIMOU Abdoulaye. A tous ceux qui, de loin ou de près, m'ont apporté leur aide dans la réalisation de cette étude, je vous prie de trouver en ces lignes ma profonde reconnaissance et toute ma gratitude.

LISTE DES ABREVIATIONS

ACDI : Annuaire de la commission de droit international.

AFDI : Annuaire Français de Droit International.

AGNU : Assemblée Générale des Nations Unies

AIDI : Annuaire de l'institut de droit international.

ANC : Congrès national africain d'Afrique du Sud.

ATCA : Alien Tort Claims Act.

AUC : Autodéfenses unies de Colombie.

BCPV : Bureau du conseil public pour les victimes

CADHP : Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples.

CAI : Conflit Armé International.

CANI : Conflit Armé Non International.

CEDEAO : Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest.

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme.

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

CICR : Comité International de la Croix Rouge.

CIJ : Cour internationale de Justice.

CNT : Conseil National de Transition libyen.

CPI : Cour pénale internationale.

CPJI : cour permanente de justice internationale

CPN-M : Communist Party of Nepal-Maoist.

CPP : Communist Party of the Philippines.

CRDF : Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux.

CSNU : Conseil de Sécurité des Nations Unies

DIDH : Droit International des Droits de l'Homme.

DIH : Droit International Humanitaire.

ELN : Ejército de Liberaciòn Nacional de Colombie.

FARC : Forces armées révolutionnaires de Colombie.

GANE : Groupe Armé Non Etatique.

HCDH : Haut-Commissariat aux droits de l'Homme.

IDI : institut de droit international

IRA : Irish Republican Army.

JDI : Journal du droit international

JEM : Mouvement pour la justice et l'égalité au Soudan.

LTTE : Liberation Tigers of Tamil Eelam de Sri Lanka.

LURD : Libériens Unis pour la Réconciliation et la Démocratie.

MILF : Moro Islamic Liberation Front des Philippines.

MODEL : Mouvement pour la Démocratie au Libéria.

NDFP : National Democratic Front Philippines.

NPA : New People's Army des Philippines.

OCDE : Organisation de coopération et développement économiques.

OEA : Organisations des Etats d'Amérique.

OIT : Organisation Internationale du Travail

OLP : Organisation de libération de la Palestine.

ONG : Organisation non-gouvernementale.

ONU : Organisation des Nations Unies.

OUA : Organisation de l'Unité Africaine

PIRA : Provisional Irish Republican Army.

PKK : Partie des travailleurs du Kurdistan.

RBDI : revue belge de droit international

RCADI : recueil des cours de l'académie de droit international.

RCI : République de Côte d'Ivoire.

RDC : République Démocratique du Congo.

RGDIP : revue générale de droit international public

RICR : revue internationale de la Croix-Rouge

RPP : Règles de Preuves et de Procédure

RQDI : revue québécoise de droit international.

RSDIE : Revue Suisse de Droit International et Européen.

RTDH : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme.

RUF : Revolutionary United Front de Sierra Leone.

SGM : Seconde Guerre mondiale

SLA-Unity : Soudan Liberation Army.

SPLM : Sudan People's Liberation Movement.

SWAPO : South-West African People's Organisation de Namibie.

TMI : Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo

TPIR : Tribunal pénal international pour le Rwanda.

TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

TSSL : Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

UA : Union Africaine.

UE : Union Européenne.

UNITA : Union Nationale pour l'indépendance totale de l'Angola.

URSS : Union des Républiques Socialistes et Soviétiques.

USA : United States of America.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE 1
PREMIERE PARTIE : L'identification des acteurs et ses conséquences 30
Titre 1 : L'identification des acteurs 31
Chapitre 1 : Les critères généraux d'identification d'un groupe armé non étatique 33
Section 1 : La reconnaissance des groupes armés non étatiques comme partie à un conflit armé. 33
Section 2 L'évolution terminologique introduite par le Protocole Additionnel II. 47
Conclusion 59
Chapitre 2 L'identification des membres du groupe armé non étatique 60
Section 1 Les difficultés d'une identification concrète 63
Section 2 Les implications de l'identification des membres du groupe armé non étatique 96
Conclusion 119
Conclusion Titre 1 120
Titre 2 : Le droit applicable 121
Chapitre 1 L'obsolescence des dispositions du DIH applicable aux groupes armés. 126
Section 1 Les zones grises du droit applicable aux Groupes Armés Non Etatiques 126
Section 2 L'extension du droit applicable aux groupes armés. 138
Conclusion 159
Chapitre 2 : L'admission progressive de l'application du DIDH en période de conflit armé 160
Section 1 Les interférences entre le DIH et le DIDH 161
Section 2 La détermination des dispositions du DIDH directement applicables par les GANE 186
Conclusion 215
Conclusion Titre 2 216
Conclusion Première Partie 217
DEUXIEME PARTIE : De la responsabilité et des réparations 220
TITRE 1 L'INCOHERENCE 221
Chapitre 1 L'admission partielle 223
Section 1 L'acceptation des responsabilités individuelles 223
Section 2 Le refus d'une responsabilité collective 235
CONCLUSION 249
Chapitre 2 : Le déni total 250

Section 1 Les conditions d'engagement de la responsabilité internationale pour violation du DIDH 250
Section 2 La possibilité extension aux GANE 259
CONCLUSION 265
TITRE 2 : Des éléments d'une responsabilité internationale des Groupes Armés Non Etatiques 266
CHAPITRE 1 : Les contours de la responsabilité internationale du Groupe Armé Non Etatique 268
Section 1 Le fait illicite : La violation d'une obligation internationale du GANE 269
Section II Une responsabilité fondée sur la spécificité du GANE 286
Conclusion 301
Chapitre 2 L'insuffisance des sanctions infligées aux GANE 302
Section 1 Un dispositif à perfectionner 303
Section 2 La nécessité des mesures nouvelles plus appropriées 314
Conclusion 331
Conclusion Deuxième partie 333
CONCLUSION GENERALE 335
BIBLIOGRAPHIE 342

INTRODUCTION GENERALE

Depuis l'aube de l'histoire et jusqu'à nos jours, le fléau de la guerre a infligé horreurs, souffrances et destructions sans nom à des millions de personnes — combattants comme civils. Des générations entières ont été mutilées et traumatisées par la violence, par le deuil, par les privations et les violences. Des familles ont été déchirées et dispersées, des moyens de subsistance et les espoirs d'une quantité immense d'hommes, de femmes et d'enfants ont été anéantis.

Dans le monde moderne, les avancées rapides de la science et de la technique, mais aussi la polarisation des rapports de force, peuvent mettre à rude épreuve la capacité du droit de s'adapter pour régir le comportement humain, tout spécialement dans les situations de guerre les plus dramatiques. Et pourtant, même en cette ère de bouleversements globaux et de progrès scientifiques, nul ne remet en question l'idée fondamentale qui sous-tend les règles et les principes du droit international humanitaire (DIH), à savoir que même les guerres ont des limites. S'il faut se tourner vers le passé pour comprendre l'importance des règles et des principes du DIH, nous devons aussi réfléchir à l'avenir pour faire en sorte qu'ils continuent à fournir la meilleure protection possible aux personnes touchées par les conflits armés. Pour ce faire, elle devrait comprendre également les droits de l'homme. Or pendant longtemps, et encore aujourd'hui, il est souvent véhiculé que les droits de l'homme (DH) s'appliquent essentiellement en période de paix et le droit des conflits armés, lui, est appelé à régir exclusivement les périodes d'hostilités. Cette vision des choses a fortement impacté la refondation des instruments juridiques intervenue au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale (SGM). Elle s'est traduite par des négociations séparées dans des instances cloisonnées, d'une part au Comité International de la Croix-Rouge (CICR) le droit des conflits armés et à l'Organisation des Nations-Unies (ONU) les droits de

l'homme[1]. La spécialisation institutionnelle ainsi créé a conduit ces deux branches du droit international public à évoluer séparément sans aucune relation, pendant vingt ans. Cependant, le temps et les réalités ont permis de démontrer les limites de cette conception. Aujourd'hui, le Droit International Humanitaire (DIH) et le Droit International des Droits de l'Homme (DIDH) s'imbriquent, se chevauchent et cohabitent dans une apparente harmonie. C'est ce que reflète la résolution, de l'Institut de Droit International, du 25 août 1999 portant sur « l'application du Droit International Humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés[2] auxquels prennent part des entités non étatiques »[3]. Toutes ces expressions clés doivent être préalablement définies pour permettre de circonscrire le thème.

I Définitions

Nous évoquerons dans un premier mouvement la notion de conflit armé avant d'aborder le difficile processus de prise en compte des conflits armés non internationaux par le droit international humanitaire. Nous aborderons dans un autre mouvement la rencontre entre le DIH et les droits de l'homme avant de nous

[1] Le terme Droit de l'Homme, qui est un raccourci communément utilisé pour désigner la branche du droit international public qu'est le droit international des droits de l'homme, est plus large que le concept de droits fondamentaux. Celui-ci quant à lui désigne la partie irréductible de ces droits de l'homme. Celle qui doit prévaloir quelles que soient les situations de crise ou même en cas de conflit armé. Elle ne peut souffrir d'aucune dérogation. Ceci étant dit le contenu de ce concept doit être précisé car il diffère en fonction des instruments internationaux et aussi de l'objet de ceux-ci. Cependant une base commune se dégage au travers de ces instruments à l'exception notable de la convention africaine des droits de l'homme et des peuples qui, elle, ne fait aucune référence aux droits indérogeables. Malgré ces substantielles différences, mais aussi quelques fois idéologiques fortes compte tenu des certaines spécificités régionales, il est possible de s'entendre sur les plus petits dénominateurs communs à toutes les conventions à savoir : le droit à la vie, contre les traitements inhumains et dégradants, les détentions arbitraires, la non rétroactivité de la loi pénale.

[2] Il semblerait que c'est dans le conflit sino-japonais de 1931-1933, qui ne fut pas considéré par les parties comme une situation de « guerre », que le délégué du Comité International de la Croix-Rouge ait pour la première fois utilisé le terme de « conflit armé » pour désigner les hostilités se déroulant en temps de paix. L'expression exacte qu'il utilise est « conflit armé en temps de paix ». *RCIR*, n°164, 1932, p. 668. Voir BUGNION (F), *Le Comité Internationale de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, 1994, p.157, dans le même sens, KOLB (R), *Jus in bello* : *le droit international des conflits armés*, Précis, 2e édition, Bâle, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, note de bas de page n°14, p. 13.

[3] Résolution adoptée à Berlin (Allemagne), le 25 août 1999 et intitulée « L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques ».

appesantir sur la notion de groupe armé organisé, qui est indispensable à l'existence d'un conflit armé.

A La notion de conflit armé

Communément admise comme étant une condition *sine qua non* de l'application du DIH[4], la notion de conflit armé n'est définie par aucun instrument conventionnel et même les articles 2-1 Convention de Genève I (CG) et 3 commun aux CG semblent avoir sciemment omis de le faire. C'est au Tribunal PénaI pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) qu'est revenu cette tâche. Il estime qu'un conflit armé « existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non »[5].

En fonction des différents acteurs en cause, le conflit armé peut prendre diverses formes et ainsi entrainer l'application d'une multitude de dispositions variables selon les cas.

1 La distinction conflit armé international et non international

En l'état actuel du droit il existe deux types de conflits à savoir le conflit armé international et le conflit armé non international. Mais cette distinction n'est pas

[4] Le caractère protéiforme de la notion de Conflit Armé interdit une définition unique de ce concept. Or il va sans dire que le DIH est un droit à géométrie variable dans la mesure où l'étendue plus ou moins large des normes juridiques applicables dépend, en premier lieu, du type de conflit. En effet, on sait que le DIH ne s'applique intégralement que dans le contexte des CAI. L'étendue du droit applicable, déjà restreinte dans le contexte des CANI régis par le PAII, sera plus étroite encore dans le cadre des conflits tombant sous le coup de l'art.3 commun.

[5] TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2/10/1995, §. 70.

figée de sorte qu'un conflit peut changer de nature en fonction des acteurs présents à un moment donné.

Le conflit armé international existe dans chacune des trois situations suivantes.

Premièrement, on considère qu'un conflit armé international (CAI) existe dès l'instant où un État emploie la force armée contre un autre État, quelles que soient les raisons ou l'intensité de la confrontation et que l'état de guerre, en termes politiques, ait ou non été officiellement déclaré ou reconnu.

Deuxièmement, on peut aussi considérer qu'il y a CAI, même en l'absence d'hostilités ouvertes, chaque fois qu'une déclaration de guerre officielle proclamée. Il en est ainsi même si cette déclaration n'est pas suivie d'effet sur le terrain, c'est-à-dire sans la concrétisation par des actes hostiles sur le terrain.

Troisièmement, le CAI existe dès lors le territoire d'un État est occupé, en totalité ou en partie, par un autre État sans le consentement sincère de ce dernier, même lorsque cette occupation ne se heurte à aucune résistance armée.

En plus de ces trois situations, une autre plus particulière celle-là, fait partie des CAI : il s'agit de la guerre de libération nationale. En effet, toutes les fois où un peuple lutte contre la domination coloniale, contre l'occupation étrangère ou contre un régime raciste, le conflit armé qui se déroule dévient international[6]. Cette requalification permet de transformer un conflit armé non international en un CAI.

Si le concept de CAI est assez aisé cerné, celui de conflit armé non international (CANI) « est une nébuleuse à la fois plus simple que le conflit armé international, car il n'y a qu'un critère celui de conflit armé, et plus complexe, car le conflit armé se fragmente en une pluralité de formes distinctes du point de vue juridique »[7].

On distingue deux catégories principales : les CANI relevant de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et ceux soumis au Protocole Additionnel II. Cette

[6] Voir l'article 1 §4 PA II.
[7] KOLB (R), *Jus in bello* : *le droit international des conflits armés*, *Op. Cit*., p. 168.

distinction n'est pas dépourvue d'importance car elle entraine d'importantes conséquences notamment du fait du droit applicable qui diffère selon les cas.

Les CANI soumis à l'article 3 commun sont ceux qui opposent des groupes armés organisés entre eux ou à des forces armées gouvernementales. Néanmoins deux conditions sont requises à savoir un minimum d'organisation et un minimum d'intensité du conflit pour que celui-ci puisse être distingué des troubles internes qui ne relèvent pas du droit international humanitaire[8]. Ces deux conditions sont parfois difficilement quantifiables de manière exacte. Face à cette incertitude et aussi parce que l'article 3 commun s'est avéré trop étroit et trop elliptique, le PA II est intervenu pour le développer et le compléter.

Pour que le CANI soit soumis au PA II, les affrontements doivent, d'une part, impérativement opposer les insurgés à des forces gouvernementales. Ainsi le PA II ne peut trouver application lorsque les parties au conflit sont toutes non étatiques. D'autre part, les insurgés doivent exercer un contrôle territorial tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées, et d'appliquer les règles prévues par le protocole. Les conditions d'application du PAII étant plus dures que celles de l'article 3 commun, ils existent des CANI uniquement soumis à l'article 3 et ceux relevant du PAII. Mais dès lors que les conditions du PA II sont remplies, celles de l'article 3 commun le sont *a fortiori*.

Ces deux types de CANI sont considérés comme les « purs »[9] car expressément cités par le droit des conflits armés mais sans être les seuls. En effet, il existe une

[8] L'un des critères essentiels de conflits internes réside en l'intensité des combats. Cette dernière permet de distinguer les conflits armés internes des situations de troubles ou de tensions intérieurs. Elle peut être déduite notamment du recours à l'armée, de la nature collective des troubles, de la durée des affrontements du nombre des insurgés et du degré d'insécurité frappant l'Etat. Mais on doit reconnaitre que la reconnaissance de l'existence d'un conflit armé, surtout interne, ne repose pas uniquement sur la mise en œuvre de critères techniques. Souvent, elle s'appuie aussi sur une appréciation politique. Pour aller plus loin sur la question du seuil de distinction entre le conflit armé non international et les troubles et tensions intérieurs ; Voir : CALOGEROPOULOS-STRATIS (A. S), *Droit humanitaire et droits de l'homme, la protection de la personne en période de conflit armé*, I.U.H.E.I., Genève, 1980, 258p., plus précisément p. 70 et suivants. Dans le même sens EL KHOUHENE (M), *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, 258p, plus précisément p. 77 et suivants.

[9] Cette expression est employée par KOLB (R), *Jus in bello* : *le droit international des conflits armés*, *Op. Cit*., p. 168 et également MEJRI (K), *Le droit international humanitaire dans la jurisprudence internationale*, L'Harmattan, Paris, 2016, p. 139.

autre catégorie, dénommée les CANI internationalisés, qui a vu le jour à la suite des mutations des conflits armés induites par les multiples interférences des différents acteurs étatiques ou non. Cette dernière catégorie comporte trois types de CANI. Il s'agit d'abord des CANI transformés par une sécession réussie. Il y a ensuite les CANI avec reconnaissance de belligérance. Enfin on distingue les CANI grevé d'une intervention étrangère et également ceux entrainant l'intervention d'une organisation internationale.

Cette internationalisation du CANI permet de lui rendre partiellement applicable les dispositions prévues pour les CAI. La mutation de la situation ainsi créée n'implique pas un changement global de nature. Dès lors l'application du droit devient excessivement complexe et imprégnée de double standards impliquant une discrimination, dans la protection des victimes, que rien ne peut plus justifier[10].

Cette conception du droit des conflits armés reposant sur la constatation et la prise en compte d'une situation de fait découle de la mise hors la loi de la guerre par un long processus. Ce changement d'approche a ainsi induit une évolution au niveau du vocabulaire juridique. Désormais le terme conflit armé a supplanté celui de guerre. Ainsi le corpus juridique désignant ce droit est désormais désigné par le droit des conflits armés au détriment de celui de droit de la guerre. Les différentes conventions de Genève et de la Haye en la matière portent la marque de cette évolution terminologique[11]. En effet, dans la Convention de Genève du 22 août 1864 et les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907[12], le mot guerre était souvent utilisé. Dans les conventions de Genève du 12 août 1949[13], le mot conflit armé est apparu à côté du mot guerre et s'est progressivement imposé dans le vocabulaire des juristes et dans les textes

[10] Pour une description détaillée des différentes composantes des CANI internationalisés, lire KOLB (R), *Jus in bello* : *le droit international des conflits armés*, *Op. Cit*., p. 180 et suivant.

[11] Pour avoir un aperçu historique sur l'évolution de la réglementation des conflits armés, voir SIOSTIS (J*), Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non-international*, Paris, LGDJ, 1958, p. 53 et suivants.

[12] Voy. Par exemple l'art.1er du Règlement annexe à la convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

[13] Voy. Par exemple art.2§1 commun aux quatre Conventions de Genève.

juridiques ultérieurs[14], mais aussi dans les documents officiels du CICR et des Nations Unies[15].

2 L'évolution terminologique : Du droit de la guerre au droit des conflits armés

Ce changement terminologique est dû à plusieurs facteurs. D'un côté il est induit par le développement d'un droit contre la guerre, notamment au lendemain de la SGM, qui interdit le recours à la force dans les relations internationales. De l'autre côté il doit permettre de faire face à la complexité de la notion de guerre, qui ne se résume pas uniquement à un affrontement armé. En effet, celle-ci supposait une intention belligérante, un *animus belligerendi*, et se traduisait par une déclaration de guerre. Le remplacement de l'état de paix par l'état de guerre a lieu par suite d'un acte de volonté unilatéral de l'un des Etats en conflit, acte de volonté visant la qualification de la situation comme guerre au sens formel. Sans l'expression de cette intention, on ne peut pas alors parler de guerre[16]. Tout autre usage de la force en dehors de cette déclaration était considéré comme des représailles armées, des opérations de police ou une intervention pour protection des intérêts vitaux[17].

Désormais le terme conflit armé lui est préféré pour désigner des faits observables. Ce critère objectif a le mérite de ne plus rendre l'application du droit des conflits armés tributaire de l'intention d'une ou des parties à un conflit[18]. Il faut tenir compte du déclenchement des hostilités armées, y compris celles impliquant des entités non étatiques[19]. Même si le terme guerre demeure souvent appliqué, c'est

[14] Voy. Entre autres, la convention sur la protection des biens culturels en cas de conflits armé du 14 mai 1954, les Protocoles Additionnels de 1977.
[15] Voy. Résolution 2675 (XXV) de l'AGNU du 9 décembre 1970.
[16] Cf. art. 1er de la Convention III de La Haye de 1907 relative à l'ouverture des hostilités qui dispose que « Les Puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer sans un avertissement préalable et non équivoque, qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle ».
[17] Voy par exemple les conflits entre la Chine et le Japon en Mandchourie (1931-1932), les conflits italo-éthiopien (1935) et sino-japonais (1937-1941) où les belligérants ont refusé de qualifier le conflit de guerre bloquant ainsi l'entrée en vigueur des dispositions applicables en période de guerre formellement déclarée.
[18] Cf. Art.2 commun aux CG.
[19] Cf. art.3 commun aux CG.

plus pour désigner les conflits armés, que pour évoquer la guerre à proprement parler dans son acception, traditionnelle, antérieurement à 1949.

De plus, depuis l'adoption des Protocoles Additionnel de 1977, le terme lénitif et apaisant de droit international humanitaire[20] a pris le dessus sur celui plus agressif et drus de droit de la guerre ou droit des conflits armés. Le terme droit international humanitaire (DIH) est techniquement correct pour ce qu'on appelle le droit de Genève, à savoir l'ensemble des dispositions des Conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés. Il est déjà un peu moins adéquat pour ce qu'on appelle le droit de La Haye, codifié par les Conventions de 1899 et 1907, à savoir la partie des dispositions des conventions de Genève qui a trait aux moyens et méthodes de guerre licites. En effet certaines dispositions du droit de La Haye ne peuvent être qualifiées d'humanitaires que dans une acception extensive des concepts. Pour certaines dispositions du droit des conflits armés, le terme DIH, ne convient absolument pas. A strictement parler le DIH est donc une branche du droit des conflits armés, et même sa branche principale. Or, dans la pratique courante, le terme DIH est utilisé pour désigner l'ensemble de la branche, en tant que synonyme de droit des conflits armés et « c'est une perte de nuance regrettable »[21]. Néanmoins, dans les lignes qui suivront, nous utiliserons le DIH et le droit des conflits armés comme synonymes malgré leur différence étymologique.

Le droit de la guerre est né de la confrontation sur le champ de bataille entre souverains égaux en droit. Le DIH, en tant que système de règles juridiques, a son origine dans la réglementation coutumière des rapports sur le champ de bataille entre entités juridiquement égales. Il s'est agi longtemps d'un corps de règles

[20] GAGGLIOLI (G), adopte le terme « droit international humanitaire » pour désigner le *jus in bello* ou ce que l'on nommait autrefois le « droit de la guerre » ou le « droit des conflits armés ». Il s'agit depuis 1977 surtout, de la dénomination contemporaine employée en droit international. Le terme droit de la guerre sera utilisé pour faire référence au jus in bello applicable jusqu'en 1945. Le terme droit des conflits armés lui désignera le jus in bello en vigueur entre 1949 et 1977. Ainsi, qu'il s'agisse des organes NU (AGNU, CSNU, CIJ, TPI) tous emploient la dénomination(DIH). La majorité de la doctrine fait de même. Le département suisse des affaires étrangères n'utilise plus que ce terme. Comme l'a précisé la CIJ, le terme DIH dans cette acception recouvre aussi bien le droit de Genève que le droit de la Haye. *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris, Pédone, 2013, p. 17.

[21] KOLB (R), *Jus in bello : le droit international des conflits armés*, *Op., Cit*., p. 15.

coutumières que les princes observaient à l'égard de leurs semblables, mais qui n'étaient pas applicables aux rapports entre un souverain et ses sujets révoltés.

B La difficile prise en compte des conflits armés non internationaux par le DIH

Jusqu'au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, les Etats préféraient régler les conflits internes dans le huis clos de leur législation nationale. Ainsi seul le droit national trouvait application lorsque le souverain était confronté à une révolte de ses sujets. De plus lorsque le souverain consentait l'application du droit de la guerre c'était plus par mesure de clémence et d'humanité que par obligation juridique. De même, il a toujours été admis que les règles du droit de la guerre n'étaient pas immédiatement applicable aux conflits internes et que, lorsqu'elles devenaient applicables, elles ne pouvaient pas être appliquées dans leur totalité.

Jusqu'en 1949, seuls les CAI étaient réglementés par le droit des conflits armés[22]. Toutes les conventions, alors en vigueur, ont choisi d'ignorer les CANI[23] car ils étaient considérés comme relevant exclusivement du droit interne des Etats sauf en cas de reconnaissance de belligérance[24].

[22]Ainsi la première Convention de Genève de 1864 concernait uniquement l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées en campagne. La convention de Genève de 1929 est relative aux prisonniers de guerre, les lois et coutumes de la guerre sur terre de La Haye de 1899, révisées en 1907 ne concernaient que les conflits armés internationaux.

[23] Selon le professeur ABI-SAAB (G), « cette omission n'était pas le résultat d'un oubli, mais la conséquence naturelle d'un réflexe de souveraineté des Etats, ce qui explique leur opposition à toute tentative visant à étendre l'application du droit de la guerre à ces conflits », *Cf*., « les conflits armés non internationaux », *in* ABI-SAAB (G), (Dir.), *Les dimensions internationales du droit humanitaires*, Pédone, Paris, 1986, 280p., plus précisément p.251.

[24] Déclaration du général YERMOLOW, représentant du gouvernement du tsar russe lors de la neuvième conférence internationale de la Croix-Rouge du 7 au 17 mai 1912, Washington, USA « En qualité de délégué du gouvernement impérial, je considère et déclare que le gouvernement impérial ne saurait dans aucun cas ni sous aucune forme être partie contractante ou même seulement partie discutante à aucun accord ou vœu à ce sujet et j'estime que ce sujet, vu son caractère de gravité politique, ne saurait même devenir matière à discussion au sein d'une conférence (…). Je considère en outre que les Sociétés de la Croix-Rouge ne sauraient avoir de devoir à remplir auprès de bandes d'insurgées ou de révolutionnaires lesquelles ne peuvent être considérées par les lois de mon pays que comme des criminels (…). Toute offre de service, directe ou indirecte des sociétés de la Croix-Rouge à des insurgés ou révolutionnaires ne pourrait être envisagée que comme une violation des relations amicales, que comme un « unfriendly act » tendant à encourager et à fomenter dans un pays la sédition et la rébellion ». *Cf*. BUGNION (F), *le comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre,* deuxième édition, CICR, Genève, 2000, p. 283.

Ce sont les conséquences désastreuses des guerres civiles russe (1917-1921) et particulièrement espagnole (1936-1939) qui ont fait prendre conscience des horreurs que peuvent générer un CANI et de la nécessité d'une réglementation au plan international. Néanmoins ce n'est qu'au lendemain de la SGM que le droit des CANI, à travers l'article 3 commun, fera sa modeste entrée dans le giron du droit international. C'était une révolution car, pour la première fois, les Etats admettent que le droit international régisse directement leur rapport avec leur nationaux. Il faut attendre 1977, et l'adoption des Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève, dont le deuxième est entièrement consacré aux CANI, pour une prise en compte un peu plus adaptée. Malgré l'importance que constitue cette irruption, les dispositions concernant les CANI souffrent d'énormes insuffisances quantitative[25] et qualitative[26] .

Ce déséquilibre traduit la réticence des Etats à laisser beaucoup de place au droit international dans la gestion des CANI dont, de toute évidence, ils souhaitent conserver la maitrise et la liberté de traitement. C'est ce que semble aussi traduire le contenu elliptique de l'article 3 commun et du Protocole Additionnel II (PAII). Les sources les plus importantes sont l'article 3 commun et, dans certaines circonstances, le Protocole additionnel II[27].

L'objectif originel de ces dispositions a peut-être été de réglementer les conflits armés se produisant à l'intérieur des limites territoriales d'un État, mais le terme de conflit armé « non international », de nos jours, ne peut plus être considéré

[25] Sur le plan quantitatif le corps des quatre Conventions de Genève, hormis les 11 annexes d'une soixantaine de dispositions, comprend 329 articles consacrés aux conflits armés internationaux dont un seul article est consacré aux conflits armés non internationaux. On constate le même déséquilibre en ce qui concerne les Protocoles Additionnels de 1977, le premier, applicable aux conflits armés internationaux, comporte 102 articles (91 articles sur le fond et 11 dispositions finales) tandis que le second relatif aux conflits armés non internationaux ne comporte que 28 articles (18 de fond et 10 dispositions finales.

[26] LAFRANCE (L), dira que « l'encre des signatures des Etats au bas des conventions de Genève a à peine le temps de sécher que la mutation de la guerre rend en grande partie obsolète le nouveau droit », *Droit humanitaire et guerres déstructurées : l'exemple africain*, Montréal, éd. Liber, 2006, p.33.

[27] Les autres traités applicables comprennent le Statut de Rome de 1998, la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels et son deuxième Protocole de 1999, ainsi qu'un certain nombre de traités spécifiques relatifs aux armements, à savoir la Convention sur certaines armes classiques de 1980 et son article 1 tel qu'amendé en 2001, la Convention sur les mines antipersonnel de 1997, la Convention de 1993 sur les armes chimiques et la Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions.

comme synonyme de conflit armé « interne ». Les CANI ne se caractérisent pas par leur étendue territoriale limitée ou illimitée, mais bien par la nature et la qualité des parties impliquées et par l'occurrence réelle d'hostilités et d'autres actes ou opérations présentant un lien de belligérance[28].

Comme la plupart des conflits armés qui se déroulent de nos jours sont de nature non internationale, l'idée selon laquelle certains domaines du DIH conventionnel régissant ces situations devraient sans doute être renforcés, développés ou explicités gagne du terrain. C'est ce qui a conduit le TPIY, tout en respectant formellement la distinction CAI/CANI, à procéder au rapprochement matériel des dispositions applicables à ces deux types de conflits[29]. On assiste ainsi à un amélioration de la protection des victimes des CANI par une extension du domaine d'application des dispositions des CAI. Désormais rien ne justifie le traitement différencié des victimes des conflits en fonction de la nature du conflit.

---

[28] « L'art. 3 commun se réfère à des conflits « surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » alors que l'art. 1 du Protocole II se réfère à ceux « qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante ». Conformément au but et aux objectifs du DIH, ces phrases doivent être comprises comme un simple rappel du fait que les traités s'appliquent seulement à leurs États parties. Si un tel libellé signifiait que les conflits opposant des États à des groupes armés organisés et s'étendant sur le territoire de plusieurs États n'étaient pas des « conflits armés non internationaux », il y aurait une lacune dans la protection que l'on ne pourrait pas expliquer par le souci que les États ont de leur souveraineté. Cette préoccupation a rendu le droit des conflits armés non internationaux plus rudimentaire. Néanmoins, ce souci de souveraineté étatique ne pourrait pas expliquer pourquoi les victimes d'un conflit s'étendant sur le territoire de plusieurs États devraient bénéficier d'une protection moindre que celles d'un conflit limité au territoire d'un seul État. En outre, les articles 1 et 7 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda étendent la juridiction de ce tribunal, qui est notamment appelé à faire respecter le droit des conflits armés non internationaux, aux pays voisins. Cela confirme le fait que même un conflit qui s'étend par-delà les frontières reste un conflit armé non international. En conclusion, ce sont les parties impliquées plus que l'étendue territoriale du conflit qui distinguent un conflit interne d'un conflit armé international. Pour aller plus loin sur la question lire GASSER (H.P), *International Humanitarian Law: an Introduction, in: Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Haug (éd.), Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, p. 555. D. SCHINDLER (D), « The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols*, RCADI*, Vol. 163, 1979-II, p. 147. SASSOLI (M), « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law », *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2006, Number 6, Pp. 8-9. ZEGVELD (L), *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 136.

[29] KOLB (R), *Jus in bello : le droit international des conflits armés*, *Op., Cit*., p. 448. « Il faut donc appréhender le phénomène de rapprochement des deux branches du droit dans l'optique propre aux temps de transition : le mouvement du droit s'oriente vers une assimilation progressive bien que non intégrale des deux branches ; toutefois, le droit positif n'a pas encore abrogé la distinction ; en somme, les frontières sont de plus en plus mouvantes et les transports de matériau normatif du régime des conflits armés internationaux vers celui des conflits armés non internationaux continue ».

Ce mouvement fait écho à une démarche entamée à la fin des années 1960 visant à rendre applicable le droit international des droits de l'homme (DIDH) à la période des conflits armés, en la sortant de son orbite naturel dans le but d'améliorer la protection dérisoire conférée aux victimes par les dispositions originelles applicables aux CANI.

C La rencontre entre le DIDH et le DIH

La Conférence des Nations Unies tenue à Téhéran de 1968[30], célébrant le vingtième anniversaire de la Déclaration Universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948, a marqué un tournant décisif dans la prise en compte mutuelle entre le droit international des droits de l'homme (DIDH) et le droit international humanitaire. Il a donc fallu attendre deux décennies pour que soit affirmé un lien qui aurait dû être révélé au moment de leur élaboration presque concomitante. Certes, ces droits sont fondés sur des philosophies différentes[31] et négociés dans des instances différentes[32], mais participent néanmoins à la même finalité : la protection de la personne humaine. A partir de cette date, l'influence mutuelle entre le DIDH et le DIH ne fera que croitre. Désormais les instances onusiennes se tournent résolument vers le DIH.[33] Dans le même temps, le CICR s'intéresse de plus en plus aux droits de l'homme. Cette imbrication va être l'un des principaux facteurs déclencheur du processus ayant conduit à l'élaboration des Protocoles Additionnels de 1977 qui font une grande place aux droits de l'homme. Dès lors la question de l'applicabilité du DIH et des droits de l'homme dans des conflits auxquels prennent part des entités non étatiques, n'est plus taboue.

Dans sa configuration actuelle le droit international des droits de l'homme est d'apparition récente. Il remonte à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

[30] Conférence internationale des droits de l'homme, sous l'égide des Nations Unies, tenue à Téhéran (Iran) du 22 avril au 13 mai 1968.

[31] Le DIH est un droit essentiellement interétatique qui repose sur une mise en balance entre nécessité militaire et principe d'humanité. Le DIDH vise à imposer une limite aux pouvoirs de l'Etat vis-à-vis de l'individu du fait des droits égaux et inaliénables de chaque être humain.

[32] Certes les Etats étaient présents lors de l'élaboration de ces deux documents, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les Conventions de Genève de 1949, mais les cadres étaient différents. L'Organisation des Nations Unies pour la première et le Comité Internationale de la Croix-Rouge et le Gouvernement Suisse pour les secondes.

[33] Cf. Article 1er de la Charte des Nations Unies.

de 1948. Depuis cette date plusieurs autres instruments d'une grande importance sont venus enrichir cette branche du droit international public[34].

La construction du DIDH telle qu'elle se présente actuellement repose sur des socles nationaux solides. En effet on peut penser que les racines du DIDH remontent aux révoltes contre les pouvoirs absolus des monarques européens depuis la *Magna Carta* jusqu'à la Révolution française. Toutes ces révolutions ont légué à la postérité des textes qui constituent le solide fondement sur lequel s'érige aujourd'hui le droit international des droits de l'homme[35].

Jusqu'en 1968, le DIH et le DIDH ont évolué séparément sans lien apparent. Depuis cette date, la digue qui les sépare, sans céder totalement, a fait apparaitre de nombreuses brèches, de sorte que l'idée d'une applicabilité du DIDH en période de conflit armé ne fait plus débat car de manière générale, « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit, si ce n'est par l'effet des clauses de dérogations du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »[36]. Ce qui est, par contre, encore débattue c'est l'étendue de ce droit applicable et la capacité des groupes armés non étatiques (GANE) à assumer convenablement leurs obligations relevant

[34] Parmi les nombreux textes existants on relèvera :
a) Instruments universels : la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948 ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1981 ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 ; la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989
b) Instruments régionaux : la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, la Charte Arabe des droits de l'homme de 2004.

[35] La *Magna Carta* Libertatum ou Grande Charte est une charte de soixante-trois articles arrachée par des Barons anglais au roi Jean Sans Terre le 15 juin 1215 après une courte guerre civile notamment marquée par la prise de Londres, le 17 mai, par les rebelles. Les barons étaient excédés des exigences militaires et financières du roi. On peut aussi évoque La Habeas Corpus Act de 1689 aussi appelé ordonnance ou mandat d'*habeas corpus*, plus exactement *habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum*, énonce une liberté fondamentale, celle de ne pas être emprisonné sans jugement. En vertu de ce principe, toute personne arrêtée a le droit de savoir pourquoi elle est arrêtée et de quoi elle est accusée. Ensuite, elle peut être libérée sous caution, puis amenée dans les jours qui suivent devant un juge. La Révolution française a aussi légué au droit international des droits de l'homme sa déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui énonce un ensemble de droits naturels individuels et les conditions de leur mise en œuvre.

[36] CIJ, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, § 106.

du DIDH. De plus l'interprétation évolutive des conventions majeures des droits de l'homme a permis de les adapter aux réalités du moment. Ce qui ne semble pas être le cas du DIH.

Le DIH donne l'impression d'être un droit à réaction en étant toujours en retard d'une guerre dans la prise en compte des réalités nouvelles[37]. « L'encre des signatures des Etats au bas des conventions de Genève a à peine le temps de sécher que la mutation de la guerre rend en grande partie obsolète le nouveau droit » élaboré en 1949 puis corrigé en 1977[38]. Il a toujours fallu des hécatombes pour qu'il sorte de sa torpeur. Rappelons-nous des déflagrations des deux conflits mondiaux qui ont conduit à la refonte des instruments déjà existant ; puis à l'adoption des Conventions de Genève de 1949 ; rappelons-nous encore des multiples conflits armés particulièrement meurtriers ayant précédé l'adoption des Protocoles Additionnels de 1977. Aujourd'hui encore le DIH semble dépassé face aux nouvelles réalités qu'il n'a pas su anticiper et qui appellent à une révision de la réglementation en vue d'une adaptation aux spécificités actuelles. Mais le DIH semble comme figé dans le marbre, quasiment immuable, malgré les preuves chaque jour croissantes de ses insuffisances. En effet à chacune de ses évolutions, le droit international humanitaire manque d'anticipation en prenant pour modèle de référence le conflit précédant[39], ce qui a pour conséquence de le rendre parfois inapplicable dès la prochaine nouvelle situation[40]. Cette s'explique parfois non

[37] Il a été aussi ajouté que la guerre ne peut pas être réglementée par expérience : chaque réglementation rationalise les expériences de la guerre qui précède ; dès lors, la réglementation est constamment en retard d'une guerre ; elle n'envisage pas les nouvelles technologies et stratégies, dont l'émergence bouleverse à chaque fois la situation de fait. Les règles fatalement dessinées pour un monde révolu deviennent obsolètes. KOLB (R) *Jus in bello : le droit international des conflits armés*, Précis, 2e édition, Bâle, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, p.6.

[38] LAFRANCE (L), *Droit humanitaire et guerres déstructurées : l'exemple africain*, Montréal, éd. Liber, 2006, p.33.

[39] « Il est facile de démontrer que la démarche de la conférence de 1974-1977, était en la matière une démarche de transposition : on n'a pas cherché à créer des règles inédites, mais à déterminer quelles règles précédemment adoptées pour les conflits armés internationaux pouvaient être transposées aux conflits internes. Il est non moins facile de démontrer que toutes les dispositions substantielles de l'article 3 commun et du Protocole Additionnel II sont empruntées au droit applicable aux conflits armés internationaux ». BIGNON (F), *le comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre,* 2e édition, CICR, Genève, 2000, p. 277.

[40] Il faut le rappeler les CG ont été élaborées avec le modèle stratégique de la SGM, où les affrontements ne mettraient aux prises que des forces étatiques. De ce fait les CANI ne seront pris en compte que par le biais de l'art.3 commun alors même que la France luttait déjà en Indochine contre les nationalistes et que la Chine aussi était aux prises avec les insurgés communistes de Mao.

seulement par les évolutions technologiques mais aussi par la mutation des acteurs sur le terrain. Ce qui nécessite la définition de ceux-ci.

D La notion de groupe armé non étatique

L'expression Groupe Armé Non Etatique n'est pas conventionnelle. Celle qui est utilisée par le droit des conflit armé est la notion de groupe armé organisé. Ainsi l'expression GANE n'est pas reprise par les principales sources juridiques.

La notion d'entité non étatique, plus précisément les entités non étatiques qui prennent part à des conflits armés, n'est pas une notion juridiquement définie[41]. Pour nous, l'expression « entités non étatiques » désigne les parties aux conflits armés internes qui s'opposent aux forces gouvernementales ou luttent contre des entités de même nature et qui remplissent les conditions prévues à l'article 3 commun ou à l'article 1er du Protocole Additionnel II de 1977. L'évocation de l'expression entité non étatique a cet intérêt qu'elle consiste à mettre l'accent sur le non appartenance du GANE à l'armée gouvernementale. Le Groupe Armé Non Etatique n'est pas l'armée gouvernementale ou une partie de celle-ci, à moins que ladite partie ait fait dissidence. Ainsi le terme « entité non étatique » peut être traité du point de vue du droit positif, sur la base des dispositions de l'article 3 commun et du PA II, en accord avec les conditions qu'ils prescrivent pour les conflits armés internes. Ce qui signifie qu'il faut comprendre le terme « entité non étatique » comme synonyme de la notion juridique des parties aux conflits internes dans le contexte du DIH. L'absence de tout lien avec la partie gouvernementale, est fondamentalement capitale pour nous. Dès lors seuls les groupes armés en tant qu'entités distinctes et indépendantes seront visées dans cette étude, excluant ainsi les groupes armés constitués en mouvement de résistance qui tombent sous

Il faut aussi rappeler que le nouveau cycle de réaffirmation et développement du Droit International Humanitaire, qui a conduit à l'adoption des deux protocoles additionnels en 1977, a été suscité lui aussi en large partie par ce qu'on considérait alors comme l'émergence de nouvelles formes de conflits non prévues ou mal perçues par les conventions de Genève. De plus en 1977 le PA I est entièrement consacré aux MLN, délaissé en 1949, mais qui commençait à décliner en 1977. Cela au détriment des conflits armés internes qui eux étaient à leur apogée et qui continuait à croitre encore.

[41] Une entité est un « Elément dont la qualification juridique est douteuse, non précisée, souvent à dessein, par le locuteur ou sur laquelle il ne veut pas se prononcer », SALMON (J), (sous la direction), *Dictionnaire de droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 432.

le coup de l'article 4 A§2 CG III[42]. Ceux-ci devant appartenir à une partie au conflit et ainsi dépendants d'une Haute Partie contractante ne seront pas évoqués dans notre étude. Il en sera également le cas de certaines entités non étatiques que nous énuméreront ci-dessous.

II Délimitation du champ d'étude

Les Sociétés Militaires Privées (SMP), les forces de maintien de la paix et les mouvements de libération nationale ne cadrent pas avec la définition que nous venons de donner à propos des GANE. Ainsi nous ne les aborderons pas dans le cadre de notre étude.

A Les Sociétés Militaires Privées

En ce qui concerne les premières visées, les sociétés militaires privées, l'exclusion est fondée sur le fait qu'elles n'ont pour vocation première ni d'entamer et encore moins de conduire un conflit armé. Elles ne sont donc presque jamais déployées dans l'optique de mener des opérations militaires classiques avec des objectifs militaires de conquête de positions. Aussi il faut noter que pendant les conflits armés en Angola, en Sierra Léone et dans une plus grande échelle en Irak après 2003, ces troupes ont été incorporées aux forces gouvernementales, *de facto* ou *de jure,* et ont agi en leur nom et pour leur compte. Elles étaient donc sous le contrôle global des gouvernements angolais, sierra léonais et américain concernant le cas de l'Irak[43]. Ce qui fait des liens de collaboration avec une entité

[42]Article 4 A-§.2 CG III « Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi (…), 2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :
a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
c) de porter ouvertement les armes ;
d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre (…) ».

[43] Pour ce qui est des Sociétés Militaires Privées, une précision s'impose. En effet à part l'épisode d'Executive Outcomes en Angola où confronté à des violentes offensives de l'UNITA surtout sur les installations pétrolières, le gouvernement central dirigé par le MPLA fait appel aux anciens des forces spéciales sud-africaines reconvertis dans le mercenariat privé en 1992. Leur efficacité est immédiate car elles permettent au gouvernement angolais de sécuriser ces zones et même de reprendre des villes aux mains de la rébellion de l'UNITA) et en Sierra Leone (En 1994, Executive

étatique et donc les excluent de notre domaine d'analyse. Mais la plupart du temps, leurs actions se résument à des opérations de protection des lieux dits sensibles, d'escorte de navires dans des zones dangereuses, de convois de personnalités ou parfois à la fourniture de moyens pour des unités combattantes. Ainsi dans ce dernier cas, pour rester dans le cadre notre étude, les Sociétés Militaires Privées sont engagées pour entretenir les systèmes d'armes ou à assurer les lignes d'approvisionnement sur les lignes arrière, comme ce fut le cas de la société Blackwater en Irak. Malgré l'importance de ces activités, elles n'ont aucune incidence sur le conflit armé en cours et l'absence de la Société Militaire Privée ne conduit pas à sa fin.

De plus, et comme cela a été le cas lors de plusieurs accrochages[44], le fait que les agents de la Société Militaire Privée participent sporadiquement à de tels affrontements ne fait pas de cette société un groupe armé non étatique et donc partie au conflit armé en cours. Cependant cela ne peut pas les exonérer du respect des principales dispositions du DIH et du DIDH qui s'appliquent pendant la durée de l'engagement.

Les Sociétés Militaires Privées ont vocation à remplacer les forces armées étatiques dans leurs tâches subalternes et annexes, sans jamais se substituer à elles dans leurs fonctions premières à savoir les opérations de combat proprement dites. Ainsi délester de ce fardeau, les forces armées peuvent se consacrer exclusivement à leur vocation première : la conduite des opérations militaires. Mais du fait de leur activité, comme le maintien des systèmes d'armes, de la surveillance des prisonniers ou de l'interrogatoire des détenus ou de la collecte d'autres

Outcomes est appelé à la rescousse par le gouvernement de la Sierra Leone pour l'aider à endiguer l'avancée des troupes rebelles du RUF. Il reçoit en paiement une partie des mines de diamant de la région).

[44] Des employés de Blackwater (qui a depuis changé de nom, désormais Academi) étaient chargés de la sécurité d'un convoi diplomatique américain. Le 16 septembre 2007 sur la place Nisour, ils ont ouvert le feu sur des automobilistes et des passants qui se trouvaient là, utilisant des lance-grenades, des mitrailleuses, et des fusils automatiques. Selon les enquêteurs américains, 14 civils irakiens avaient été tués, 17 selon les enquêteurs irakiens. Le bilan de la fusillade fait état de 18 autres Irakiens blessés. Trois des auteurs de cette fusillade ont été condamnés, en avril 2015, à 30 ans de prison.

renseignements, ces agents peuvent être des cibles d'attaque car cela leur fait perdre leur protection en tant que civils.

Les SMP entretiennent ainsi des liens avec les forces gouvernementales auprès desquelles elles agissent. Les forces de maintien de la paix ont aussi des liens avec des entités étatiques qui justifient leur mise à l'écart.

B Les forces de maintien de la paix

Les opérations de maintien de la paix procèdent de la pratique plus que de la Charte des Nations Unies. Elles sont l'œuvre du Conseil de Sécurité des Nations Unies qui a élargi ses prérogatives en vertu de la théorie des pouvoirs implicites[45].

Originellement, les opérations de maintien de la paix sont celles autorisées par les Nations Unies. Elles reposent sur l'article 1§1 de la Charte, relatif au règlement pacifique des différends, sur le Chapitre VI concernant l'action en cas de menace contre la paix du Chapitre VII. Ainsi sur cette base l'on distingue plusieurs types d'opérations à savoir les opérations de maintien de la paix de la première génération, peace-keeping, les opérations d'imposition de la paix de la seconde génération, peace-enforcing, ou de rétablissement de la paix de la troisième génération, peace-making. A toutes ces opérations s'ajoutent une autre catégorie aux contours très complexes. Il s'agit des opérations de construction de la paix, peace-building qui désignent des missions, civilo-militaires voire des administrations civilo-militaire, autorisées par les Nations Unies, exécutées par des Etats ou des organisations internationales gouvernementales régionales volontaires ou demandeurs. Elles visent à assurer la réintégration d'une région à son Etat, préparer l'accession d'un territoire et d'une population à l'autodétermination ou à l'indépendance, consolider la paix après la fin d'un CAI

[45] La Charte des Nations Unies ignore le terme de « opération de maintien de la paix ». Ces dernières ont débutées avec le Comité spécial des Nations Unies pour les Balkans créé le 19 décembre 1946 pour enquêter sur des violations alléguées du territoire grec par l'Albanie, la Yougoslavie et la Bulgarie. Après une relative euphorie dans les premières années, les opérations de maintien de la paix sous l'égide de l'ONU ont connu une longue phase de léthargie due au blocage du Conseil de Sécurité des Nations Unies devenu le champ privilégié de l'affrontement entre les deux blocs au cours de la Guerre Froide. Ainsi de 1964-19987, il n'y a eu que trois (03) opérations de maintien de la paix DOMREP, FNUOD et la FINUL. Mais à la fin de celle-ci, après la chute du Mur de Berlin, on assiste à un accroissement de ces opérations. Ainsi de 1988-1992, les Nations Unies ont créé plus d'opérations de maintien de la paix, en quatre (04) que durant les quarante années précédentes.

ou d'un CANI[46]. Les troupes engagées dans le cadre de ces missions ne bénéficient pas toutes de la même protection.

Ainsi selon la CPI, « une mission de maintien de la paix se caractérise par l'application de trois principes de base : i) le consentement des parties ; ii) l'impartialité ; iii) le non-recours à la force sauf en cas de légitime défense »[47]. Ainsi, le personnel, les matériels et les installations de ces opérations sont considérés comme des civils avec toutes les immunités garanties aux civils. A ce titre le Statut de la CPI incrimine toute attaque contre eux[48]. Toutes les fois où la mission demeure dans une action non coercitive, son personnel, son matériel et ses installations sont ainsi protégés par l'article 9 de la convention du 9 décembre 1994 qui les assimile à des civils. Mais lorsque la force reçoit un mandat coercitif, cette protection tombe le DIH devient dès lors applicable conformément à la Circulaire du Secrétaire Générale des Nation Unies de 1999 et de la résolution 1327 du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 13 novembre 2000. De même, compte tenu de la mutation des mandants et des réalités, il peut arriver qu'une opération de maintien de la paix soit amenée à se comporter comme un belligérant sur le terrain[49]. Il faut, dans ces situations, procéder à des identifications au cas par cas en prenant en compte un certain nombre d'indices parmi lesquels figure, mais de

[46] On peut citer à titre d'exemple le GANUPT pour la Namibie en 1989-1990, la MINURSO pour le Sahara Occidental en 1991, l'ATNUTO pour le Timor Oriental en 1999-2002, la MINUSS pour le Sud-Soudan en 2011.

[47] CPI, *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garba*, ICC-02/05-02/09, Décision relative à la confirmation des charges, Chambre Préliminaire I, 8 février 2010, §.

[48] Voir article 8-2-e-ii Statut de la CPI, en des termes identiques, le Statut du TSSL reprend la même incrimination en son article 4-b.

[49] *L'agenda pour la paix*, complété par un *Supplément* le 3 janvier 1995 et par deux autres *Agendas* (*pour la développement*, le 6 mai 1994, puis, le 18 octobre 1996, *pour la démocratisation*) montre la gradation des actions et la variété des fonctions que les « opérations de paix » sont censées remplir. D'autres principes directeurs ont été édictés, le 1er juin 2001 : *Mise en œuvre des recommandations du Comité spécial des opérations de maintien de la paix et du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'ONU*. Auparavant, la Circulaire du Secrétaire Général des Nations Unies du 6 août 1999, *Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies*, renforcée par la résolution 1327 du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 13 novembre 2000, a rappelé l'applicabilité du *jus in bello* à des opérations qui, dès lors qu'elles prennent un tour combattant, n'ont plus « de paix » que le nom.

manière non prépondérante, la définition du mandat par le Conseil de Sécurité des Nations Unies[50].

Pour nous, l'exclusion des forces de maintien de la paix, résulte du fait qu'elles sont et demeurent des forces armées étatiques mises à la disposition d'organisations internationales qui n'en disposent pas. Ainsi structurellement elles demeurent des forces armées étatiques et donc soumises aux dispositions du DIH déjà ratifiées par leurs Etats. A ces dispositions viennent s'ajouter celles que l'Organisation Internationale rendent applicable aux troupes sous ses ordres[51].

Les forces armées étatiques ne seront pas visées par la dénomination GANE comme les mouvement de Libération Nationale qui sont, certes, des forces armées non étatiques mais élevées au rang des forces armées étatiques.

C Les Mouvements de Libération Nationale

Pour ce qui est des Mouvements de Libération Nationale, leur exclusion se justifie doublement. D'une part, c'est un phénomène qui ne présente plus qu'un intérêt historique du fait de son extinction. En effet, depuis la fin du phénomène de décolonisation avec l'accession à l'indépendance de la Namibie en 1990 et de l'Erythrée en 1993, il a fallu attendre plus d'une décennie, avec la scission du Soudan, pour assister à une résurgence éphémère du phénomène. Ainsi à l'heure actuelle seul le cas du Sahara Occidental peut être évoqué comme exemple encore d'actualité avec le front POLISARIO[52]. Les guerres de libération nationales ne prolifèrent plus, ce qui dépouille toute étude de son intérêt pratique du fait de l'impossibilité de trouver des cas récents en vue d'une analyse concrète[53]. De plus

[50] TSSL, *Le Procureur c. Issa Hasan Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao,* SCSL-04-15, Chambre, de première instance I, Jugement, 2 mars 2009, §. 234.
[51] Pour aller plus loin sur cette question, voir KOLB (R), *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, 2nd éd., Bâle/Bruxelles, 2006, p. 57 et suivants. Voir également du même auteur, *Jus in bello, le droit international des conflits armés*, Précis, 2e éd., Bruylant, Bruxelles, pp. 193-198.
[52] http://www.un.org/fr/decolonization/nonselfgovterritories.shtml consulté la dernière fois le 28 mai 2018.
[53] On ne peut, d'une part, que regretter que les protocoles soient arrivés un peu tardivement pour être appliqués aux guerres de libération nationale qui étaient beaucoup moins nombreuses au moment de leur entrée en vigueur. De plus pour ne rien arranger, en ce qui concerne les Guerre de Libération Nationale, l'article 1§4 du 1er Protocole Additionnel n'a jamais été évoqué explicitement dans les conflits qui ont éclaté depuis l'adoption des Protocoles Additionnels nonobstant l'article 96§3 du 1er Protocole Additionnel.

la législation concernant les Mouvements de Libération Nationale semble ne pas totalement correspondre à la notion de groupe armé non étatique telle que nous l'avons définie ci-dessus. En effet, à l'origine les Mouvements de Libération Nationale sont des entités non étatiques, et leurs forces des groupes armés non étatiques, car le territoire pour la libération duquel ils se battent n'est pas encore un Etat du point de vue du droit international public. Cependant, ce même droit a décidé, pour des raisons plutôt idéologiques,[54] d'appliquer les dispositions du Droit International Humanitaire destinées aux Conflits Armés Internationaux[55], avec pour principale motivation le fait que ce mouvement avait pour vocation de devenir un Etat en cas de triomphe de sa cause. Ainsi les guerres de libération nationale sont à l'origine des conflits armés non internationaux qui sont élevées au rang de conflits armés internationaux depuis l'adoption du Protocole Additionnel I en 1977. D'autre part cette application, décrétée, des dispositions du Droit International Humanitaire relatives aux Conflits Armés Internationaux, fournit l'autre motivation de l'exclusion. En effet ce droit étant le plus sophistiqué, à l'heure actuelle, son application à un conflit armé, originairement non international, réduit considérablement les zones grises. Elle résout aussi plusieurs interrogations auxquelles sont confrontées les CANI du fait de la faible couverture légale dont ils souffrent. Le Mouvement de libération nationale étant appelé à devenir le nouveau gouvernement du nouvel Etat, et soumis au droit des conflits armés internationaux, perd ainsi son caractère non étatique et ne fera donc pas partie de cette étude. Cette dernière précision nous permet ainsi de cerner les contours de notre thème et nous permet ainsi d'aborder sa problématique.

[54] Lors des négociations ayant débouché sur la conclusion des PA, les anciens Etats colonisés, numériquement les plus nombreux, s'étaient battus pour inclure les guerres de libération nationale dans la catégorie des CAI dans l'optique de légitimer un peu plus la cause défendue par ces mouvements. Ce qui a conduit à une extension du droit des CAI aux guerres de libération nationale. Et inversement ces mêmes Etats ont fait preuve d'un acharnement sans précédent pour empêcher toute extension du droit couvrant les CANI par peur de déstabilisation et aussi d'ingérence des grandes puissances.

[55] Article 1§4 PA 1er.

III Problématique

Dans les conflits armés contemporains, les réalités actuelles rendent l'application de certains principes extrêmement compliquée. Le droit applicable aux CANI n'arrive pas à suivre la forte cadence imposée par l'évolution de la science et les diverses mutations qui bouleversent ce domaine. En effet, les avancées rapides de la science et de la technique, mais aussi la polarisation des rapports de force, mettent à rude épreuve la capacité du droit à s'adapter pour régir le comportement humain, tout spécialement dans les situations de conflits armés les plus dramatiques. La réglementation régissant ces conflits est débattue et remise en question à bien des niveaux.

D'une part, le droit des CANI a du mal à s'adapter face à la mutation des caractéristiques des conflits armés actuels du fait du comportement des belligérants. Désormais, la multiplication des conflits asymétriques, la multitude d'implication des forces armées d'un ou plusieurs États tiers dans des conflits locaux et transfrontaliers, la prolifération et à la fragmentation des parties armées, représentent un authentique défi[56].

D'autre par le droit des conflits armés, pour cerner tous ces aspects, se fragmente. Ainsi, les rapports entre les différentes branches du droit régissant les CANI devient très complexe et ne favorise pas une amélioration de la protection des victimes lorsqu'ils ne la compliquent pas. En effet les relations entre le DIH et le droit relatif aux droits de l'homme ou le droit international pénal, qui, malgré toutes leurs similarités, répondent à des impératifs différents, constitue un autre défi. Le chevauchement entre ces diverses branches du droit, auquel viennent s'ajouter les interprétations qui en résultent sur le plan de la jurisprudence comme de la doctrine, entraîne un manque de clarté qui a parfois servi de prétexte pour réduire le degré de protection juridique pendant les conflits armés. Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, par exemple, le DIH est parfois invoqué pour abaisser le seuil du recours à la force, tandis que les dérogations qu'autorise le droit relatif aux

[56] On peut citer à titre d'exemple les coalitions internationales en Syrie contre l'Etat Islamique, au Yémen contre les rebelles Houtiths, le G5 Sahel contre les groupes armés au Mali ou encore la force multinationale contre Boko Haram aux confins du Nigéria, du Niger, du Cameroun et du Tchad.

droits de l'homme sont utilisées comme argument pour réduire la protection accordée aux détenus. Ces tendances ont une autre conséquence : la complexité croissante des interprétations juridiques, qui éloignent excessivement le droit des réalités du terrain[57].

Or le droit des conflits armés, surtout celui relatif aux CANI, ne saurait demeurer déconnecté des réalités auxquelles il est censé s'appliquer, puisqu'il vise « simplement » à limiter les effets de la guerre. Sa capacité d'adaptation à des circonstances nouvelles et à des défis inédits ne doit jamais être sous-estimée.

Néanmoins, depuis quelques années les CAI se raréfient alors que dans le même temps les CANI ne font qu'augmenter. Or les dispositions régissant le droit applicables aux premiers nommés sont plus nombreuses, plus élaborées et plus fournies que celles régissant les derniers alors même qu'ils sont les plus nombreux et font le plus de victimes[58]. De plus malgré la faible couverture dont bénéficient les CANI, les rares dispositions qui leur sont applicables ont un contenu elliptique. La réalité est encore plus implacable en ce qui concerne le DIDH car il est généralement admis qu'il ne peut y avoir d'obligations issues du droit international des droits de l'homme à la charge des entités non étatiques. Celles-ci ne peuvent donc pas assumer des obligations issues de dispositions qui ne trouvent pas application pendant la période d'un conflit armé. Cette vision extrême de la dichotomie, entre droit applicable et période d'application, s'est adoucie au fil des années. Certes, l'applicabilité des droits de l'homme en période de conflit armé n'est plus remise en cause, mais la détermination des dispositions applicables par les entités non étatiques fait toujours débat. En effet l'argument premier évoqué, pour refuser l'applicabilité des droits de l'homme par les entités non étatique, est l'absence d'une structure étatique. Celle-ci étant la seule à même de permettre la mise en œuvre concrète des dispositions particulières de ce droit. Il faut cependant reconnaitre que certaines dispositions des droits de l'homme n'ont aucunement besoin d'une structure étatique pour leur mise en œuvre. Il en est de même

[57] MELZER (N), *Droit International Humanitaire, introduction détaillée*, CICR, 2018, p. 12.
[58] Plus de 80% des conflits d'après 1945 selon KOLB (R), *Jus in bello : le droit international des conflits armés*, Précis, 2e édition, Bâle, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, p. 452.

s'agissant de la souveraineté, qui est l'épouvantail sans cesse brandit par les Etats pour écarter cette éventualité. Enfin, la capacité à appliquer les dispositions du DIH et du DIDH n'entraine aucune conséquence sur la statut de l'entité non étatique, et ne change pas la situation des groupes armés non étatiques sur le terrain.

L'une des conséquences immédiates de ce refus est matérialisée par l'impossibilité d'engager la responsabilité pénale internationale du GANE pour violation du DIH ou du DIDH devant les juridictions internationales. En effet sur une scène internationale où seuls les Etats souverains, et quelques organisations internationales, sont responsables d'un fait, l'idée d'une responsabilité pénale internationale d'une entité non étatique n'est absolument pas de mise.

Néanmoins, à la suite des tribunaux militaires de l'après Seconde Guerre Mondiale, la pratique des Tribunaux Pénaux Internationaux (TPI) *ad hoc* et aussi la Cour Pénale Internationale (CPI), ont rendu l'hypothèse d'une responsabilité pénale internationale individuelle viable. Elle a été matérialisée et tellement surexploitée que l'idée d'une responsabilité collective du GANE parait aujourd'hui encore hors de portée. Cependant les arguments évoqués pour un tel refus sont loin d'emporter notre conviction.

IV Intérêt du sujet

Lorsqu'une personne commet certains actes qui relèvent de la compétence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ou de la Cour pénale internationale, c'est souvent dans le cadre d'un conflit armé. Or pour qu'il y ait CANI il faut nécessairement une entité non étatique. Donc pour nous, ne sanctionner que les commandants ou les membres de ces entités non étatiques, juste en leur qualité de commandant ou de simple membres, sans jamais pouvoir remonter au groupe lui-même, est une œuvre inachevée. Aussi, juridiquement, rien ne s'oppose à une mise en cause de la responsabilité internationale de l'entité non étatique, au moins en ce qui concerne les violations du droit international humanitaire et des droits fondamentaux, surtout ceux qui sont applicables même en période de conflit armé : les droits indérogeables.

A s'en tenir à la finalité du DIH et du DIDH, rien ne peut justifier la différence de traitement entre les victimes selon la nature du conflit dont ils sont victimes. De plus, compte tenu du quasi-monopole qu'exercent les CANI, il devient intenable de conserver cette réglementation rudimentaire les régissant. Dès lors nous pensons que, dans le cadre d'un CANI, se trouvant confronter aux incertitudes et aux lacunes des textes et, derrière elles, à celles du droit, l'on sentira le besoin de proposer des améliorations et des compléments pour pallier ces insuffisances[59].

La consécration de ce changement s'est traduite par une certaine complémentarité, une interpénétration, pour aboutir à une prise en compte mutuelle de ces deux branches du droit. En effet la complémentarité entre le DIH et le DIDH a permis, d'un côté d'atténuer les rigueurs du droit humanitaire en introduisant des doses de droit de l'homme ; de l'autre, les droits de l'homme ont accueilli en leur sein des notions du droit des conflits armés qui leur permet de s'adapter et de trouver application dans une période différente de celle qu'ils sont, naturellement, censés régir. Mais la difficulté principale à ce niveau résulte de l'imprécision des dispositions applicables, dès lors que leur applicabilité est acquise. Ainsi, le premier intérêt découle de la contribution à la détermination des contours des dispositions applicables, surtout celles provenant du DIDH, car parfois l'application satisfaisante d'une disposition entraine forcément le respect d'autres dispositions qui elles ne sont pas censées s'appliquer immédiatement.

Un autre intérêt résulte de la configuration même de la majorité des CANI. Il faut rappeler que les plus nombreux des conflits armés, de l'après-guerre, sont des conflits asymétriques qui ne laissaient à la partie faible, d'habitude les insurgés, d'autre choix que de recourir aux méthodes de la « guerre des pauvres », ou la guérilla, sous son appellation actuelle de guerre asymétrique. Or les Conventions de Genève, et avant elles la Convention et le Règlement de La Haye, sont restées calquées sur les guerres classiques ou conventionnelles entre armées régulières, composées de militaires se distinguant clairement de la population civile, livrant bataille des deux côtés d'une ligne de front tout aussi distincte. Cette confusion

[59] KOLB (R), *Jus in bello : le droit international des conflits armés*, Op., Cit., p. 449.

voulue, organisée et entretenue par certaines parties à des CANI, complique sérieusement l'application de certains principes fondamentaux du droit des conflits armés, comme le principe de distinction par exemple. Elle oblitère par là même la portée de la protection apportée aux victimes des CANI.

Dans le cadre de notre thèse, nous nous focaliserons sur le droit des conflits armés non internationaux en raison de la complexité des problèmes juridiques et pratiques qu'il soulève, notamment eu égard à ses multiples lacunes juridiques et son architecture, actuelle, complexe. Les CANI sont plus déstructurés que jamais, avec de nouvelles réalités qui atteignent leur paroxysmes depuis quelques années. Mais le droit positif applicable aux CANI ne semble pas les prendre en compte dans l'élaboration d'une protection plus efficace. Comme le dit le Professeur DEYRA (M) « la multiplication des conflits armés non internationaux dans la seconde moitié du vingtième siècle est due, à la fois, au blocage stratégique induit par la dissuasion nucléaire, et à la montée sans précédent des pulsions communautaires dans les Etats multinationaux, qui sont devenus alors victimes de pulsions de morcellement, de conflits identitaires, de guerres civiles »[60]. En effet, cela coïncide avec la fin de la Guerre Froide et de l'affrontement idéologique qui cristallisait les tensions. Désormais, l'appartenance à un groupe ethnique, à une minorité et surtout à la religion, tout est prétexte à des affrontements sanglants. Or l'article 3 commun et le Protocole Additionnel II, applicables aux CANI, datent respectivement de 1949 et 1977, et ne sont pas suffisamment en adéquation avec les conflits armés actuels, qui ne sont pas à l'image des guerres civiles classiques[61]. Ainsi, la question de l'effectivité et de la crédibilité du droit international humanitaire se pose au point où de nombreux auteurs se demandent si ce droit ne traverse pas une crise existentielle[62].

---

[60] DEYRA (M), *l'essentiel du droit des conflits armés,* Paris, Gualino, 2002, p. 19.

[61] BOURQUIN (M), « la guerre a cessé, dans la plupart des cas, d'être une procédure qui se déroule entre quelques Puissances pour trouver sa conclusion dans un traité de paix. Elle apparait plutôt aujourd'hui comme une sorte de cataclysme, ne laissant après elle que des ruines, où vainqueurs et vaincus, belligérants et neutres se débattent dans une même faillite et dans une même angoisse », « le problème de la sécurité internationale », *RCADI*, vol. III, 1934, p. 475.

[62] GIRAUD (E), « on peut affirmer que le droit de la guerre traverse une crise grave. Est-ce une crise qui prépare sa fin ? Il n'y aura en fait plus du droit de la guerre quand des belligérants pourront faire n'importe quoi sans violer de façon certaine une règle de droit positif. Est-ce une crise de

Le droit humanitaire est lui-même un droit fait de compromis entre les nécessités militaires et les impératifs humanitaires et comme le dit le Professeur TAVERNIER (P), le droit humanitaire est « un droit pragmatique qui cherche à maintenir la balance égale entre les nécessités militaires et politiques et les exigences du respect de la dignité humaine et de la protection des victimes de la guerre »[63]. C'est donc dans cette lignée que nous entendons apporter une contribution en vue de l'adaptation de ce droit aux réalités du moment. Cela concernera non seulement les conditions d'application du principe de distinction mais aussi et surtout l'extension des autres dispositions applicables en la matière.

En ce qui concerne les droits de l'homme, depuis la Conférence de Téhéran, seule la question de l'étendue du droit applicable et celle de la capacité des entités non étatiques à assumer les obligations qui en découlent, continuent d'alimenter les discussions. Notre étude vise à préciser, parmi les dispositions des droits de l'homme lesquelles doivent être respectées par les entités non étatiques. Mais pour ce faire, en partant de la capacité des entités non étatiques à assumer des obligations issues des droits de l'homme, nous démontrerons que la qualité de sujet de droit international des droits de l'homme est de plus en plus affirmée par des instances internationales, qui comportent parfois exclusivement des représentants d'entités étatiques. Le changement, ainsi acté, favorise dès lors un engagement de la responsabilité des entités non étatiques pour violation des droits de l'homme et du droit international humanitaire en période de conflit armé.

Enfin, si la responsabilité pour violation du droit des conflits armés est la règle, elle ne trouve à s'appliquer qu'en ce qui concerne le commandant du fait de l'agissement de ses subordonnés, et celle des membres du GANE du fait de leurs

---

réadaptation ? L'avenir nous le dira ». *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, 1958, p. 638. Allant dans le même sens SANDOZ (Y) se demande si le droit international humanitaire n'est pas à sa fin, « le demi-siècle des conventions de Genève », *RICR*, n°834, juin 1999, p. 258. De même TAVERNIER (P), affirme qu'il « n'est pas illégitime de se poser la question de la fin du droit humanitaire ». « De 1899-1999 : éclatement ou approfondissement du droit international humanitaire ? », *in* TAVERNIER (P) et BURGORGUE-LARSEN (L) (dir.), *un siècle de droit international humanitaire. Centenaire des Conventions de La Haye. Cinquantenaire des Conventions de Genève*, Bruxelles, Bruylant, 2001, CREDHO, p. 17.

[63]TAVERNIER (P) « De 1899-1999 : éclatement ou approfondissement du droit international humanitaire ? » p. 17.

propres agissements. La responsabilité de l'entité non étatique échappe quant à elle, à toute juridiction internationale. Or ce refus semble intenable du point de vue de la pure argumentation juridique, sauf à évoquer des prétextes politiques ou des réflexes souverainistes pour continuer à perpétuer cette posture née dès les origines de la justice pénale internationale, avec les tribunaux internationaux militaires des lendemains de la seconde guerre mondiale. Ce déni persiste encore dans la jurisprudence des TPI *ad hoc* et également de la CPI.

V Méthodologie

Le DIH applicable aux CANI nécessite forcément une identification des acteurs sur le terrain. En effet, contrairement au DIDH qui s'applique directement aux personnes en leur qualité d'être humain, le DIH pour exige, quant à lui, une participation directe aux hostilités. C'est donc en fonction de cette activité que sera déterminée l'étendue de la protection applicable à une personne dans le cadre d'un Conflit armé surtout non international. Dans le même temps l'application du DIDH en période de conflit armé ne répond pas à la même logique. Mais en prélude à toutes ces opérations, il doit exister un conflit armé nécessitant la présence d'un groupe armé qui est, lui-même, la faction armée d'une entité non étatique partie à un conflit armé. Si le DIH met clairement à la charge des parties au conflit armé des obligations qu'il édicte, une telle réalité n'est pas envisagée par le DIDH à l'égard d'entités non étatiques qu'il ne reconnait pas comme dépositaires de telles obligations.

Il existe un faisceau d'indices qui tend à démontrer que d'autres dispositions du DIDH, en plus de celles qui sont indérogeables, peuvent être directement mises en œuvre par les GANE au cours d'un conflit armé régi par le PA II. C'est en partant de cette base, et cumulativement avec l'essor des responsabilités individuelles, que nous avons décidé d'aborder la question de la responsabilité des groupes armés non étatiques.

En l'état actuel des choses, malgré les multiples atrocités commises par les GANE, nonobstant la sophistication de leur organisation et de leur mode opératoire, le droit international refuse de prendre en compte cette hypothèse, alors que dans

le même temps certaines législations nationales reconnaissent cette éventualité. Pour notre part, nous pensons qu'à l'échelle internationale les moyens permettant l'engagement de la responsabilité internationale, des groupes armés non étatiques, existe. Mais cela n'est possible qu'en cas d'abandon du refus obstiné qui prévaut actuellement et qui est difficilement défendable.

L'identification de la faction armée d'une entité non étatique partie à un conflit armé étant la condition d'application du droit, nous aborderons celle-ci dans une première partie (1ere partie). Nous aborderons dans une seconde autre, les questions relatives à la responsabilité des groupes armés non étatiques (2e partie).

PREMIERE PARTIE : L'identification des acteurs et ses conséquences

Depuis la fin de la Guerre Froide, les conflits armés sont devenus tellement déstructurés qu'il est, parfois, difficile d'appliquer, convenablement, les critères traditionnels d'identification dédiés à cet effet. Ce problème se pose avec acuité notamment en ce qui concerne les conflits armés non internationaux (ci-après CANI). En effet les acteurs, non étatiques, de ces conflits, les plus nombreux et les plus meurtriers, sont dans une logique de rupture les poussant à renier certains principes cardinaux du droit des conflits armés. Cette posture opérationnelle, purement stratégique, ne doit cependant pas les dispenser du respect de leurs obligations. L'application du droit international humanitaire (ci-après DIH) et du droit international des droits de l'homme (ci-après DIDH) est largement tributaire des différents acteurs en présence lors d'un conflit armé. Dès lors, l'application de ces branches du droit international (Titre 2) doit être précédée d'une identification des acteurs (Titre 2).

Titre 1 : L'identification des acteurs

Pour citer ROUSSEAU (J.J), on peut dire que « la guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat »[64]. Cette affirmation jadis vraie, doit être nuancée au vu des importantes évolutions intervenues en ce domaine. Il est lointain le temps où pour NAHLIK (S.E), « (…) la guerre devrait se limiter aux combats entre deux armées, la population n'y étant aucunement engagée. (…) »[65]. En effet l'apparition des Etats modernes, à la suite du traité de paix de Westphalie en 1648, a consacré le monopole de l'usage de la force armée à leur profit, dès lors, « la guerre devint ainsi l'affaire exclusive du souverain (…) »[66]. Désormais seuls et uniques acteurs sur la scène internationale, pendant plusieurs décennies, ces entités souveraines étaient les seules à avoir le droit de faire la guerre, jadis considérée comme un moyen de régler les relations internationales. Or depuis plusieurs années les Etats voient leur monopole être contesté par des entités non souveraines : les entités non étatiques. Cette concurrence, par ces acteurs un temps ostracisés par le droit international, est restée pendant longtemps en dehors du domaine couvert par le droit international. Ainsi les affrontements auxquels prennent part ces entités non étatiques ont été considérés, par le droit international traditionnel, comme relevant exclusivement du domaine réservé des Etats, donc de leurs affaires intérieures, ne tolérant aucune immixtion du droit international. L'Etat concerné avait donc les mains libres, conformément à sa législation, pour éteindre tout foyer de contestation armée. De plus comme le rappelle CASSESE (A), les autres Etats tiers avaient une interdiction absolue d'aider la partie insurgée[67].

Cette position rigide a fini par être progressivement remise en cause à partir du milieu du XIXe siècle avant d'aboutir à une prise en compte par le droit international moderne des conflits armés. C'est d'abord par le mécanisme de la

[64]ROUSSEAU (J-J) *Du contrat social*, Gallimard, Paris, 1964, p. 179.
[65] NAHLIK (S.E.) « l'extension du statut de combattant à la lumière du PA I de Genève de 1977 », *RCADI*, 1979, III, p. 184.
[66] CLAUSEWITZ (C), *De la guerre,* Paris, Péririn, 2006, p. 374.
[67] CASSESSE (A), « La guerre civile et le droit international », *RGDIP* 1986-2, p. 559.

reconnaissance de belligérance que les Etats ont accepté d'amener un conflit armé non international (CANI) au niveau de la guerre internationale, avec pour principale conséquence une application du droit international des conflits armés internationaux (CAI) et la reconnaissance de la qualité de belligérants aux insurgés. Ce processus va, ensuite, connaitre un important développement à partir des Conventions de Genève de 1949 avant d'être réaffirmé dans les Protocoles Additionnels de 1977.

Volontairement vague et imprécise, cette prise en compte des CANI par le droit international n'a fourni que très peu d'éléments pouvant aboutir à une identification du groupe armé de l'entité non étatique (Chapitre 1). De plus malgré l'accroissement exponentiel des CANI, les règles qui les régissent sont restées rudimentaires alors même que celles couvrant les CAI, de loin les moins nombreux, sont les plus abouties et les plus étoffées. Ainsi le droit applicable aux conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques est truffé de zones grises échappant, parfois, au droit international (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les critères généraux d'identification d'un groupe armé non étatique

L'imprécision des termes employés, pour ouvrir la voie à la reconnaissance de l'entité non étatique comme partie au conflit armé, laissait présager les difficultés à résoudre en vue d'une définition ou de l'élaboration de critères pouvant conduire à une telle identification. Ainsi passée l'euphorie de la reconnaissance (Section I), il fallait déjà s'atteler à corriger ses imperfections en précisant ses contours. C'est ce qui a conduit à l'adoption des Protocoles Additionnels de 1977 ayant consacré la notion de groupes armés organisés avec des critères plus affinés (Section II).

Section 1 : La reconnaissance des groupes armés non étatiques comme partie à un conflit armé

Jusqu'en 1949, le groupe armé de l'entité non étatique ne pouvait être reconnu comme partie à un conflit armé que par le biais de la reconnaissance de belligérance (§1). Les Etats disposaient alors d'une grande marge d'appréciation, d'un pouvoir discrétionnaire, en la matière. Pour ROUGIER (A), la reconnaissance de belligérance est « la constatation, faite par l'Etat même, qu'il existe un état de guerre entre lui et une collectivité d'hommes qui ne forme pas encore un Etat »[68]. C'est donc un acte unilatéral[69], un acte du gouvernement[70] par lequel la partie étatique du conflit reconnaissait l'existence d'un conflit armé et ouvre ainsi la voie à l'application du droit des CAI à ce conflit. Mais devant les incertitudes liées à

[68] ROUGIER (A), *Les guerres civiles et le droit des gens*, Thèse, Paris, 1902, p. 197.

[69] KOLB (R) « c'est un acte unilatéral par lequel un Etat accorde un certain statut juridique à des rebelles luttant dans une guerre civile : il leur reconnait une mesure de capacité internationale, en leur appliquant les règles relatives au conflit armé et des privilèges qui normalement, ne sont reconnus qu'aux Etats étrangers » KOLB (R), *Ius in Bello. Le droit international des conflits armés,* 2e édition, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 86.

[70] DUCULESCO (V) « c'est un acte du gouvernement établi ou d'un Etat étranger par lequel une partie en lutte dans une guerre civile est dotée de la qualification légale de faire la guerre, les conséquences juridiques de cet état des choses se produisant à partir du moment où une telle reconnaissance est accordée ». DUCULESCO (V), « Effet de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international » *RGDIP*, 1975-1, pp. 127-128.

l'exercice d'un tel pouvoir, les Conventions de Genève (CG) de 1949 ont opéré un important changement par l'intermédiaire de l'article 3 commun (§2).

Paragraphe 1 La reconnaissance de belligérance : Première ouverture vers l'admission des groupes armés non étatiques comme partie à un conflit armé

L'idée de la reconnaissance de belligérance a pris forme à partir du XVIII[e] siècle car aux siècles précédents la pratique avait consacré le refus de la reconnaissance des insurgés comme belligérant surtout par les Etats tiers.

C'est à l'occasion de la guerre d'indépendance des Colonies américaines contre le colon Britannique, 1775-1783, que s'opère le changement. En effet certains Etats comme la France ont reconnu les treize colonies comme partie belligérantes face aux Britanniques.[71] Dès lors la pratique de la reconnaissance de belligérance va progressivement s'installer et ce en dehors de toute réglementation. Cette totale liberté incarne l'expression de la souveraineté étatique dans toute sa splendeur car aucun texte juridiquement contraignant et aucun critère précis n'encadraient sa pratique. La doctrine a tenté d'élaborer les critères de la reconnaissance de belligérance (A) sans jamais parvenir à emporter la totale adhésion des Etats. L'Institut de Droit International (IDI) va essayer, en deux fois, de trancher le débat en précisant un peu plus les critères élaborés par la doctrine (B).

A Les critères de la reconnaissance de belligérance

Deux principales doctrines se sont opposées ayant chacune des implications sur les critères d'identification du groupe armé non étatique : il s'agit de la doctrine de la reconnaissance obligatoire de belligérance et de celle de la reconnaissance facultative.

La doctrine de la reconnaissance obligatoire de belligérance soutient l'idée d'une reconnaissance de belligérance se basant uniquement sur les faits et comme

[71] Il s'agissait de : Virginie, Massachusetts, New Hampshire, Maryland, Connecticut, Rhode Island, Delaware, Caroline du Nord, Caroline du Sud, New Jersey, New York, Pennsylvanie et Géorgie.

l'exprime HEFFTER (A), « La question qui se pose dans les guerres civiles est uniquement une question de fait, à savoir s'il s'agit d'une révolte passagère ou si les deux parties peuvent être regardées comme politiquement organisées »[72]. L'Etat, confronté à une insurrection armée, doit obligatoirement reconnaitre comme belligérant le groupe armé dès qu'une guerre civile est constatée[73]. Selon eux le droit de la guerre ne peut s'appliquer dans n'importe quel cas d'insurrection ou de conflit interne. La reconnaissance de belligérance ne doit avoir lieu que lorsqu'il y a de véritables guerres civiles, celles qui remplissent certaines conditions permettant de les reconnaitre formellement comme telles. Il en est « lorsqu'il se forme dans l'Etat un parti qui n'obéit plus au souverain et se trouve assez fort pour lui faire tête, quand la nation se divise en deux factions opposées, et que de part et d'autre, on en vient aux armes, c'est alors une guerre civile »[74]. Cette définition de la guerre civile implique donc que la partie non étatique soit suffisamment organisée militairement pour déclencher une confrontation armée et qu'elle soit aussi en mesure de contrôler une partie du territoire qui échapperait aux autorités gouvernementales. Cette première ébauche des éléments d'identification d'un groupe armé non étatique fera date et sera reprise et peaufinée au fil de l'évolution des instruments du droit international des conflits armés[75].

En effet, la reconnaissance de belligérance modifie radicalement les rapports juridiques entre les belligérants dans une guerre civile. Avant la reconnaissance des insurgés comme partie belligérante, seul le gouvernement légitime dispose de la

[72] HEFFTER (A), *Le droit International de l'Europe*, Berlin-Paris, 1883, p. 253.

[73] FIORE (P) « On ne saurait dès lors considérer comme intacte la personnalité d'un Etat, dans le cas où en fait il se serait produit une division fondamentale dans l'organisme du gouvernement établit (…). La conséquence de ce principe est qu'indépendamment de la reconnaissance de la qualité de belligérant et de l'opinion que peuvent avoir les gouvernements sur l'issue finale de la guerre civile et sur la réalisation définitive de la séparation, on ne saurait nier la personnalité de fait à un parti dans les circonstances que nous venons d'indiquer, ni se dispenser de la considérer provisoirement comme un Etat séparé et distinct. Aussi semble-t-il que dans les relations internationales, on doit admettre certains droits qui sont la conséquence accidentelle du fait, c'est-à-dire de l'exercice par le parti insurgé des fonctions de l'Etat. » FIORE (P), *Nouveau droit international Public*, 1885, Tome III, §1266, pp. 285-286.

[74] VATTEL (E. de), *Le droit des gens, ou Principe de droit naturel, Neuchâtel*, 1758, Edition de Carnegie Institution, 1916, Livre III, Chap. XVIII, p. 240.

[75] On peut citer entre autres PIEDELIERVRE (R), *Précis de droit international public*, Tome II, Paris, 1894, p. 138. WIESSE (C), *Le droit international appliqué aux guerres civiles*, Lausanne, 1898, p. 226. STEFANESCO (L), *La guerre civile et les rapports des belligérants*, Thèse, Paris, 1903, p. 95.

qualité de sujet de droit international. Les insurgés ne l'ont pas. Cependant, pour maintenir les rebelles dans le giron du droit pénal national et faire de leur insurrection une *res interna*, le gouvernement légitime n'a pas de compétence pour se servir, en vue de combattre les insurgés, des moyens que le droit international accorde à ceux-là seulement de ses sujets juridiques qui se trouvent en guerre avec un autre sujet de droit international. Autrement dit, pour continuer à réprimer les insurgés conformément à son droit pénal et éviter l'application du droit international, notamment le droit des conflits armés, aux rebelles, le gouvernement légitime doit seulement recourir aux mesures de police pour faire face à l'insurrection et rétablir l'ordre public. L'intervention massive des forces armées de l'Etat outrepasserait les compétences de police du gouvernement et placerait l'Etat dans une situation de guerre civile. Cela pourrait alors être interprété comme une reconnaissance tacite de belligérance et ainsi modifier les rapports juridiques entre les parties belligérantes en faisant des insurgés des sujets de droit international par le truchement des droits et obligations qu'impose le droit de la guerre. La reconnaissance obligatoire de belligérance se distingue de celle facultative par son caractère automatique et objectif. Une fois que le conflit armé interne remplit les conditions matérielles décrites ci-dessus, le statut de belligérance est constitué, même en l'absence d'une reconnaissance formelle par le gouvernement légitime et les Etats tiers. Cette reconnaissance devrait seulement consacrer formellement un état de fait et les droits afférents. Elle permet de contourner les appréciations subjectives et opportunistes des Etats. Ainsi elle doit intervenir automatiquement, obligatoirement dès que ses conditions sont réunies. Cette reconnaissance ne constate qu'un état de guerre, et formalise les droits et les obligations qui découlent de cette situation.

La reconnaissance de belligérance obligatoire heurte la souveraineté des Etats. Leur imposer de reconnaitre d'autres sujets qui, de surcroit, leur font la guerre n'a pas été facile au sein même de la doctrine et encore moins au niveau des Etats. Dès lors une partie de la doctrine a proposé une reconnaissance facultative de belligérance, ménageant plus la souveraineté étatique.

En effet celle-ci suggère une reconnaissance en deux temps. D'une part, la partie insurgée doit remplir certaines conditions qui démontreraient la réalité du conflit auquel elle participe. D'autre part, en plus de ces conditions, l'Etat confronté à cette insurrection dispose d'une totale liberté pour reconnaitre ou pas les insurgés comme belligérants car ils « ne peuvent revendiquer les droits des belligérants que s'ils ont été reconnus comme tels »[76]. Contrairement à la reconnaissance obligatoire qui ne nécessite aucune acceptation de l'Etat, la reconnaissance facultative, elle, l'impose. Or compte tenu de son incidence juridique sur le statut des insurgés, elle constitue un véritable bouleversement du droit classique de la guerre qui était formellement destiné à s'appliquer uniquement aux rapports entre Etats car elle crée un nouveau sujet, certes temporaire et circonstanciel, de droit international[77].

Cependant cette reconnaissance est laissée à la discrétion de l'Etat confronté à l'insurrection. Celui-ci est libre de l'accorder ou non aux insurgés même quand les conditions de belligérance sont remplies. Tout droit reconnu aux insurgés est donc une faveur, un crédit accordé. Mais en l'absence de cette reconnaissance, les insurgés ne peuvent et ne doivent être soumis au droit de la guerre[78].

Ces deux doctrines, de la reconnaissance obligatoire de belligérance et celle de la reconnaissance facultative, possèdent une base commune à savoir l'existence d'une guerre civile. C'est donc les conditions d'existence de celle-ci qui détermineront les éléments d'identification du groupe armé non étatique.

Ainsi les groupes insurgés doivent être militairement bien organisés, avoir les caractéristiques d'un gouvernement de fait et contrôler une partie du territoire national. L'insurrection doit devenir « assez forte pour posséder et exercer de fait des pouvoirs analogues à ceux de l'Etat »[79]. La doctrine a imposé deux conditions

[76]FIELD (D) *Projet d'un Code International*, Paris, 1881, p. 542.
[77] SIOTIS (J) souligne à cet égard qu'« en accordant à un parti insurgé la reconnaissance de ses droits de belligérance, on créait un nouveau sujet de droit international dont les droits et devoirs se limitaient strictement au domaine du droit de la guerre, à l'exclusion de tous les autres domaines du droit des gens. », SIOTIS (J), *Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non international*, Thèse, Université de Genève, 1958, p. 109.
[78]CALVO (C) *Droit International Théorique et Pratique*, Paris, 1896, Vol. I., pp. 237-239.
[79]FODERE (P. P), *Traité de Droit International Public*, Paris, 1894, Tome VI, p. 546. Dans le même sens voir RIVIER (A), *Principes du droit des gens*, Paris, 1896, Tome II, p. 213.

relatives à la durée du conflit et au but poursuivi par le groupe armé pour faire, d'une part, la distinction entre une guerre civile et les troubles internes[80] et, d'autre part, la distinction avec des bandes crapuleuses et criminelles dont l'objectif n'a rien de politique[81].

Cette théorie axée sur les faits, en s'affranchissant d'une reconnaissance formelle trop dépendante de la magnanimité, de l'humeur ou des intérêts des Etats, va avoir une application concrète dans les CG de 1949. Alors qu'il était appelé à prendre position entre les deux théories, l'Institut de Droit International a opté pour la théorie de la reconnaissance facultative lors de ses deux sessions de La Haye (1898) et de Neuchâtel (1900)[82].

B La prise de position de l'IDI

Après d'intenses controverses doctrinales, la nécessité d'une prise en compte de la reconnaissance de belligérance, dans un instrument international, a fait son chemin. En effet les incertitudes entourant cette pratique demandaient des précisions pour mettre fin à l'immobilisme des Etats tant les implications sur leur souveraineté étaient importantes et redoutées.

Laissée pendant longtemps à la doctrine, la question de la reconnaissance de belligérance a été discutée par l'IDI qui a essayé de clore le débat en prenant

[80] Un des premiers à s'être penché sur l'application du droit international aux CANI fut VATTEL (E. de) qui a d'abord procédé à une distinction entre les troubles internes et la guerre civile. Pour lui l'Etat doit réprimer ceux qui troublent sans nécessité la paix publique. Il doit user de clémence envers les malheureux à qui on a donné de juste sujet de plainte et qui ne sont coupables que pour avoir entrepris de se faire justice eux-mêmes, ils ont manqué de patience plutôt que de fidélité. Les sujets qui se soulèvent sans raison contre leur Prince, méritent des peines sévères. Mais ici encore, le nombre de coupables oblige le souverain à la clémence. » VATTEL (E. de), *Le droit des gens, ou principe de droit naturel*, Neuchâtel, 1758, Edition de Carnegie Institution, 1916, Livre III, Chap. XVIII p. 240. Dans le même sens voir aussi PILLET (A), pour qui la guerre doit avoir duré un certain temps pour témoigner d'une véritable guerre civile et de la mise en échec des forces gouvernementales légitimes par les groupes insurgés et donc d'une belligérance. Toute demande de reconnaissance formée dès le début du conflit doit être rejetée, PILLET (A) *Les lois actuelles de la guerre*, Paris, 1901, p. 26 et s. Cependant cette idée de durée n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine pour KLEEN (R), « la théorie de la durée provoque des malentendus plus ou moins propres à sacrifier les principes à des caprices ou à des jugements vagues » *Lois et usages de la neutralité d'après le droit international conventionnel et coutumier des Etats civilisés*, Paris, Tome I, p. 172

[81] VATTEL (E. de), *Op. Cit*., pp. 243 et s. Voir aussi PILLET (A) *Op. Cit*., pp. 26 et suivants.

[82] Art. 4. Session de Neuchâtel du 8 septembre 1900, « Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection ».

position en faveur de la théorie de la reconnaissance facultative de belligérance qui était la doctrine dominante et qui se rapprochait le plus de la pratique des Etats.

L'article 8 précise néanmoins certaines conditions qui doivent guider les Etats tiers lorsqu'elles entreprennent une telle reconnaissance :

> « 1 : Les insurgés doivent avoir conquis une existence territoriale distincte par la possession d'une partie déterminée du territoire national ;
>
> 2 : Ils doivent réunir les éléments d'un gouvernement régulier exerçant en fait sur cette partie du territoire les droits apparents de la souveraineté ;
>
> 3 : Si la lutte doit être conduite en son nom par des troupes organisées, soumises à la discipline militaire et se conformant aux lois et coutumes de la guerre »[83].

Les discussions n'ont pas été consensuelles certains points ont fait l'objet de vifs débats. Les opposants à la reconnaissance facultative de belligérance ont tenté, en vain, d'obtenir la suppression des conditions contenues dans l'article 8, en affirmant qu'elles sont difficiles à mettre en œuvre et que seul le constat de la guerre civile doit être la condition d'application des lois de la guerre[84].

La question relative au but politique aussi avait été très discutée. Pour le rapporteur DESJARDINS, cette condition est indispensable pour distinguer une vraie insurrection d'une bande de brigands ou de pillards ayant un but criminel. D'abord inscrite à l'alinéa 4 de l'article du projet, elle fut finalement écartée car elle transparait déjà dans l'article 8§3 qui dispose que la lutte du groupe insurgé doit être « conduite en son nom par des troupes organisées, soumises à la discipline militaire et se conformant aux lois et coutume de la guerre »[85].

Comme on peut le constater, les deux sessions de l'IDI ont été largement influencées par les débats doctrinaux et par le pratique des Etats. Il semble faire sienne la théorie de la reconnaissance facultative de belligérance au détriment de la reconnaissance obligatoire.

Les propositions de l'IDI, sans imposer une reconnaissance obligatoire de belligérance, vise clairement à atténuer fortement la grande part d'incertitude due

[83] *Annuaire IDI,* 1900, pp. 227 et suivantes.
[84] *Annuaire IDI,* 1900, p. 22.
[85] *Annuaire IDI,* 1900, pp. 227-228

à la forte subjectivité qui caractérise la reconnaissance facultative de belligérance. En un mot l'IDI tente de promouvoir une reconnaissance facultative, mais objective, de belligérance. Une fois que la réalité du conflit est constatée, l'Etat devrait procéder à la reconnaissance de belligérance sans chercher, par des subterfuges, à nier la réalité.

Malgré ces tentatives les Etats sont restés fidèles, à la pratique de la reconnaissance facultative de belligérance, jusqu'au bout. Même pendant la guerre civile Espagnole la partie gouvernementale a refusé d'appliquer la reconnaissance de belligérance, préférant des accords partiels et spécifiques dont l'objectif visait à éviter une application du droit des CAI plus protecteurs pour les insurgés républicains.

Jusqu'en 1949, la pratique de la reconnaissance de belligérance a été faite avec parcimonie, les Etats préférant réprimer les insurgés par le biais du droit pénal national au lieu d'appliquer le droit des conflits armés. Depuis la refonte des instruments du DIH en 1949, la reconnaissance de belligérance est devenue inutile car la seule constatation de l'existence d'un conflit armé suffit à déclencher l'application du droit des conflits armés. Elle s'impose aux Etats qui perdent par là même leur pouvoir subjectif d'appréciation de la situation.

Paragraphe 2 L'allusion de l'article de l'article 3 commun aux parties à un conflit armé

Les incertitudes liées à la pratique de la reconnaissance de belligérance ainsi que l'absence de dispositions applicables à des conflits prenant de l'importance ont poussé les Etats, parties aux Conventions de Genève de 1949, à admettre, pour la première fois par le biais de l'article 3 commun, les groupes armés non étatiques comme partie à un CANI (A). Cependant, les souvenirs des guerres civiles Américaine et Espagnole ainsi que les incertitudes de la reconnaissance de belligérance, hantant encore les négociateurs, vont avoir pour principale conséquence de limiter la portée de cet article novateur (B).

A L'allusion de l'article 3 commun : L'acceptation des groupes armés non étatiques comme partie à un conflit armé

Les guerres civiles Américaine et Espagnole ont mis aux prises des éléments issus de la même armée dans des combats d'une rare intensité. La première a légué à la postérité le Code Lieber et pour certains, comme le Professeur CASSESE, avec la seconde « on peut donc conclure que vers la fin des années trente on assista à la formation de quelques règles internationales sur les conflits armés internes d'une grande envergure, règles substantiellement calquées sur celles régissant les conflits interétatiques »[86]. C'est en tenant compte de ces précédents que la conférence de Stockholm, tenue du 20-30 août 1948,[87] opta pour l'application de l'ensemble des dispositions des Conventions de Genève aux CANI, mais non sans pour autant définir le seuil d'hostilités à partir duquel ce régime devait être observé. C'est la délégation française qui proposa l'adoption de règles minimales susceptibles de s'appliquer de plein droit à tout conflit armé non international, quels qu'en soient l'ampleur, la durée et le degré d'organisation de la partie insurgée. On aboutit ainsi à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, applicable à tous les CANI, que semble-t-il la délégation soviétique fut la première à qualifier de « convention en miniature »[88].

Ainsi à une limitation des cas d'application de nouvelles règles, est préférée une limitation du contenu des dispositions applicables[89]. La consécration de cette disposition fut difficile et au prix de douloureux compromis dont le principal fut « le

[86] CASSESE, (A). *Op. Cit*. p. 561. En effet, les républicains et les royalistes, partagés entre la crainte de continuer à la cantonner en guerre civile et celle de l'assimiler à une guerre internationale, ont fini par opter pour une troisième solution. Ils appliquèrent progressivement, à l'insurrection, une série de normes internationales spécifiques applicables aux conflits entre Etats. En conséquence, les insurgés franquistes restèrent pour le gouvernement républicain un groupe de rebelles condamnables sur la base du code pénal espagnol et ne furent donc pas considérés comme des belligérants légitimes. Ainsi la partie gouvernementale applique de facto, aux insurgés, certaines dispositions du droit des conflits armés, sans leur reconnaitre de jure la qualité de belligérant.

[87] Dix-septième conférence internationale de la Croix-Rouge tenue à Stockholm (Suède) du 20 au 30 août 1948.

[88] *Actes de 1949*, vol. II-B, p.34.

[89] ZORGBIBE, (C). « Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes », *JDI*, 1970 N°3 p. 660.

caractère vague de la notion de forces armées »[90]. Ainsi adoptée cette convention dans la convention impose à chacune des « parties au conflit » d'appliquer ses dispositions en dépouillant la notion de guerre de toute sa dimension formaliste[91]. Elle constitue un changement d'attitude à l'égard des entités non étatiques qui « ont longtemps été considérés comme de simples sujets du droit domestique des Etats : les conflits les impliquant -internes, intraétatiques ou non internationaux- relevaient alors de la pure problématique et logique internes, échappant ainsi à toute forme de régulation internationale »[92]. Mais les réalités auront néanmoins eu raison des réticences étatiques. Les conséquences humanitaires désastreuses pour les populations civiles résultant de l'intensité de ces conflits internes et de leur proéminence sur la scène internationale dès la fin de la Seconde Guerre Mondiale mirent en lumière la nécessité de leur réglementation au sein du Droit des conflits armés. Il n'en reste pas moins que l'ombre de la souveraineté étatique n'a cessé de planer sur l'évolution du droit des conflits armés et sa prise en compte des groupes armés en tant qu'acteurs des conflits armés. Le droit des conflits armés reste donc façonner par les Etats et pour les Etats. Ce qui fait dire au Professeur Antonio CASSESE que l'article 3 commun a deux âmes : l'une humanitaire et ouverte aux insurgés, l'autre favorable au respect de la souveraineté des Etats et donc contraires aux rebelles[93].

Il faut bien l'avouer cette affirmation ne résout aucunement les déficiences définitionnelles de l'article 3 commun, car l'automaticité de son entrée en vigueur est simplement la prise en compte d'une situation de fait qu'il entérine sans la définir. S'exprimant dans le cadre des commentaires de la Convention de Genève I, PICTET (J) reconnait que les conditions d'application avancées par certaines délégations étaient commodes car elles permettaient de distinguer un véritable conflit armé d'un simple acte de banditisme, ou d'une insurrection inorganisée et

[90]AIVO, (G). *Le statut du combattant dans les CANI : étude critique de DIH*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 102.
[91] ZORGBIBE, (C). *Op. Cit*. p. 658
[92]BAULOZ, (C). « Le droit international humanitaire à l'épreuve des groupes armés non étatiques », *in Permanence et mutations du droit des conflits armés, CHETAIL* (V), (sous la direction de), Bruylant, Bruxelles, 2013, 683p., plus précisément p. 218.
[93] CASSESE, (A). « La guerre civile et le droit international », *RGDIP* 1986-2, p. 567.

sans lendemain[94]. Cette allusion aux groupes armés non étatiques, successivement nommés « partie au conflit », « membres des forces armées », peine à cacher les tergiversations et les hésitations des parties, lors de l'adoption des Conventions de Genève, pour désigner un phénomène qui commençait à prendre de l'ampleur mais qu'ils ont délibérément décidé d'ignorer en pensant le circonscrire et ainsi à le sortir du domaine du droit international. La réalité leur donnera tort et il a fallu attendre les Protocoles additionnels de 1977, pour analyser le phénomène sous un nouvel angle au vu des importantes évolutions intervenues en la matière. Ainsi l'absence de définition du CANI dans l'article 3 commun entraine immédiatement la non définition de la notion de groupe armé. Cette première allusion au groupe armé dans un instrument international a le mérite d'offrir un tant soit peu une couverture certes minimale mais une couverture quand même. En effet, en dépouillant les Etats de leur prérogative de reconnaissance de belligérance, le droit des conflits armés impose des conditions objectives d'existence d'un conflit armé et avec elles des droits et obligations envers les belligérants, ce qui concourt à la protection des victimes de ces conflits. Ceci contraste avec le vide juridique d'avant 1949 où les victimes de ces conflits ne bénéficiaient d'aucune protection conventionnelle et étaient soumis aux désidératas des acteurs en présence.

L'article 3 commun souffre des conditions de son élaboration. Il est issu d'un douloureux compromis où, les Etats sont tiraillés entre une volonté, affirmée, de protéger les victimes civiles de CANI, et la crainte, toujours réaffirmée, de ne faire aucune concession à la partie insurgée et encore moins de légitimer sa lutte. C'est pour cette raison que les Etats continuent encore d'analyser certains critères des entités non étatiques à travers de critères propres aux Etats, en perdant complètement de vue la spécificité de celles-ci. Quoi qu'il en soit, l'article 3 commun présente quelques inconvénients d'ordre juridique, exégétique. Ceux-ci

[94] Ces conditions qui sont en tous points similaires à celles dégagées pour la reconnaissance de belligérance peuvent être réunies de la sorte en six points : 1°) structure du groupe armé similaire à celle de l'Etat et forces armées organisées des insurgées, 2°) volonté et habilité des insurgés à respecter le DIH, 3°) autorité responsable à la tête du groupe armé 4°) contrôle territorial du groupe armé, 5°) recours à la force militaire par l'Etat concerné, 6°) reconnaissance de la qualité de belligérants aux insurgés, J.PICTET, *in Commentaire de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, CICR, 1952, p. 53.

sont inhérents à toute formulation générale, donc vague et imprécise, d'un texte juridique. Ils résultent aussi et surtout du caractère inapproprié de la disposition conventionnelle à la spécificité des CANI[95]. Il n'en est pas moins certain qu'il y avait tactiquement intérêt en 1949, pour les rédacteurs des Conventions de Genève, à ne pas cerner de trop près les arrêtes de la notion de groupe armé. « Certes, à une formulation imprécise, censée ouvrir la voie au sacrifice des droits de l'Etat, un groupe de délégations entendait opposer une conception plus conforme au droit international classique »[96]. Malgré l'avancée qu'a constitué son adoption, l'article 3 commun ne va pas tarder à montrer ses limites.

B Les insuffisances définitionnelles de l'article 3 commun

A l'instar d'un navire en perdition l'article 3 commun va dériver pendant vingt-huit ans avant que le PA II de 1977 ne vienne opérer sa reprise en main en précisant un peu plus les éléments d'identification d'un groupe armé non étatique. En effet lors de l'adoption de l'article 3 commun, en 1949, la réticence des Etats à légitimer ces groupes, en leur reconnaissant certains droits, avait permis d'expurger cet article de tout élément qui conduirait à une définition de ceux-ci. Dès lors on voit aisément l'avantage qu'il y avait, pour les délégués de la conférence diplomatique de 1949, à amputer la guerre de sa dimension formelle : l'article 3 commun permettait d'appliquer un droit humanitaire minimum à des CANI d'autant plus nombreux que par-delà leurs traits permanents, ils semblaient prendre une signification nouvelle à mesure que se transformaient, dans leur nature même les systèmes de relations entre Etats.

Pendant longtemps, les gouvernements confrontés à des mouvements insurrectionnels ont continué à assimiler les « forces armées » mentionnés à l'article 3 commun aux forces armées étatiques, c'est à dire des forces armées constituées conformément à la loi nationale et composées essentiellement de militaires de carrière et de conscrits dans certains cas. Ainsi désignées ces forces

[95] BULA-BULA, (S). *Droit International Humanitaire*, Louvain-La-Neuve, Bruylant-Academia, 2010, p. 171.
[96] ZORGBIBE (C). *Op. Cit*, p. 659.

ne comprendraient donc que des membres des forces armées étatiques ou des forces dissidentes ayant un degré d'organisation ou des caractéristiques similaires à celles des forces étatiques. « Or il faut reconnaitre que si on considère le contexte actuel, force est de constater que face à l'appareil répressif, militaire et policier, dont disposent les Etats, il devient de plus en plus difficile pour les mouvements de résistance intérieure, contraints aux tactiques de la guérilla, de parvenir à un niveau d'équipement et d'organisation leur permettant de s'engager dans des hostilités armées (...) cela veut dire essentiellement que les méthodes de lutte seront différentes de celles de la guerre classique et dans beaucoup de cas, ne répondront pas aux termes posés par l'article 3 »[97]. Il devient dès lors évident que cet article se trouve en déphasage avec la réalité des conflits qu'il est censé couvrir, car il occulte le statut des parties belligérantes. L'assimilation entre combattant et militaire fut donc privilégiée par les Etats lors de la conférence diplomatique de 1949. Pour AIVO (G), cette déduction semble d'autant plus crédible que l'échec de l'institution de la reconnaissance de belligérance dans les guerres civiles antérieures, ainsi que l'état d'esprit dans lequel les Etats ont abordé la réglementation des guerres civiles, ne pouvaient que conduire à une telle interprétation[98]. Ainsi « on doit admettre que l'article 3 vise les conflits armés caractérisés par des hostilités mettant aux prises des forces armées. On se trouve, en somme, devant un conflit qui présente les aspects d'une guerre internationale, tout en existant à l'intérieur d'un Etat »[99].

Cette conception restrictive de la notion de force armée prive quasiment l'article 3 de toute une partie de son efficacité tant louée. En effet on peut s'interroger sur son utilité à partir du moment où la notion de force armée est assimilée à celle de forces armées étatiques. Les Etats parties auraient mieux fait de faire l'économie d'une telle disposition car les Conventions de Genève visaient à régir les hostilités entre des forces armées étatiques. Pourquoi donc exigeraient-ils cette condition supplémentaire alors même que le contexte, dans lequel s'applique l'article3, n'est

[97] ABI-SAAB, (R). *Droit humanitaire et conflit internes : origines et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-DUNANT, Pédone, Paris, 1986, p. 70.
[98] AIVO, (G). *Op. Cit.,* p. 117.
[99] *Commentaire de la CG I*. Op. Cit. p. 33.

pas le même ? De plus l'esprit et la lettre de l'article 3 semblent clairement contredire cette interprétation car il était censé s'appliquer « aux conflits armés ne présentant pas un caractère international » et de ce fait il était logique que les forces armées de la partie non gouvernementale ne présentent pas les caractéristiques d'une armée étatique.

Il n'a pas été facile au CICR de convaincre les Etats d'abandonner leur interprétation restrictive de la notion de forces armées. Il a fallu d'intenses négociations pour trouver un équilibre entre les notions péjoratives de « bandits » et « criminels » qui ont la faveur des Etats et celle plus noble de « membres des forces armées » qu'il propose et qui a la faveur des insurgés. Suite à cette évolution, le CICR a profité pour introduire la notion de « groupes armés organisés ». Pour se justifier, il affirme que « conformément à la demande de certains experts, on distingue entre forces armées et groupes armés organisés. La première servirait à désigner les membres des forces armées gouvernementales régulièrement établies conformément à la loi nationale. La seconde quant à elle engloberait les forces armées constituées par les insurgés en vue de la lutte »[100].

Cette consécration traduit la volonté de prendre en compte la nature des nouveaux acteurs des CANI : les insurgés qui n'entrent pas dans la notion restrictive de forces armées issue de l'interprétation littérale de l'article 3 commun. La notion de groupes armés organisés semble donc apporter une véritable clarté au moins au niveau terminologique. Désormais en lieu et place des « membres des forces armées » ou « de la partie au conflit », le PA II parle clairement en son article premier de « groupes armés organisés ». En effet cette expression, a l'avantage d'être générique et objective en ce sens qu'elle est dépouillée de toute charge ou connotation péjorative ou dépréciative comme celles sous lesquelles étaient désignés les adversaires de l'armée gouvernementale : rebelles ou insurgés au mieux ou pire encore criminels, bandes armées ou terroristes.

D'autre part en ce qui concerne, les groupes armés organisés, les tergiversations des Etats ont cédé la place à une affirmation claire de l'appellation de la partie non

[100] *CICR Projet de PA aux CG*, commentaires CICR, Genève, octobre 1973, p. 137.

étatique. Ainsi est consacrée la notion de groupe armé organisé et contrairement à l'article 3 commun, l'article 1er PA II donne des éléments d'identification du groupe armé organisé.[101] La réunion de ces critères permet l'identifier et ainsi de déclencher l'application du présent protocole, qui dans son alinéa 2 de l'article 1er exclut de son domaine les tensions de troubles internes et les bandes crapuleuses.

De plus contrairement à l'article 3 commun qui pourrait laisser à penser que l'autre partie au conflit, la partie non étatique, ne pouvait être qu'une dissidence des forces armées gouvernementales, le PA II vient balayer les derniers doutes qui subsistaient encore dans la lettre de l'article 3 commun en visant expressément des « (…) forces armées et des forces dissidentes ou des groupes armés organisés (…) ».

Section 2 L'évolution terminologique introduite par le Protocole Additionnel II

La hantise des Etats a toujours été d'affronter un ennemi qu'ils ont du mal à cerner, compte tenu de sa structure qui diffère de la leur. Pour juguler ce problème une constante est apparue, depuis les premières règlementations du droit de la guerre en passant par la reconnaissance de belligérance jusqu'au droit des conflits armés actuel, avec l'élaboration de critères qui permettent de « jauger l'aptitude du parti insurgé à constituer un Etat nouveau »[102]. Ainsi la partie non étatique, pour être désignée groupe armé non étatique, doit disposer d'un commandement responsable, contrôler une portion du territoire et avoir la capacité d'appliquer le Protocole additionnel II. Ces trois exigences peuvent donc être regroupées en deux catégories d'une part l'organisation du groupe (§1) et d'autre part la capacité à appliquer le protocole (§2).

[101] L'organisation du groupe : commandement responsable, contrôle territorial afin de mener des opérations militaires continues et concertées et la capacité d'appliquer le protocole.
[102] BLUNTSCHLI, « opinion impartiale sur la question de l'Alabama », *revue de droit international et de législation comparée*, 1870, P. 456, cité in *JDI* 1970, N°3, p. 662.

Paragraphe 1 L'organisation du groupe armé

L'organisation du groupe armé se vérifie à deux niveaux d'une part en disposant d'un commandement responsable (A) qui lui permet d'autre part de mener des opérations pouvant déboucher sur une occupation du territoire qui échappe au contrôle gouvernemental (B).

A Un commandement responsable

Le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) a utilisé les critères d'organisation de la partie non gouvernementale au conflit, et du conflit armé prolongé, pour déterminer si un CANI existe et cela a fait jurisprudence. Ces critères établis pour déterminer l'existence d'un tel conflit seront détournés afin de poursuivre l'identification du groupe armé organisé. En effet, un groupe incapable de mener le moindre conflit armé ne peut pas être un groupe armé organisé. Cependant aussi capitale qu'elle soit, la notion d'organisation du groupe armé n'a été définie que progressivement par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Ainsi le Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) a clairement établi que le degré d'organisation requis ne doit pas nécessairement égaler celui des forces gouvernementales[103].

Le commandement responsable est l'épicentre même de la capacité du groupe armé à s'organiser. Il implique une certaine structuration des groupes armés insurgés ou des forces armées dissidentes, mais cela ne signifie pas forcément la mise en place d'un système d'organisation militaire hiérarchique similaire à celui des forces armées régulières. Il s'agit d'une organisation suffisante, d'une part, pour concevoir et mener des opérations militaires continues et concertées, de l'autre, pour imposer une discipline au nom d'une autorité de fait[104].

[103]TPIR, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13-T, *Jugement Musema*, du 27/01/2000, §. 257.
[104] *Commentaires des protocoles additionnels*, N°4463, p. 1376.

Et comme le précise le TPIY, cette appréciation se fait au cas par cas[105].

Le critère d'organisation est considéré comme satisfait s'il existe un commandement responsable aux fins de mener des opérations concertées et d'imposer une certaine discipline[106]. Dans la même optique, le TPIR, dans l'affaire *Akayesu*, lie l'organisation de l'Armée Patriotique Rwandaise à sa capacité à « mener des opérations militaires concertées et d'imposer la discipline au nom d'une autorité *de facto* »[107]. « Les Chambres de première instance, du TPIY ont tenu compte de plusieurs éléments symptomatiques dont aucun n'est par lui-même essentiel pour établir que la condition d'« organisation » est remplie. Parmi ces éléments, il faut citer l'existence d'une structure de commandement, de règles de discipline et d'instances disciplinaires au sein du groupe ; d'un quartier général ; le fait que le groupe contrôle un territoire délimité ; la capacité qu'a le groupe de se procurer des armes et autres équipements militaires, de recruter et de donner une instruction militaire ; la capacité de planifier, coordonner et mener des opérations militaires, notamment d'effectuer des mouvements de troupes et d'assurer un soutien logistique ; la capacité de définir une stratégie militaire unique et d'user de tactiques militaires et la capacité de s'exprimer d'une seule voix et de conclure des accords comme des accords de cessez-le-feu ou de paix »[108]. Pour identifier un groupe armé organisé, les juridictions pénales internationales utilisent ainsi un faisceau d'indices, dont les éléments pris isolément ne sont pas déterminants et ne suffiront donc pas à conclure à l'existence d'un groupe armé organisé.

Bien qu'ayant précisé à plusieurs reprises que les groupes armés ne sont pas tenus d'avoir un degré d'organisation équivalent à celui des forces gouvernementales dont le caractère organisé est présumé[109], les Tribunaux pénaux internationaux, exigent néanmoins de la partie non gouvernementale un certain degré

[105] TPIY, *Le Procureur c/ Mrksic, Radic et V. Sljivancanin*, IT-95-13/1-T, jugement, 27/09/2007, §. 407.
[106] CPI*, Le Procureur c/ J-P Bemba Gombo*, décision rendue en application des al. a. et b. de l'art.61-7 statut de la CPI, chambre préliminaire III, 15/06/2009, ICC-01/05-01/08-424-t FRA, §. 234. Voir aussi dans le même sens Chambre préliminaire I, *Décision Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, §. 232.
[107]TPIR, *Le Procureur c/ J-P AKAYESU*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2/09/1998, §. 626.
[108]TPIY, *Le Procureur c/ R. HARADINAJ et consorts*, IT-04-84-T, Jugement, 3 avril 2008, §. 60.
[109] TPIY, Le *Procureur c. R. HARADINAJ et consorts*, IT-04-84-T, jugement, 3 avril 2008, §. 60.

d'organisation : « … un quelconque degré d'organisation des parties suffira à établir l'existence d'un conflit armé »[110].

Ensuite, ces juridictions ont matérialisé l'essence même de l'organisation du groupe armé, et donc du commandement responsable : à savoir l'existence d'une structure hiérarchique[111]. En effet la caractéristique fondamentale de toute organisation militaire est la discipline. Celle-ci se matérialise par un respect scrupuleux de la hiérarchie. C'est donc la capacité du groupe armé à discipliner ses troupes que cherchent à vérifier les Tribunaux Pénaux Internationaux en analysant sa structure hiérarchique. Cette forme d'organisation permet en effet le contrôle effectif des supérieurs sur leurs subordonnés et implique, en conséquence, l'existence d'une chaine de commandement, d'un mécanisme de planification et d'ordres, ainsi que d'un système disciplinaire. La structure hiérarchique, élément indispensable de la condition d'organisation, est le canal par lequel le commandement exerce et transmet les pouvoirs opérationnels et disciplinaires au sein du groupe armé.

Les TPI ont, au fil de leur jurisprudence , assemblé les éléments dont ils ont tenu compte afin de déterminer si des violences armées prolongées ont existé : la durée et l'intensité des différents affrontements, les types d'armes et autres matériels militaires utilisés, le nombre de munitions tirées et leur calibre, le nombre de personnes et le type de forces engagées dans les combats, le nombre de victimes, l'étendue des destructions, le nombre de civils ayant fui la zone de combat, l'engagement du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

L'organisation du groupe armé permet de jauger sa puissance mais surtout sa capacité à mener un conflit armé d'une certaine intensité. Tout groupe armé qui n'est pas organisé est incapable de mener un conflit armé. Or sans conflit armé on ne saurait parler de groupe armé, tout au plus d'actes de banditisme ou de terrorisme. Comme le dit KOLB (R) ces critères servent en effet à distinguer « un

[110] Voy. *Jugement Akayesu* 2/09/1998*, Op. Cit.,* §. 620, dans le même sens TPIY, *Le Procureur c. F. LIMAJ et consorts*, IT-03-66-T, jugement, 30/11/2005, §. 89. *Jugement Mrksic et consorts* du 27/09/2007, Op*. Cit*., §. 407.

[111] *Jugement Limaj et consorts 30/11/2005*, Op. Cit., §§. 94-109 ; décision *J-P. Bemba Gombo*, 15/06/2009,*Op. Cit*., §§. 258-260.

conflit armé du banditisme, d'insurrections inorganisées et de courte durée ou d'activités terroristes, qui ne relèvent pas du DIH »[112].

Enfin, le TPIY a, dans l'affaire *HARADINAJ et consorts* du 3 avril 2008, assemblé et précisé les contours de la notion d'organisation de la partie non gouvernementale[113]. Ces trois éléments sont la cohésion de l'ensemble qui se matérialise par une structure de commandement, de discipline, une stratégie militaire unique et la capacité à parler d'une seule voix. Il précise qu'aucun de ces trois éléments symptomatiques n'est par lui-même essentiel pour conclure qu'un groupe armé organisé existe.

Le critère de puissance, du groupe armé, implique que celui-ci dispose d'un quartier général qui se situerait sur la partie du territoire sous son contrôle. De même pour pouvoir mener un conflit armé, le groupe armé de l'entité non étatique doit disposer d'armes et du matériel militaire, pouvoir recruter des membres et s'imposer au cobelligérant comme entité non négligeable. Le commandement du groupe doit être opérationnel en donnant des instructions militaires, initier et réaliser des opérations militaires et user de tactiques militaires.

Cette structuration telle qu'élaborée par les Tribunaux pénaux internationaux, correspondait à l'organisation des groupes armés de l'après deuxième guerre mondiale ou des mouvements de libération nationale des années 60-70, elle ne correspond plus à la réalité des groupes actuels dont l'asymétrie déteint non seulement sur les moyens de combat mais aussi et surtout sur l'organisation et le fonctionnement, nous y reviendrons plus loin.

B Le contrôle territorial

De tous les critères d'identification du groupe armé c'est le plus difficile à cerner surtout au regard de l'évolution actuelle des conflits armés non internationaux. D'ailleurs cette inquiétude existait déjà lors de la conférence diplomatique sur la réaffirmation du droit international humanitaire de 1974-1977. Certaines

[112]KOLB (R), *Jus in Bello : Le droit international des conflits armés*, Précis, 2e Ed. 2009, Bruylant, Helbing Lichtenhahn, Bâle §158, p .81.
[113] Cf. *Jugement Haradinaj et consorts* du 3 avril 2008, Op. Cit §. 60.

délégations ont voulu quantifier la portion du territoire qu'il était exigé des insurgés. Plusieurs propositions visant à préciser qu'il s'agissait « d'une partie non négligeable » ou d'une « partie importante du territoire » n'ont pas été retenues par la Conférence[114]. Ces discussions montrent la difficulté à mettre en pratique le critère territorial, compte tenu de la réalité des CANI. Il est difficile de définir l'étendue d'un tel contrôle dans des situations aussi instables que les CANI. Ce critère soulève plus de problèmes qu'il n'en résout dans la mesure où il « rend (...) difficile de plaider en faveur de l'application du PA II aux situations, très fréquentes dans les conflits récents, où le contrôle territorial change souvent, et même parfois du jour à la nuit, entre les forces gouvernementales et les forces dissidentes »[115].

Pour répondre aux critiques faites à l'égard de l'objectivité de ce critère, deux arguments peuvent être avancés. D'une part, les rédacteurs du PA II ont toujours gardé à l'esprit la nécessité de critères objectifs afin que la mise en œuvre de ses règles de protection ne dépende pas de l'appréciation subjective des parties. Dans cette optique, le critère du caractère continu et concerté des opérations militaires répond, ou doit répondre, à une constatation objective de la situation.

D'autre part, le critère du contrôle territorial reste un critère significatif et nécessaire. Selon le TPIR, c'est le critère « de référence »[116], pour qualifier un CANI, dans la mesure où c'est « un moyen de distinguer un véritable conflit armé d'un simple acte de banditisme, ou d'une insurrection inorganisée et sans lendemain »[117].

---

[114] *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés,* Genève, vol. IV, 1974-1977, p. 7.
[115] ABI-SAAB (G), **«** Les conflits de caractère non international »**,** *Les dimensions internationales du droit humanitaire, Op. Cit.* p. 266. A titre d'exemple on peut citer le cas de la ville de Marte (Nigéria), une localité de pêcheurs et de fermiers très convoitée pour ses richesses agricoles, frontalière du Cameroun, et située sur une route stratégique pour le commerce entre le Nigeria, le Cameroun et le Tchad, qui a été prise par Boko Haram et récupérée par les forces nigérianes à maintes reprises depuis 2013. Elle avait été prise une première fois en janvier 2013 par Boko Haram, qui y avait établi ses quartiers généraux. La ville avait ensuite été reprise, par les forces gouvernementales, en mai de la même année, après l'instauration de l'état d'urgence dans la région. Mais le groupe islamiste avait, à nouveau, réussi à s'en emparer lors de son importante avancée territoriale en 2014.
[116] *Jugement Akayesu, 2/09/1998*, Op. Cit., §. 619.
[117] Ibid.

Cependant il faut préciser que le contrôle d'une partie du territoire par le groupe armé ne saurait être assimilé à une occupation.[118] Ainsi comme l'affirme KOLB (R) « (…), il ne saurait exister un territoire occupé si les hostilités restent cantonnées au territoire d'un seul Etat. Les rebelles « n'occupent » pas une partie du territoire ; le gouvernement ne « l'occupe » pas non plus s'il réussit à briser le contrôle rebelle »[119].

Ce qui est exigé, par l'article 1er du PA II, du groupe armé c'est « un contrôle tel qu'il lui permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent protocole »[120]. Il semblerait que ce soit le contrôle d'une partie du territoire national du gouvernement, contre lequel le groupe armé non étatique se bat, qui soit requis. L'une des caractéristiques communes à la plupart des CANI actuels est de ne plus se cantonner au territoire de l'Etat contre lequel le groupe armé se bat. Le contrôle territorial a toujours été analysé sous l'angle d'une prise de contrôle d'une portion du territoire d'un Etat par un groupe armé non étatique avec le plus souvent le territoire d'un Etat tiers comme base de repli ou arrière base. Désormais avec « l'Etat Islamique » et dans une moindre mesure Boko Haram et certains groupes djihadistes au Sahel, il faut envisager aussi le contrôle territorial du groupe armé, s'étendant sur le territoire de plusieurs Etats. Non pas comme bases arrière avec la complaisance ou l'accord tacite des Etats « hôtes », mais contre leur gré, car ces territoires ont été conquis par le groupe armé après des affrontements armés où l'armée gouvernementale a été défaite[121].

Le critère du contrôle d'une partie du territoire de l'Etat confronté avec un conflit armé a été retenu pour la première fois par l'Institut de droit international dans son règlement de 1900[122]. Mais la simple localisation n'est pas le contrôle.

---

[118] L'art. 42 du *Règlement de La Haye de 1907*, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, dit qu'« 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. »

[119] KOLB (R), *Ius in bello,* Op.cit. p. 448.

[120] *Commentaire des Protocoles Additionnels*, p. 1376, §. 4464.

[121] Cela a été le cas en Irak, après la prise de Mossoul, Tikrīt et certaines villes du Nord et du Centre de l'Irak à l'été 2014.

[122] MOMTAZ, (D). : « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *RCADI*, TOME 292 (2001), p. 49.

D'ailleurs, la localisation ne peut être que générale car, autrement, tout groupe armé appliquant la dissimulation serait exclu du champ d'étude. Le contrôle du territoire peut être l'indice qu'un groupe armé ou un conflit armé existe, mais son absence ne prouve pas le contraire. Un groupe peut en effet, au vu de son infériorité numérique, logistique ou autre, décider de ne pas contrôler un territoire. Il s'agira alors d'un choix stratégique pour conduire les hostilités sans les perdre. Les groupes qui choisissent la technique de la guérilla, ou la guerre asymétrique ne contrôlent généralement pas, ou pas clairement en tout cas, un territoire. C'est le cas de la plupart des groupes armés actuels qui choisissent de se fondre dans la population, préférant une stratégie de harcèlements à des chocs frontaux avec les forces gouvernementales ou ses alliés internationaux[123]. De nos jours, le niveau de l'équipement des forces armées gouvernementales est tel que les insurgés sont généralement dans l'incapacité de s'implanter durablement sur un territoire. Ils doivent le plus souvent se borner à mener des guérillas urbaines ou des opérations éclaires et occuper sporadiquement certaine zones pendant la nuit, avant de s'éclipser au lever du jour.

Au-delà de ce choix, un groupe armé trop harcelé par les forces gouvernementales peut être dispersé ou obligé d'opérer à partir de bases arrière installées sur le territoire d'un autre Etat tout en continuant de mener le conflit. C'est le cas de l'Armée de Résistance du Seigneur en Ouganda qui, pendant la majeure partie du conflit qui l'oppose aux forces armées ougandaises, a quasiment opéré à partir de ses bases arrière au Sud-Soudan, un temps en République Démocratique du Congo et désormais en Centrafrique. Telle est également la situation des groupes terroristes du Nord Mali, d'Al Qaeda au Maghreb Islamique, Mouvement pour l'Unicité et le Jihad en Afrique de l'Ouest ou encore ANSAR DINE au Mali après l'intervention des forces françaises de l'opération Serval, Ouest-africaines et tchadiennes en début 2013. Plus que jamais aujourd'hui, la dissimulation est l'arme

[123] Nous pouvons citer à titre d'exemple l'attitude des groupes armés tels que Boko Haram depuis le début de l'offensive de la coalition internationale dans le Nord-Est du Nigéria au tout début de l'année 2015. C'est le cas également des groupes armés actifs dans le Nord malien depuis le déclenchement de l'opération Serval en janvier 2013. Il en est de même des troupes de l'Etat Islamique face à l'action conjuguée des troupes des pays où elles opèrent et des frappes aériennes qu'elles subissent depuis 2015.

favorite des groupes armés organisés. En effet l'asymétrie caractérisant les conflits armés contemporains implique une disproportion des forces et des moyens en faveur des forces gouvernementales qui oblige les insurgés à fuir les contacts frontaux[124]. Cette stratégie fera inévitablement des victimes civiles or c'est ce que vise à prévenir l'application du Protocole Additionnel II.

Paragraphe 2 La capacité à appliquer le Protocole Additionnel II

L'une des caractéristiques des conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques est d'être particulièrement meurtrier non seulement pour les personnes prenant directement part aux hostilités, mais aussi et surtout pour la population civile dont les femmes et les enfants constituent la grande majorité. En ce sens la capacité à appliquer le PA II aurait dû constituer une digue infranchissable pour la barbarie dont fait preuve les belligérants dans ce type de conflit. Ces dernières années, dans les CANI, les belligérants ne s'embarrassent plus des distinctions. En effet appliquer le PA II impose, aux parties aux CANI, certaines obligations empruntées aux CAI et au droit international des droits de l'homme[125]. En un mot, c'est la capacité du groupe armé à respecter la règlementation régissant le type de conflits auxquels il participe. Un groupe armé, pour être reconnu comme tel, doit pouvoir se conformer aux restrictions imposées dans le déroulement des hostilités dans le cadre des conflits armés. Cette capacité dénote ainsi du degré d'organisation du groupe, et aussi de la discipline imposée par la hiérarchie. Elle tourne autour de deux maillons essentiels à savoir le traitement humain des

[124] Cependant deux situations, actuellement en cours nous incitent à apporter des réserves à cette idée selon laquelle ce sont les groupes armés non étatiques qui soient contraints à la dissimulation. D'une part les importantes conquêtes territoriales des groupes djihadistes en Syrie et en Irak où les groupes armés organisés occupent de façon durable des portions entières de ces territoires et y ont installé leurs propres administrations. D'autre part la situation en Libye est tout aussi instructive car dans ce cas, ce qui reste des milices gouvernementales- car de forces gouvernementales on ne peut plus en parler- la quasi-totalité du territoire échappe au contrôle du gouvernement légitime réfugié à Tobrouk. Les groupes armés contrôlant même la capitale et les principaux champs pétroliers, ainsi que toute la façade maritime et la totalité du Sud du pays, depuis la chute du régime de Khaddafi à la fin de l'année 2011.

[125] Les titres II et IV PAII reflètent une très forte influence du droit international des droits de l'homme et particulièrement des pactes internationaux de 1966. De plus comme le révèlent les commentaires des PA, il semblerait que les propositions du CICR et la Conférence par la suite se sont fortement inspirées du PIDCP de 1966. Voy. *Commentaires des PA*, p. 1389, §. 4509.

personnes tombées aux mains de la partie adverse, titre II du PA II, et aussi de la protection de la population civile, titre IV. Ces deux domaines constituent le terreau de la barbarie caractéristique des CANI de ces dernières années[126].

D'une part en ce qui concerne le traitement humain, l'article 4 du PA II, qui ouvre le titre II sur ce sujet, revêt une importance capitale. En effet, le PA II n'ayant pas prévu de catégories de personnes protégées jouissant d'un statut particulier, son article 4 protègera aussi bien les personnes qui ne participent pas ou celles ne participant plus aux hostilités. Ce titre s'inspire des règles implicitement affirmées par l'article 3 commun et qui ont été reprises et réaffirmées par le Protocole Additionnel II avec une très fortement influence des Pactes internationaux de 1966. En effet, elles constituent des garanties indérogeables et inaliénables en ce sens qu'on ne saurait priver les victimes de ces droits et elles ne peuvent y renoncer elles-mêmes. Il s'agit, entre autres, non seulement de la garantie fondamentale de l'article 4, mais aussi des conditions minimales de détention en ce qui concerne les personnes privées de liberté et des garanties judiciaires relatives aux poursuites pénales.

D'autre part, en ce qui concerne la protection de la population civile, le titre IV vise à accroitre sa protection juridique. L'article 13 qui ouvre ce titre consacre le principe général de la protection, donc de l'immunité juridique de la population, qui interdit absolument certaines méthodes de combat à savoir les attaques directes contre la population civile et les actions de terreur. Cette immunité s'étend également aux biens à caractère civil, ceci pour réduire considérablement les souffrances des victimes.

Cette capacité à appliquer le PA II vise à prévenir, sinon à réduire considérablement, les multiples exactions commises par les membres des groupes armés organisés lors des conflits dans lesquels ils sont engagés. Le plus souvent,

[126] On peut évoquer à titre d'exemples récents le sort des prisonniers bosniaques de Srebrenica lors de la guerre en Ex-Yougoslavie, le siège de Sarajevo, le génocide rwandais ou encore les mutilations commises par le Front Révolutionnaire Uni lors du conflit en Sierra Léone vers la fin des années 90. Tous ces exemples reflètent une volonté, délibérée des groupes armés, de cibler les civils de la partie adverse et ce en violation des dispositions du PAII, sans oublier les barbaries perpétrées contre les minorités non musulmanes en Iraq par les membres de l'Etat Islamique à partir de l'été 2014 et ceux de Boko Haram dans le Nord du Nigéria.

les éléments de ces groupes sont militairement mal formés, et ne suivent aucune formation dans le domaine du droit des conflits armés et encore moins dans celui du droit international des droits de l'homme. Dans certains conflits, les civils de la partie adverse sont assimilés à des cibles militaires et subissent autant d'assauts que celles-ci. On assiste dès lors à la perpétration des pires exactions comme les viols systématiques sur les femmes, une arme de guerre hélas très utilisée pendant les conflits dans l'Ex-Yougoslavie et dans l'Est de la République Démocratique du Congo au cours des différents conflits depuis la fin des années 1990[127].

En effet en imposant, des obligations découlant directement du droit international des droits de l'homme à des entités non étatiques, le PA II envisage une organisation quasi étatique de ces groupes, pour être en mesure de mettre en œuvre de telles obligations. Ce qui est plus particulièrement visé dans le PA II est l'aptitude des insurgés à exercer, sur le territoire qu'ils occupent, un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer ledit protocole. Il n'est donc pas nécessaire que les insurgés aient mis en place des structures administratives semblables à celles d'un Etat. En d'autres termes, les dispositions du PA II cesseraient de s'appliquer dès qu'ils seraient dans l'incapacité d'en respecter les termes, et ce même s'ils continuaient à occuper une partie du territoire aux prises avec le CANI.

Ici, on retrouve certes le critère d'organisation prévu dans le cadre de l'article 3 commun, mais le niveau exigé dans ce cas est plus élevé. En effet, lors des Conférences diplomatiques de 1971 et 1972, la notion de « minimum d'organisation », qui a été définie pour l'article 3 commun, a été sensiblement développée et remplacée par celle de « forces armées organisées » , ce qui implique une discipline militaire, un commandement responsable proche de la

[127] On peut citer à titre d'exemples les affaires dites des « Camps de viols » traitées par le TPIY Le *Procureur contre Kunarac et al.* (IT-96-23&23/1, du 22/02/2001, *Le Procureur contre Dragan Zelenovic*, (IT-96-23/2-S), *Le Procureur contre Janković & Stankovic*. (IT-96-23/2). Pour la situation en RDC voir par exemple *Jugement KATANGA*, ICC-01/04-01/07 du 7 mars 2014, § 958 et suivants.

condition que le droit international impose aux corps n'appartenant pas aux forces armées régulières pour avoir le statut de combattants.

Ces exigences sont évidemment destinées à contraindre les insurgés à se plier à une discipline militaire et à éviter qu'ils ne soient livrés à eux-mêmes, réduisant d'autant le risque de voir s'accroître les actes de violence et de banditisme à l'égard des civils, cela au mépris des dispositions du Protocole. Bien qu'il ne soit pas exigé des insurgés qu'ils mettent en place un système d'organisation militaire hiérarchisé aussi sophistiqué que celui des forces armées régulières, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent être suffisamment organisés pour pouvoir encadrer leurs troupes et leur imposer une discipline[128].

[128] Voir *commentaires PA II*, §4470, pp. 1377-1378.

Conclusion

Nous pouvons ainsi affirmer que, depuis la prise en compte des groupes armés non étatiques en 1949 et même au lendemain de la réaffirmation de 1977, toutes ces évolutions ont un intérêt plus théorique que pratique car dans la réalité des confrontations, les Etats continuent toujours à vouloir privilégier les mêmes conditions d'identification que celles auxquelles sont soumises leurs forces armées régulières. En effet cette attitude des Etats se reflète, peut être inconsciemment, à chaque nouvelle réglementation concernant les groupes armés non étatiques. Leurs réalités sont ignorées et chaque fois on assiste à des adaptations des solutions déjà applicables à des entités étatiques de sorte que les réalités et les spécificités de l'entité non étatiques sont quasiment ignorées. Au final même après les Protocoles de 1977, l'identification n'est pas devenue plus facile qu'en 1949. Certes, ils ont essayé de peaufiner les critères élaborés en 1949 mais les exigences sont telles que dans la réalité ils servent plus à exclure qu'à permettre une réelle identification du groupe armé non étatique. Cela a produit des conséquences directes non seulement pour l'identification des membres du groupe armé non étatique mais également sur le statut de ceux-ci.

Chapitre 2 L'identification des membres du groupe armé non étatique

GALULA (D) « Je n'écris pas pour tenter de prouver un quelconque génie, mais pour montrer combien il est difficile de convaincre les autres d'abandonner des voies traditionnelles et de s'adapter à de nouvelles situations »[129].

Les Conflits Armés Non Internationaux (ci-après CANI), de loin les plus nombreux aujourd'hui, mettent à mal certains principes traditionnels du droit des Conflits Armés Internationaux (ci-après CAI), au premier rang desquels se trouve le principe de distinction dont l'adaptation aux réalités des premiers cités est des plus difficiles. Le principe de distinction impose ainsi aux parties au conflit, en tout temps, de faire la distinction entre civils et combattants. Par conséquent elles ne doivent diriger leurs attaques que contre des combattants de la partie adverse en mettant tout en œuvre pour épargner les civils. Dans un sens, le principe de distinction vise à préserver les intérêts des civils c'est-à-dire leur vie, leur santé, la disponibilité des biens civils, l'accès à ceux-ci, en imposant notamment la pratique des attaques discriminées[130]. Dans l'autre sens, il tente de dissuader les civils de se mêler des affaires militaires, ou du moins lorsqu'ils le font, de tout mettre en œuvre pour se distinguer des autres civils, qui eux ne le font pas, par le port d'insignes ou de tenues appropriées. Or à ce jour, aucune disposition du DIH n'interdit expressément aux civils de participer aux hostilités.

[129] GALULA (D), *Pacification in Algeria*, 1956-1958, Cité par PETRAEUS (D.H.), in *Contre-Insurrection*, *Théorie et pratique*, Paris, Economica, 2008, p. V.

[130] Le PA I en son article 48, tout en qualifiant le principe de distinction de règle fondamentale, ne semble pas aborder le second sens en disposant que dans le but d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens civils, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants, ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires, et par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires. Le principe est invoqué sans être nommé par le PA II sous le couvert de la protection générale de la population et des personnes civiles contre les dangers nés des opérations militaires (plus spécialement le Titre IV en ses art.13 et 14).

Les premières conventions de Genève de 1864 n'avaient pas une préoccupation plus large que la protection des combattants, qui seuls étaient directement et principalement concernés par les hostilités. Toutefois, elles correspondaient assez bien à leurs époques, bien différentes de celle actuelle, où les lieux de bataille se choisissaient, et les préjudices directs se circonscrivaient à l'écart des zones de présence des civils[131]. Cette époque à jamais révolue, où les atrocités de la guerre étaient épargnées aux civils, contraste avec la période actuelle où les zones d'habitation sont devenues le terrain de prédilection des belligérants. « Aujourd'hui ceux qu'on appelle les non-combattants et qui étaient autrefois plus ou moins des spectateurs du drame, jouent maintenant un rôle qui n'est guère moins important que celui des combattants »[132]. Désormais, l'idée d'affrontements au milieu des zones d'habitation n'est plus taboue. De même que la participation directe des civils aux hostilités est devenue le dénominateur commun de presque tous les conflits armés auxquels prennent part des Groupes Armés Non Etatiques (ci-après GANE). C'est donc tout naturellement que des factions armées indépendantes et peu structurées, mènent des opérations qualifiées de résistance, de guérilla ou de terrorisme, sans se distinguer de ces populations, ou se battent souvent contre d'autres factions du même type ou contre des armées organisées et puissantes au milieu des zones d'habitation de personnes civiles[133].

---

[131] Les dispositions du DIH à leur début ne prenaient guère en compte la protection des populations civiles ce qui est dû au fait que celles-ci n'étaient en principe pas concernées par les hostilités sauf lorsqu'elles s'aventuraient sur les champs de batailles ou lorsque des combattants trouvaient refuge dans les zones d'habitation civiles. Ainsi, avait-on voulu uniquement prévoir en faveur des habitants qui portaient secours aux blessés, le respect et la liberté, et en faveur de ceux qui offraient abri à un combattant blessé, la protection, la dispense de loger les troupes ou de s'acquitter des contributions de guerre. Cf. Article 5 Convention de Genève du 22/08/1864 sur l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne qui dispose que « Les habitants du pays qui porteront secours aux blessés seront respectés et demeureront libres. Les généraux des Puissances belligérantes auront pour mission de prévenir les habitants de l'appel fait à leur humanité, et de la neutralité qui en sera la conséquence. Tout blessé recueilli et soigné dans une maison y servira de sauvegarde.
L'habitant qui aura recueilli chez lui des blessés sera dispensé du logement des troupes, ainsi que d'une partie des contributions de guerre qui seraient imposées ».

[132] GIRAUD (E), « Le respect des droits de l'homme dans la guerre internationale et dans la guerre civile », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, Juillet-août 1958, Paris, 1958, p. 640.

[133] HUBER (M), « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », *RICR*, 1955, p. 431. Voir également PFANNER (T) « Les guerres asymétriques

Tous ces facteurs rendent, difficile, aujourd'hui, une application concrète du principe de distinction et ce pour plusieurs raisons. D'abord, à ses origines, celui-ci disposait d'un cadre étanche, quasiment imperméable[134]. Or ce cadre n'existe quasiment plus aujourd'hui. Ensuite, ce principe malgré toute son importance, ne fournit pas de critères d'identification entre les civils et les combattants, tout comme les principales dispositions régissant les CANI. Enfin, contrairement aux dispositions des Conventions de Genève et du PA I, ni le PA II et encore moins l'article 3 commun ne contiennent une définition des personnes civiles ni de la population civile, bien que ces termes soient utilisés dans plusieurs de leurs dispositions[135].

En ces temps où le DIH et le DIDH partagent plusieurs points communs, le principe de distinction revêt encore une importance plus capitale en ce sens qu'il commande désormais non seulement l'application du DIH mais aussi et surtout celle du DIDH. En effet il permet, en fonction des situations, de déterminer la *Lex specialis* applicable en la matière.

Dès lors l'application de ce principe soulève ainsi plusieurs interrogations. Comment identifier un membre des forces armées du GANE ? A partir de quand, et pendant combien de temps peut-il être la cible d'une attaque ? Quid des membres de l'aile politique du GANE ?

---

vues sous l'angle du droit international humanitaire et de l'action humanitaire », *RICR*, 2005, pp. 259-288.

[134] Cela peut s'expliquer, en partie, par le fait que l'armement utilisé alors n'était pas assez développés et contraignait ainsi les combattants des deux camps à s'affronter dans des combats rapprochés qui donnaient souvent lieu à des corps à corps meurtriers. Il a fallu attendre le développement technologique à la veille de la PGM pour assister aux premières entorses à ce principe.

[135] Le projet du PA II comprenait la définition suivante : « est considérée comme civile toute personne qui n'est pas membre de forces armées » et «la population civile comprend toutes les personnes civiles ». La première partie de cette définition fut modifiée comme suit : « est considérée comme civile toute personne qui n'est pas membre des forces armées ou d'un groupe armé organisé », et les deux parties furent adoptées par consensus par la Commission III de la Conférence Diplomatique qui a conduit à l'adoption des Protocoles additionnels. Toutefois, cette définition fut abandonnée au dernier moment de la conférence, dans le cadre d'un train de dispositions destinées à permettre l'adoption d'un texte simplifié. Voir sur ce point, *Projet de Protocole additionnel II*, art. 25 tel qu'adopté par la Commission III §. 706, Cité In, HENCKAERTS (J-M) et DOSWALD-BECK (L), *Droit International Humanitaire coutumier* VOL. I : RÈGLES, p. 25.

Contrairement aux CAI où il existe d'une part des combattants identifiables et d'autre part des civils qui s'en distinguent, dans les CANI, le statut de combattant n'existe pas. En effet, il n'existe pas d'acte formel d'intégration à l'instar de celui d'un membre des forces armées étatiques. Ajouter à cela le culte du secret qui entoure tout ce qui est relatif à l'identification des membres du groupe plutôt habitué à la clandestinité. Dès lors la seule issue qui reste est celle d'une identification matérielle basée sur le critère de participation aux hostilités.

Cette notion protéiforme et imprécise sert, certes, à abolir l'immunité des civils qui s'y adonnent, mais elle ne fournit aucun critère permettant d'identifier le membre des forces armées du GANE (Section I). Ce flou crée une situation de déséquilibre, en défaveur des forces armées étatiques, qui nécessite un certain rééquilibrage pour se conformer, au tant que faire se peut, au principe de l'égalité des belligérants devant le droit des conflits armés (Section II).

Section 1 Les difficultés d'une identification concrète

Dans presque tous les Etats, les critères d'intégration aux forces armées sont préalablement définis par la loi nationale. L'appartenance à de telles forces implique, non seulement, un acte formel d'incorporation, mais aussi, un code vestimentaire qui permet de les distinguer des autres parties de la population non membres de ces forces. Les GANE, eux ne s'embarrassent pas avec ce formalisme dont les répercussions risquent d'être désastreuses pour eux. Ici le véritable défi est la distinction claire et sans équivoque entre les membres des GANE, combattants, et les non membres des GANE, civils. Toute la difficulté demeure encore au sein du DIH à opérer une telle distinction. En effet si les hostilités ont lieu dans les zones d'habitation civile, une distinction qui 'est pas clairement établie et respectée n'est d'aucune utilité. Or les GANE, conscients des avantages que la dissimulation au sein de telles zones leur procure, ne semblent pas prêts à fournir les efforts nécessaires pour y parvenir.

Ainsi le refus, ou l'incapacité, d'adopter les mêmes critères d'incorporation que ceux utilités par les forces armées étatiques prouve les difficultés d'adaptation et d'application de ceux-ci à des GANE (§ 1). Le problème persistant, le CICR a, dans le cadre d'une étude, proposé des améliorations à ces critères pour les rendre plus conformes aux exigences des conflits armés actuels (§ 2).

Paragraphe 1 L'insuffisance du critère organique d'appartenance

C'est presque un euphémisme que de relever l'ambiguïté des GANE à l'égard des conditions et des formes dans lesquelles ils recrutent leurs membres. En effet ils préfèrent toujours gonfler leur nombre ou se prévaloir du soutien total de la population habitant les zones dans lesquelles ils opèrent. Néanmoins, le problème demeure encore entier quant aux critères à utiliser pour déterminer l'appartenance d'un individu à un GANE. La réalité des conflits armés déstructurés surtout dans le cadre d'Etats en décrépitude rend incompatible la structure même de ces conflits avec les exigences du principe de distinction (A). Dès lors, en l'état actuel des choses, le recours à un autre critère, celui de la participation directe aux hostilités, s'avère déterminant (B).

A L'incompatibilité structurelle

« Le droit des conflits armés se maintient et s'écroule en fonction d'une constante fondamentale : le principe de distinction entre objectifs, personnes et biens militaires et civils »[136]. Or à l'heure actuelle dans la majorité des CANI, où opèrent des GANE, deux caractéristiques communes se dégagent. D'une part, un critère organique d'appartenance à ces groupes est difficilement applicable, à tous les membres, à l'instar de celui applicables aux forces armées étatiques (1) et d'autre

[136] KOLB (R), *Ius in bello, le droit international des conflits armés*, 2e édition, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 66.

part, la participation quasi systématique des civils à ces conflits armés finit par rendre impossible toute application satisfaisante du principe de distinction (2).

1 L'insuffisance partielle du critère organique d'appartenance au GANE

Dans les CANI, toutes les personnes sont considérées comme des civils bénéficiant d'une immunité contre les attaques sauf si elles prennent part directement aux hostilités. Or les membres des forces armées étatiques, eux, continuent à être soumis aux mêmes conditions d'identification que lors d'un CAI. Ce qui les expose en les rendant identifiables dans une configuration où l'adversaire lui se comporte en civil en se dissimulant dans la population en refusant de s'en distinguer par des signes visibles et reconnaissables à distance. Cette appartenance organique des membres des forces armées étatiques fait d'eux des cibles légitimes d'attaques même s'ils ne participent pas directement aux hostilités, à la seule exception des personnels sanitaire et religieux[137]. A part ceux-ci aucun membre des forces étatiques, quelles que ses fonctions, ne bénéficie d'une immunité contre les attaques directes, qu'il prenne part ou pas aux hostilités et quelle que soit sa situation géographique. Il en demeure ainsi jusqu'à l'intervention d'un acte formel de démobilisation ou s'il est mis hors de combat par blessure, capture ou reddition.

C'est tout le contraire des membres du GANE, qui sont considérés comme des civils sauf s'ils participent directement aux hostilités et uniquement pendant la durée de celles-ci. Or tous les membres du GANE n'ont pas le même statut dans l'organigramme du groupe. En effet, il arrive que le GANE présente deux ailes, l'une militaire et l'autre politique, car l'action militaire n'est qu'un volet de leurs activités à côté notamment de celles politique ou même sociale[138]. Il peut aussi arriver que les mêmes personnes jouent les deux rôles en étant à la fois chef de l'organe

[137]Même s'ils sont des membres des forces armées, les personnels religieux et sanitaires n'ont pas pour missions premières de mener des actes d'hostilités. Ils ne sont donc pas des combattants et ne doivent pas être des cibles sauf s'ils prennent part directement aux hostilités. Voir à ce titre : (GI art. 24 et 25 ; GII art. 36 et 37, CG III art. 4.

[138] On peut ainsi citer à titre d'exemple l'African National Congress (ANC) en Afrique du Sud du temps de l'Apartheid et sa branche armée, le « Umkhonto we Sizwe » (la Lance de la Nation), le Hezbollah (le Parti de DIEU) au Liban avec ses branches armées, sociale et politique. Le couple Euskadi Ta Askatasuna (ETA)-Batasuna en Espagne ou l'Armée Républicaine Irlandaise (IRA) –Sein Féin.

politique et le chef militaire[139]. Dans l'un ou l'autre cas, il est clair que l'appartenance des membres dirigeants de ces instances au GANE est établie et ces personnes demeurent membres de celui-ci sauf exclusion ou démission. En effet il serait difficile pour ces personnes de le nier ou de plaider la contrainte comme le ferait un membre ordinaire des forces armées du GANE.

A ce titre, nous soutenons l'idée selon laquelle les membres de ces directions doivent être considérés comme des cibles légitimes d'attaque sans aucun regard pour le critère fonctionnel de participation directe aux hostilités. Il doit en être ainsi jusqu'à ce que la personne soit mise hors de combat par blessure, reddition ou capture ou par une démission ou exclusion et un retour à la vie civile.

Cette position s'explique par le fait que très souvent les décisions de l'aile politique influencent grandement les choix, tactiques et opérationnels, de l'aile militaire qui conduit les hostilités sur le terrain à l'instar d'un état-major pour des troupes sur le front. C'est aussi à cette aile politique qu'il revient très souvent de négocier, signer la paix ou de décréter un éventuel cessez le feu. A ce titre, nous pensons que nonobstant sa couverture civile, elle joue un rôle militaire de premier ordre et qui n'est quasiment pas différent d'une participation directe et permanente aux hostilités. De plus un GANE est créé dans le but de déclencher ou poursuivre un conflit armé. Ainsi tous ceux qui appartiennent aux instances décisionnelles ayant un lien avec l'activité militaire de ce groupe sont donc censés participer à la réalisation de cet objectif car sans conflit on ne saurait parler de GANE.

Dans ce cas, l'appartenance d'une personne aux hautes sphères du GANE fait d'elle un membre incontestable et ceci malgré les précautions d'usage et les mesures de sécurité prises pour ne jamais divulguer ou produire la preuve de cette appartenance notamment par la confection d'une carte de membre ou la publication d'une liste répertoriant ceux-ci.

L'appartenance à ces instances fait de ces personnes, des membres permanents du GANE. Elle implique la perte de la qualité de civile, aussi longtemps qu'elles

[139] Pour exemple nous évoquerons les forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC), les tigres Tamouls (LTTE) au Sri Lanka, l'armée de libération du Sud-Soudan.

appartiennent à ces instances, et peuvent donc être la cible légitime d'attaque comme les membres des forces armées étatiques, en tout temps et en tout lieu.

Se fonder sur le seul critère de l'appartenance de la personne civile aux hautes instances du GANE pour la considérer comme membre permanent, présente *a priori* des atouts puisqu'il ne sera plus nécessaire de se référer à la nature hostile de l'acte, dont la détermination n'est pas toujours aisée. De plus, ce critère a incontestablement la faveur des militaires, puisqu'il leur offre une plus grande liberté d'action, leur permettant de justifier l'attaque de tous les membres de ces instances du GANE, quelle que soit la nature de leur activité, y compris ceux qui n'ont jamais participé aux combats, tels les dirigeants politiques du groupe armé au service desdits groupes.

Ainsi, il permet de rendre partiellement opérationnel le critère organique applicable aux membres des forces armées étatiques. En effet même si elle n'impose pas le port des signes distinctifs et visibles, cette appartenance résout au moins le problème à moitié car le doute n'est plus permis jusqu'à la démobilisation, la capture, la reddition ou la blessure comme c'est le cas pour les membres des forces armées étatiques.

Nous précisions cependant qu'un tel critère ne peut être appliqué sans risque à tous les membres du GANE sans discrimination. En effet pour tous les autres membres subalternes du GANE, le critère déterminant est la participation directe aux hostilités notamment dans des CANI où la participation des civils atteint des taux vertigineux.

2 La déprofessionnalisation : « La guerre des civils »[140]

Le principe de distinction, malgré son rôle fondamentalement déterminant dans les CANI, subit des multiples assauts principalement par deux axes majeurs. En effet, les différents acteurs de ces conflits aussi bien étatiques que non étatiques

[140] Cette expression, est celle qui décrit le plus fidèlement la réalité des CANI actuels, est empruntée à de La MAISONNEUVE (E), in, *La violence qui vient*, Paris, ed. Arléa, 1997, pp. 166.

utilisent les civils à des degrés divers pour l'accomplissement de tâches en lien direct avec le conflit ou même les font participer directement aux hostilités.

D'une part, cette participation peut être l'œuvre de la partie étatique à double titre.

D'un côté, il lui arrive de monter des milices auxquelles elle délègue une partie de ses attributions dans le but de décharger les forces régulières d'une grande partie de leurs tâches et ce dans un souci d'efficacité. En effet, il arrive souvent aux forces étatiques d'une partie à un CANI de créer des milices ou des forces paramilitaires en vue de les aider à venir à bout d'une insurrection. Ces forces peuvent être affectées à des missions de sécurisation ou d'autres tâches subalternes. Elles permettent ainsi aux forces gouvernementales de disposer ainsi de plus de forces et de matériels pour se consacrer principalement à l'affrontement avec le groupe insurgé. Il en est ainsi, entre autres, en Colombie, au Mali ou en Irak[141].

C'est cette même justification qui, de l'autre côté, peut inciter les forces régulières à sous-traiter des pans entiers de leurs attributions à des sociétés militaires privées[142].

D'autre part, le principe de distinction fait face à une menace plus grave notamment dans le cadre des conflits ethniques ou religieux. En effet, dans la plupart des CANI actuels, le facteur communautaire ou identitaire les rend si

[141] La participation de la population civile dans la guerre en Colombie fut structurée, organisée et tacitement soutenue par l'Etat afin de permettre à l'armée nationale de lutter efficacement contre les groupes armés rebelles. Pour briser la résistance des insurgés des FARC et de l'Armée de Libération Nationale (ELN), l'armée colombienne s'est appuyée sur le soutien d'une partie de la population civile organisée en groupes paramilitaires appelés Autodéfenses Unies de Colombie. En 1965, lorsque apparurent les premiers groupes insurgés, le gouvernement émis un décret (3398/1956) visant à organiser la défense nationale. Ce décret autorise le ministère de la guerre à armer des groupes de civils avec un matériel habituellement réservé aux forces armées. En 1968, le décret se transforme en une législation permanente (Loi 48) jusqu'en 1989, année au cours de laquelle la Cour Suprême la déclara inconstitutionnelle. Sans être allés aussi loin dans le formalisme, une telle pratique peut être comparée à celle du gouvernement Soudanais avec les milices janjawid au Darfour, au Mali avec les GATIA ou même de l'armée américaine en Irak lorsqu'elle a eu recours aux milices sunnites pour contrer l'insurrection menée par les forces commandées par Abou MOUSSAB EL ZARQAOUI.

[142] Ces deux pays Afghanistan, en Irak ont été à la pointe dans l'utilisation des SMP par les troupes américaines et anglaises. Ces SMP se voient confier des tâches diverses allant de la formation des troupes, la logistique, la sécurité des installations diplomatiques et consulaires, l'assistance et conseil tactiques et aussi des missions de renseignements (…). Dans certaines situations comme en Sierra Leone, des SMP ont été recrutées pour conduire, des actes d'hostilités, directement.

passionnels et si violents que cela conduit inéluctablement à une lutte à mort sans aucun égard pour les règles élémentaires du DIH, pour aucune règle d'ailleurs. Pour la plupart d'origine religieuse ou ethnique, ces conflits, souvent nourris par la haine, bannissent le moindre respect pour celui qui appartient au groupe combattu, le but même de cette guerre étant souvent son extermination ou son expulsion d'un territoire. Ici le choix de prendre pour cible les civils est un acte délibéré, presque une idéologie même. En effet à côté du paradigme selon lequel l'effet maximal du matériel de guerre s'obtient en utilisant ce matériel contre ceux qui se battent pour le camp adverse, est apparue une version plus évoluée notamment lors de certains conflits en Afrique, en Ex-Yougoslavie ou au Moyen Orient avec les exactions commises par les membres du groupe état islamique[143]. Ainsi le choix des victimes se fait non plus en fonction de leur appartenance au camp adverse mais par rapport à leur situation géographique, ou à leur zone d'origine, à leur appartenance ethnique ou religieuse. Ainsi au lieu d'attaquer les forces ennemies, on attaque ce qui constitue leurs soubassements et ainsi les civils deviennent des armes de guerre qui sont utilisés au même titre que les fusils pour causer autant sinon plus de dégâts à la partie adverse. Pour illustration on évoquera les viols commis sur les bosniennes par les forces serbes[144], ou dans la région des Grands Lacs où la pratique du viol est devenue tellement systématique qu'elle est assimilée à une arme de guerre[145]. Ou le recrutement forcé au sein des

[143] Les exactions commises par DAECH contre les minorités religieuses en Irak depuis 2014 « Les femmes et les filles aux mains de Daech notamment les femmes yézidies et d'autres minorités ont été particulièrement exposées aux violations des droits humains et du droit international humanitaire », affirme ce rapport de la Mission d'assistance des Nations Unies pour l'Iraq et du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. Les victimes ont subi des viols et des agressions sexuelles, des déplacements forcés, des enlèvements, elles ont été privées de liberté, soumises à l'esclavage, à des conversions religieuses forcées et à des traitements cruels, inhumains et dégradants » http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=40027#.Wc-AGWi0M2w dernière consultation le 30/09/2017.

[144] Les camps de viol en Bosnie (les camps de viol de Foča), *Le Procureur C/ Zelenović*, Jugement portant condamnation, IT-96-23/2-S, 4 avril 2007 et l'arrêt en Appel *Procureur C/ Zelenović*, Arrêt, (IT-96-23/2-S), 31 octobre 2007.

[145] La pratique des viols est devenue systématique dans l'Est de la RDC depuis le milieu des années 90 à la suite des différents conflits qui ensanglantent cette région. Ainsi lors de la présentation d'un Rapport rendu le 24/09/2010, Mme Navi PILLAY affirme que « Même dans l'Est du pays où les viols sont un problème constant depuis ces 15 dernières années, cet incident met en lumière l'extraordinaire sang-froid et la manière systématique avec lesquels ces crimes ont été planifiés et exécutés ». http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=23107&Cr#.Wc-F42i0M2w, dernière consultation le 30/09/20217.

populations civiles ou leur assujettissement à des travaux forcés notamment de transporteurs pour l'usage des troupes ou des jeunes filles en esclaves sexuelles. Ou la transformation des populations civiles en boucliers pour se prémunir contre les attaques.

On peut citer les cas du Rwanda, du Soudan, du Sud-Soudan, du Libéria, de la Sierra Léone ou de la RCA entre autres. Dans ce cadre, « l'affrontement infra-étatique s'apparente souvent à une lutte à mort. Pas de règles du jeu, pas d'objectif précis, pas de stratégies préconçues, sinon l'affirmation de soi comme absolu »[146]. Dans ce contexte, il n'y a plus aucune règle, aucun interdit, aucun tabou. Plus rien n'est épargné ni les enfants, ni les femmes, ni les personnes âgées. Tout ce qui représente l'autre camp doit disparaitre ou être effacé. Dans cette situation, une application du principe de distinction devient quasiment impossible et ses effets sont totalement annihilés.

Dans les différentes situations ci-dessus citées, la forte participation des civils aux hostilités contribue largement à brouiller des lignes de démarcation, déjà assez floues, qui redonnent encore plus une importance primordiale au critère matériel de participation directe aux hostilités. Or l'on s'accorde pour reconnaitre qu'il n'existe en droit international humanitaire aucune définition précise de l'expression « participation directe aux hostilités »**.** Cette absence de définition est très préjudiciable aux personnes civiles prises dans la tourmente d'un CANI, et ce d'autant plus que, dans cette catégorie de conflits armés il n'existe pas, contrairement aux CAI, de catégorie de « personnes protégées ».

B L'appel à l'élément matériel d'identification : La participation directe aux hostilités

L'absence de critères formels d'incorporation des membres de la part de beaucoup GANE oblige à faire appel à des critères matériels pour déterminer l'appartenance de leur membres. Ainsi le principal élément, et certainement le plus déterminant,

[146] BADIE (B) et SMOUTS (M-C), *Le retournement du monde,* Paris, Dalloz, 1992, p. 182.

est la participation directe aux hostilités (1). Malgré l'importance de ce critère, ses contours demeurent encore flous dans les instruments du DIH régissant les CANI (2).

1 Les éléments de « La participation directe aux hostilités »

L'une des caractéristiques de la participation directe aux hostilités est la multiplicité de ses éléments. En effet si l'usage d'armes à feu contre des éléments de la partie adverse est l'acte le plus connu, et certainement le moins contestable, il en existe cependant plusieurs autres qu'on peut regrouper en deux catégories bien distinctes à savoir les actes de participation directe et indirecte. Si les premiers entrainent la perte temporaire de la protection accordée aux civils pendant la durée de cette participation, la seconde elle n'entame en rien celle-ci car appuyer l'effort de guerre de la partie adverse, lui exprimer sa sympathie, ou s'abstenir d'agir pour empêcher une incursion pour l'un des belligérants, relève d'une participation indirecte[147].

Cependant, « en dépit des graves conséquences juridiques qui sont en jeu, ni les Conventions de Genève ni leurs Protocoles additionnels n'établissent une définition de la conduite qui constitue une participation directe aux hostilités »[148]. C'est donc à la jurisprudence des TPI et à la doctrine qu'est revenue la tâche de fournir les éléments d'appréciation.

Si la jurisprudence a fait sienne l'approche casuistique, la doctrine, elle, a tenté d'élaborer des critères abstraits pouvant permettre une analyse plus globale du phénomène. Mais en réalité, il n'existe pas de ligne de démarcation parfaitement étanche entre ces deux approches, car celles-ci se nourrissent l'une de l'autre et, partant comportent chacune des éléments aussi bien casuistiques qu'abstraits.

Selon l'approche casuistique, « la participation directe aux hostilités recouvre tous les actes qui, par leur nature ou par leur intention, ont pour objet d'infliger des

[147] Voir TPIY, *Le Procureur c. Strugar*, IT-01-42-A, 17/07/2008, §§. 176-179.
[148] PEJIC (J), « Le ciblage extraterritorial au moyen de drones armés : quelques conséquences juridiques », *RICR*, Volume 96 Sélection française 2014 / 1, p. 92.

dommages réels au personnel et matériel de l'ennemi »[149]. Le TPIY s'est refusé à toute précision mais a préféré procéder à une évaluation au cas par cas des situations qui, selon lui, relèvent de la participation directe ou indirecte aux hostilités. Ainsi il retient plusieurs éléments, comme le fait de prendre part à des opérations militaires proprement dites, ou d'exercer des fonctions de garde, d'agent de renseignement ou de guetteur pour le compte des forces armées belligérantes, qui relèvent de la participation directe.

Une autre approche générale et abstraite, visant à théoriser cette vision en fournissant des critères d'appréciation pour les acteurs sur le terrain. Ainsi, Le CICR identifie trois critères cumulatifs à savoir le seuil de nuisance, de l'acte de participation, aux capacités militaires et opérationnelles de la partie adverse en causant la mort, la blessure ou la destruction, des personnes ou à des biens protégés. Cette approche permet ainsi au CICR d'adopter une interprétation relativement large en tentant de concilier les exigences militaires et humanitaires[150]. Ainsi il donne l'exemple d'actes de participation recouvrant non seulement des attaques classiques contre le personnel ennemi ou ses biens, mais également d'autres types d'actions comme l'entrave ou les perturbations au déploiement militaire, l'interception des communications ennemies, la transmission d'information sur des cibles à attaquer, l'interférence électronique dans des réseaux informatiques militaires ou le placement sous écoute d'un commandement militaire. A ces actes, le CICR adjoint d'autres actes qui, comme le meurtre, les blessures et des destructions perpétrés contre des personnes protégées, peuvent constituer des formes de participations sans pour autant qu'ils affectent les opérations ou les capacités militaires de l'adversaire[151].

---

[149] TPIY, *Le Procureur c. Kordic et consorts*, IT-95-14/2-A, 17/12/2004, §. 51 ; TPIY, *Le Procureur c. Galic*, IT-98-29-T, 5/12/2003, §. 48.

[150] A propos des éléments constitutifs de la participation directe aux hostilités, voir MELZER (N), G*uide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2010, pp. 48-64 (ci-après Guide interprétatif du CICR).

[151] Il faut préciser à ce niveau que l'auteur de tels actes participe ainsi directement aux hostilités parce qu'il s'attaque à des personnes protégées, ce qui en soit ne prouve pas son appartenance à un GANE. Son ciblage relève plus de la légitime défense d'autrui. C'est donc logiquement que le CICR refuse d'y inclure les actes constitutifs de mauvais traitements infligés à la population civiles comme l'érection de barrages routiers ou de clôtures, l'interruption de l'alimentation électrique, en gaz, ou en nourriture ou l'appropriation de véhicules automobiles.

L’acte de participation doit aussi avoir un lien direct de causalité avec les effets nuisibles susceptibles de résulter de cet acte ou des opérations militaires coordonnées dont il fait partie intégrante. Ainsi il doit y avoir un lien direct entre l’acte commis et le dommage susceptible de résulter de cet acte. Le rapport direct doit donc s’effectuer en une seule étape. Cependant cette conception doit être adaptée à la complexité des opérations militaires nécessitant parfois plusieurs personnes à des niveaux divers de responsabilité. A ce titre l’exemple des attaques opérées à l’aide de véhicule téléguidé, communément appelé drone, qui impliquent des individus responsables aussi bien d’identifier les cibles, de transmettre les ordres par radio, de mouvoir les véhicules, de déclencher le lancement des missiles que de commander, de façon globale, de telles opérations, si toutes ces personnes font partie de l’opération, seul un nombre limité d’entre elles commettent des actes qui, en eux-mêmes, relèvent de la participation directe aux hostilités. Dès lors il importe d’étendre la notion de causalité directe de façon telle qu’elle englobe des actes susceptibles de causer un préjudice à l’adversaire seulement s’ils sont intimement liés à la commission d’autres actes.

Enfin un critère de connexité (ou lien de belligérance), voudrait que l’acte de participation cause spécifiquement des effets nuisibles à l’avantage d’une partie au conflit et au détriment de l’autre. Ils doivent concourir à la réalisation d’objectifs militaires poursuivis par les belligérants. Autrement dit les actes de violences sans aucun rapport avec les hostilités ne privent pas leurs auteurs de la qualité de civil.

Pour qu'un acte puisse être considéré comme engageant la personne qui l'a accompli dans les hostilités, il faut qu'il y ait un lien direct de cause à effet entre l'activité menée et les coups portés à l'ennemi. Les actes constituant une participation directe aux hostilités sont en réalité de véritables actes de guerre, puisque, de par leur nature et le but qu'ils poursuivent, ils sont destinés à frapper concrètement le personnel ou le matériel des forces armées ennemies. En d'autres termes, le comportement de la personne civile, s'il représente une menace directe pour l'ennemi, est assimilé à une participation directe aux hostilités.

En revanche, les actes qui n'ont pas pour objet d'infliger des dommages réels au personnel ou au matériel des forces armées ennemies ne peuvent être qualifiés comme tels. Ainsi, l'aide apportée à la partie engagée dans un conflit armé sous forme de vente ou d'approvisionnement en biens ne saurait être considérée comme un acte hostile de nature à faire perdre son immunité à son auteur. De tels actes peuvent au plus être considérés comme une contribution à l'effort de guerre du belligérant bénéficiaire de l'aide.

Dans la mesure où c'est la nature hostile de l'acte qui est considérée comme déterminante, le moment ou le lieu où il a été commis importent peu. Ainsi, la proximité du lieu de son accomplissement avec la ligne de front ne présente pas une grande importance. Cette précision est d'une importance capitale. En effet, on peut être loin et commettre des actes constitutifs de la participation aux hostilités ou proche et ne rien commettre de tel. En effet, il se peut que l'acte se soit déroulé très loin du champ de bataille[152]. II n'en sera pas moins considéré comme constituant une participation directe aux hostilités s'il est de nature à nuire à un moment donné à l'ennemi. A titre d'exemple, la pose de mines destinées à interrompre ou à gêner la progression des forces armées ennemies, la collecte de renseignements ou l'attaque du réseau informatique de la partie adverse, pourvu qu'elles aient une telle caractéristique, sont assimilées à une participation directe aux hostilités. On peut aussi inclure sur cette liste les pilotes de drones qui téléguident ces engins à des milliers de kilomètres du lieu où se déroulent les hostilités[153]. Une telle approche est conforme au sens qu'on donne au mot « hostilités » qui ne se limitent pas aux opérations militaires proprement dites mais

[152] Le problème de la « PlayStation mentality » est décrit ainsi par Philip ALSTON : «Les jeunes militaires élevés aux jeux vidéo vont désormais tuer de vraies personnes à distance en usant un joystick, (…)» Voir ALSTON (P) et SHAMSI (H), «A Killer above the law», dans *The Guardian*, du 2 août 2010.

[153] Ainsi, le recours aux drones ou aux robots, se révèle particulièrement adapté à l'usage de la force par les pays soucieux d'épargner la vie de leurs soldats. En outre, maintenir les opérateurs de ces nouvelles armes éloignés du champ de bataille, dans un environnement familier, diminuerait de façon non négligeable leur exposition au stress ou à la peur, et réduirait ainsi les erreurs liées à des facteurs émotionnels. En revanche, l'augmentation de la distance physique entre la localisation de l'opérateur et sa cible augmenterait du même coup la distance morale entre parties au conflit, Pour aller plus loin sur cette question voir l'excellente étude du CICR consacrée, Guerre et nouvelles technologies dans le *RICR*, N°886, Volume 94 Sélection française 2012/ 2, édition en ligne https://www.icrc.org/fr/revue-internationale/guerre-et-nouvelles-technologies. Dernière visite le 30/09/2017.

englobent tout acte pouvant nuire à l'ennemi peu importe son lieu de commission dès lors qu'il remplit les conditions ci-dessus énumérées.

En accordant à la nature hostile de l'acte le rôle déterminant dans sa qualification d'acte assimilé à une participation directe aux hostilités, le port d'armes par une personne civile cesse évidemment d'être considéré comme une présomption à une telle participation. En effet, l'exécution de certains actes comme ceux qui viennent d'être énumérés n'exige nullement que la personne qui les accomplit soit armée. Au contraire, une personne civile peut être amenée à s'armer indépendamment de son intention hostile à l'égard de l'une ou l'autre des parties au conflit armé et uniquement pour des raisons personnelles, comme l'autodéfense ou la prévention du pillage de ses biens.

Ces précisions à l'apparence claires doivent ainsi permettre de procéder à une distinction entre la participation directe, qui suspend l'immunité contre les attaques directes ciblant les civils qui y prennent part pendant toute sa durée, et la participation indirecte qui maintient l'immunité pour son auteur aussi longtemps qu'il n'a pas basculé de l'autre côté de la barrière protectrice. Mais cela n'est pas toujours aisé à réaliser dans le feu de l'action car malgré son importance, la notion de participation directe aux hostilités demeure une notion aux contours mal définis du fait notamment de l'ambivalence de certains de ses éléments.

2 Une notion juridique aux contours mal définis

Au-delà même de la diversité de ses actes constitutifs, la notion de participation directe aux hostilités présente une autre facette qui sape tout aussi dangereusement les fondements du principe de distinction. La notion de participation directe aux hostilités ne semble saisir que l'instant immédiat de l'acte hostile. Or la réalisation de ce dernier nécessite souvent un long moment de préparation dont les actes, pris isolément, éloignent la personne qui les réalise de son statut protecteur sans l'exposer au même titre que la personne qui commet l'acte hostile, c'est-à-dire qui nuit au matériel ou au personnel de la partie adverse.

Aussi, ces actes préparatoires à la participation directe aux hostilités ne se présentent pas toujours en des actes univoques. En effet on peut se trouver face à un acte difficile à mettre dans une des multiples cases élaborées par la doctrine ou la jurisprudence. Il peut arriver qu'un acte soit à mi-chemin entre la participation directe et celle indirecte et de ce fait place son auteur à mi-chemin entre la catégorie de civil, protégé, et celle de civil participant directement aux hostilités, non protégé. Ce sont les actes qui, globalement, font partie d'un ensemble plus large que la participation directe aux hostilités *stricto sensu*. Ils recouvrent ainsi les actes préparatoires préalables à l'engagement ou ceux relatifs au retrait d'une zone de combat. Pour l'appréciation de tels actes, l'on doit pouvoir mettre dans la balance les intérêts militaires et humanitaires en présence, comme si l'on faisait un contrôle de proportionnalité entre le but recherché et les dommages encourus.

Certains auteurs trouvent deux mérites à cette conception en ce sens que, d'une part, le principe de participation directe aux hostilités ne se prête pas facilement à une évaluation théorique,[154] d'autre part, les belligérants souhaitent garder les mains libres pour combattre les actions entreprises contre eux par les forces armées ennemies sans devoir être contraints de respecter des règles trop détaillées.

Selon la recommandation VI du Guide interprétatif du CICR « Les mesures préparatoires à l'exécution d'un acte spécifique de participation directe aux hostilités, de même que le déploiement vers son lieu d'exécution, font partie intégrante de cet acte »[155]. Ces recommandations vont dans le même sens que les Commentaires des Protocoles Additionnels de 1977, pour qui les mesures préparatoires, décrites à l'article 44§3 PA I comme « un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque » ont un caractère spécifiquement militaire et constituent une partie intégrante de l'exécution ultérieure d'un acte hostile[156]. En revanche la préparation d'une campagne générale d'opérations non spécifiées ne constituerait pas une participation directe aux hostilités et ce conformément à la

[154] D'ASPREMONT (J) et DE HEMPTINNE (J), *Droit International Humanitaire*, Paris, Pédone, 2012, pp. 203-204.
[155] *Guide interprétatif du CICR*, p. 68.
[156] *Guide interprétatif*, Op. Cit. p. 68.

distinction entre participation directe et participation indirecte. Dès lors, les actes préparatoires visant à commettre un acte hostile spécifique constituent une participation directe aux hostilités alors que ce n'est pas le cas des mesures préparatoires visant à établir la capacité générale de commettre des actes hostiles[157].

De même en ce qui concerne les mesures immédiates à l'acte hostile, c'est à dire le déploiement vers le front et le retour de combat, il est clairement précisé que « quand l'exécution d'un acte spécifique de la participation directe aux hostilités exige au préalable un déploiement géographique, ce déploiement constitue déjà une partie intégrante de l'acte en question. De la même manière, dans la mesure où le retour du lieu d'exécution d'un acte hostile demeure une partie intégrante de l'opération qui le précède, il constitue un retrait militaire et ne devrait pas être confondu avec une reddition ou une autre manière d'être mis hors de combat »[158]. Ce retrait peut prendre fin aussitôt que les assaillants se débarrassent de leurs armes pour retourner à la vie civile.

Ainsi, plus l'acte posé par le civil se rapproche de la participation directe aux hostilités, moins celui-ci est protégé. Inversement plus son acte s'en éloigne et se dirige vers une participation indirecte mieux il est prémuni contre les affres d'une attaque directe. Cette situation crée donc une protection fluctuante en fonction du type d'acte accompli par le civil. De même lorsqu'il est amené à répéter ces différents actes, cette situation crée une sorte de labyrinthe de protections duquel on a du mal à s'extirper. Face à ces difficultés supplémentaires, dans un domaine déjà mal régi par le DIH, des solutions ont été proposées pour uniformiser les protections et les rendre plus lisibles qu'elles ne le sont actuellement. Mais certaines des propositions présentent des risques. Deux tendances, quasiment irréconciliables, s'opposent : d'une part la théorie de l'affiliation permettant une utilisation de la force plus large, et de l'autre celle de la « porte tambour » limitant davantage la possibilité d'utiliser la force[159].

[157] *Guide interprétatif*, Op. Cit., p. 68.
[158] *Guide interprétatif*, Op. Cit., p.70.
[159] Cette théorie est aussi dénommée « revolving door » en anglais.

Pour les partisans de la première, toute participation volontaire à une organisation de résistance suffit à rendre attaquables militairement toutes les personnes qui s'y affilient, exactement comme l'enrôlement dans l'armée régulière expose à une attaque tant que dure l'enrôlement. D'un point de vue pragmatique on ne saurait demander aux militaires adverses de ne pas attaquer un camp de repli des forces armées d'opposition parce qu'ils s'y reposent et ne font à ce moment-là aucun acte d'hostilité. Les militaires ne sont pas tenus d'opérer comme une force de police en procédant à une arrestation. Ils peuvent combattre les résistants en ouvrant le feu ou en les bombardant. Enfin les militaires soulignent que la théorie de l'affiliation garantit le principe fondamental de l'égalité des belligérants. Les forces armées régulières peuvent être attaquées à tout moment, car elles gardent en tout temps leur statut militaire. Si les civils combattant irrégulièrement ne peuvent pas être attaqués dans des conditions réciproquement identiques, il s'ensuivrait une inégalité flagrante entre les belligérants.

De l'autre côté, les humanitaires, partisans de la seconde théorie celle de la « porte-tambour », soulignent qu'une telle latitude laissée aux militaires adverses ouvrirait la porte aux pires abus et à la pratique odieuses des « exécutions extrajudiciaires »[160]. En effet, la participation de civils à des mouvements de résistance n'est pas ordinairement un fait manifeste, comme l'est l'enrôlement d'un individu dans l'armée avec port d'uniforme et localisation de campement militaire. Le caractère propre de mouvements d'insurrection est d'opérer dans la clandestinité relative. De plus, le belligérant adverse, notamment l'occupant, tend toujours à exagérer l'hostilité de la population locale parce qu'il vit dans la psychose permanente d'une attaque de guérilla. Il suspecte dès lors un ennemi derrière chaque civil adverse. Permettre dans ces circonstances l'attaque de

[160] Dans l'arrêt Tadic il a été affirmé qu'est un civil, au sens de cette incrimination, toute personne ayant participé à un moment ou à un autre à un mouvement insurrectionnel, s'il est capturé hors combat. Cela confirme la tendance de reconnaitre le statut de civil à toutes les personnes qui ne sont pas prises en flagrant délit d'actes de participation aux hostilités. Voir en ce sens TPIY, *Procureur c/ TADIC*, IT-94-1-T, Jugement de la chambre de première instance 7/5/1997, §. 643 « bien que les crimes contre l'humanité doivent cibler une population civile, les personnes qui, à un moment donné, se sont livrés à des actes de résistance peuvent, dans certaines circonstances, être victimes de crimes contre l'humanité. Dans le cadre de cette affaire, les patients d'un hôpital, civils ou résistants, qui avaient déposé les armes, ont été considérés comme des victimes de crimes contre l'humanité ».

personnes considérées comme des combattants irréguliers en dehors des moments de participation active aux hostilités risque de permettre les appréciations les plus subjectives et de mettre ainsi excessivement en danger un grand nombre de civils. C'est pourquoi, selon une manière restrictive de voir, le civil irrégulier ne pourrait être attaqué que lors de la phase où il participe de fait directement aux hostilités. Il retrouve de nouveau son immunité contre l'attaque après l'engagement.

Il est évident que chacune de ces deux théories est potentiellement porteuse de dangers pour chacun des deux camps. En effet, le danger de la théorie de l'affiliation c'est qu'elle semble ouvrir la voie à une utilisation trop libérale de la force, exposant ainsi dangereusement la population civile aux dangers. Elle est ainsi potentiellement porteuse de bavures qui ne feront que grossir les rangs des insurgés ou au moins à augmenter leur capital sympathie. Sur le terrain, les combattants font, très souvent, face à une grande fatigue nerveuse dans un contexte hostile où tout leur parait suspect et dangereux. Le moindre faux geste peut conduite à une mort certaine. Elle est donc tout naturellement mieux accueillie dans la sphère militaire que la seconde car elle simplifie considérablement la situation pour les soldats et conduit aussi facilement à rendre la gâchette trop facile.

Or de l'autre côté, le théorie de la porte-tambour, « qu'il faut préférer à défaut de mieux » [161], ouvre la porte à une certaine inégalité des belligérants et s'avère difficilement praticable du point de vue militaire car les forces armées ne sont pas des forces de police et cela peut les exposer, surtout en période de conflit armé, à des risques à vouloir privilégier l'arrestation à une attaque.

[161] KOLB (R), *Jus in bello, Le droit international des conflits armés*, Op. Cit., p. 243. Le CICR semble opter pour cette solution aussi en affirmant que « le mécanisme de la porte tournante de la protection peut compliquer la tâche des forces armées ou des groupes armés organisés adverses lorsqu'il s'agit de répondre de manière efficace à la participation directe des civils aux hostilités. Il demeure cependant nécessaire de protéger la population civile contre une attaque lancée de manière erronée ou arbitraire, et cette protection doit être acceptable pour les forces ou groupes en opération, aussi longtemps que la participation se produit de manière purement spontanée, non organisée ou sporadique » *Guide interprétatif du CICR*, Op. Cit., p. 73.

Il est donc clair que ces deux théories ne répondent pas totalement aux attentes. Dès lors, d'autres propositions sont venues pour essayer de combler leur lacunes. D'une part certains ont préconisé une application de la théorie de l'affiliation au cas où la partie insurgée contrôlerait une partie du territoire sur laquelle elle s'établit. Mais pour nous, cette précision ne semble pouvoir réduire les risques dont la théorie de l'affiliation est porteuse. En effet le contrôle d'une partie du territoire par la partie insurgée ne permet pas de clarifier définitivement les critères d'appartenance au GANE puisqu'elle n'implique absolument pas des regroupements distincts entre des combattants de cette partie et des civils. En réalité cette proposition présume qu'un GANE, capable de déclencher un conflit régi par le PAII, est organisé au point de pouvoir distinguer ses membres des autres civils qui ne le sont pas. Or une telle éventualité bien qu'envisageable et souhaitable n'est pas sans risque pour le GANE lui-même. En effet il est dans l'ADN même des GANE de préférer la dissimulation à la distinction et cela pour des raisons évidentes.

D'autre part, il a été suggéré une application de principe de la théorie de la porte-tambour et exceptionnellement celle de l'affiliation en cas de décision du Conseil de Sécurité des Nations Unies déclarant qu'un groupe de résistance particulier peut être militairement ciblé. Hélas ces deux dernières tentatives sont toutes aussi porteuses de dangers pour la population civile. Dans ce dernier cas, le danger est double. Non seulement la forte politisation des décisions du Conseil de Sécurité des Nations Unies fait planer de sérieux doutes sur l'objectivité de ses qualifications, mais aussi la forte charge symbolique de certaines notions appelle à beaucoup de prudence quant à leur utilisation comme c'est le cas pour la qualification de terroriste.

Il parait évidemment dangereux de déduire l'appartenance d'un civil à un GANE du seul fait de sa participation directe, spontanée ou sporadique, aux hostilités. Or en l'absence de tout acte formel d'incorporation de ses membres par le GANE, le CICR a essayé de proposer des solutions en élaborant un guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités.

Paragraphe 2 L'appréciation de l'apport de l'étude du CICR sur la participation directe aux hostilités

Comme l'a bien fait remarquer le CICR, son Guide interprétatif ne constitue pas une œuvre législative. Il ne vise donc pas à changer l'ordonnancement juridique actuel en modifiant les dispositions juridiques applicables. Néanmoins, il apporte certains éclaircissements permettant d'analyser, sous un autre angle nouveau, le sens de certaines notions volontairement maintenues floues malgré les mutations. En effet, par ce Guide interprétatif, le CICR entend redynamiser la question fondamentale de la participation directe aux hostilités. Cependant, son apport est pour le moins contrasté d'une part (A) et de l'autre il passe complètement sous silence le phénomène des enfants-soldats (B).

A L'apport contrasté du Guide interprétatif du CICR sur la participation directe aux hostilités

Le Guide interprétatif a essayé d'innover en introduisant la notion de fonction de combat continue pour conceptualiser l'idée d'une appartenance au GANE par l'exercice de cette fonction (1). Mais dans le même temps, le CICR a manqué l'occasion d'apporter des éclaircissements sur certains points pourtant fondamentaux (2).

1 La fonction de combat continue

Deux réalités contradictoires doivent être rappelées pour permettre de comprendre la nécessité pour le CICR d'adopter la notion de fonction de combat continue. D'une part, il est admis que dans les CANI, la qualité de combattants n'est pas accordée aux membres des forces armées des belligérants y compris à ceux de la partie étatique. Or d'autre part, ces derniers continuent à être soumis aux mêmes obligations auxquelles ils sont assujettis dans le cadre d'un CAI. Dans le

même temps, il est aussi admis que les membres des forces armées régulières ne peuvent être considérés comme des civils, quelle que soit leur conduite individuelle ou leur fonction au sein de ces forces armées. Tel est également le cas des forces armées dissidentes qui sont composées essentiellement d'une partie des forces armées de l'Etat. Pour ces derniers, bien qu'ils ne soient « plus membres des forces armées d'un Etat, ils ne deviennent pas des civils du simples fait qu'ils se sont retournés contre leur gouvernement. Au moins dans la mesure où, et aussi longtemps que les membres des forces armées dissidentes gardent les mêmes structures que les forces de l'Etat auxquelles ils appartenaient dans le passé, ces structures devraient continuer de déterminer l'appartenance individuelle aux forces armées dissidentes »[162]. Malgré la scission, les dissidents emportent avec eux la qualité de membre des forces armées qu'ils avaient acquise lors de leur enrôlement. Une telle commodité ne peut être étendue aux forces armées de l'entité non étatique qui n'ont jamais appartenu aux forces armées étatiques et qui sont donc créées *ex nihilo*.

C'est donc pour répondre à ce besoin de permanence que le CICR a élaboré la notion de fonction de combat continue. La participation directe aux hostilités étant de peu d'intérêt pour l'identification des membres d'un GANE, alors il a fallu trouver un critère : ce fut celui de fonction de combat continue, qui implique une participation directe aux hostilités. C'est un choix de type fonctionnel qui s'attache à ce qui est militaire au sein de l'entité non étatique qui a pris les armes. Ainsi pour le CICR, ce critère est celui qui permet de distinguer les membres des forces armées des entités non étatique des civils qui participent directement aux hostilités de façon spontanée, sporadique et non organisée d'une part, ou de civils qui assument exclusivement des fonctions politique, administrative ou autres fonctions non-combattantes d'autre part. Pour le CICR la notion d'appartenance des personnes civiles aux GANE est diffuse et élastique. Il s'est, par conséquent, efforcé de donner un contenu précis à la notion d'appartenance des personnes civiles aux GANE en affirmant qu' aux fins pratiques « du principe de distinction,

[162] *Guide interprétatif du CICR*, *Op. Cit*., p. 34, voir également dans le même sens AIVO (G), *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 292.

l'appartenance à de tels groupe ne peut pas dépendre d'une affiliation abstraite, de liens familiaux ou d'autres critères sujets à caution. Au-delà de cela, l'appartenance doit être déterminée par le fait que la fonction continue assumée par une personne correspond à celle qui est collectivement exercée par le groupe dans son ensemble à savoir la conduite des hostilités au nom d'une partie au conflit »[163].

La fonction de combat continue suppose une intégration informelle durable ou prolongée au sein d'un groupe armé organisé actif en tant que membre des forces armées d'une entité non étatique. Ont donc une fonction de combat continue les personnes qui accomplissent des actes de préparation, d'exécution de commandement ou d'opérations équivalentes à une participation directe aux hostilités. Ce sont ceux qui, sans être des réservistes retournés dans la vie civile, ont été recrutés, formés et équipés par un tel groupe, pour, de façon continue, participer directement aux hostilités au nom du GANE et peuvent donc être considérés comme assumant une fonction de combat continue avant même d'avoir posé leur premier acte hostile. L'élément déterminant réside donc dans l'engagement permanent et la contribution positive à la réalisation de la mission que se sont fixés ceux qui se révoltent. Les membres du GANE, sont alors ceux qui portent les armes et ceux qui contribuent directement à la réalisation des actions militaires sans être eux-mêmes des porteurs d'armes.

L'adoption de cette notion de fonction de combat continue vise à rétablir une égalité de traitement entre les belligérants en inscrivant les membres du GANE dans une certaine idée de permanence de leur statut. Ainsi, les personnes exerçant une telle fonction devraient pouvoir être ciblés, légitimement, de la même manière que les membres des forces armées gouvernementales puisque les membres de groupes armés participent de manière continue aux hostilités. Cette définition de l'appartenance au GANE essaye d'être la plus objective possible et repose sur trois critères cumulatifs à savoir la participation à la conduite des hostilités, la participation aux hostilités qui s'inscrit dans une démarche collective avec les

[163] *Guide interprétatif du CICR*, *Op. Cit*, p. 35.

autres membres du groupe et la participation au nom du GANE. Ces critères permettent de faire la distinction entre les civils combattants du GANE de ceux qui participent spontanément, sporadiquement ou même indirectement aux hostilités.

Cette notion n'est cependant pas sans risque car le CICR ne donne pas d'indications suffisantes pour apprécier objectivement le critère de permanence de l'activité répétée qui peut être assimilée à une fonction de combat continue. Il devient par conséquent difficile de prouver, dans ce contexte de forte activité civile, la participation répétée d'un civil à des actes hostiles. Cependant, elle représente une considérable simplification de la situation pour les militaires de la partie gouvernementale. C'est certainement cette course effrénée à la simplification qui fait persister certains flous à l'issue de cette étude.

2 Des flous persistants

Le Guide interprétatif du CICR a suscité de grands espoirs qui n'ont pas tous été comblés. En effet l'approche du CICR sous l'angle de la fonction de combat continue a consisté à rapprocher le statut de ces personnes de celui des membres des forces armées étatiques mais uniquement dans la permanence de l'activité, sans pour autant arriver à en déduire les mêmes conséquences en accordant un statut aussi protecteur.

Pour en arriver là, le CICR a donc dû restreindre la notion de civil pour extraire tous ceux de la partie non gouvernementale qui participent de façon continue aux hostilités. Dès lors, comme le dénonce Gérard AIVO, la définition du civil donnée par le CICR est forcément étroite, car en dehors des forces armées étatiques « c'est le critère de fonction de combat continue » au sein d'un groupe armé qui fait perdre à une personne civile son statut et son immunité contre les attaques directes, jusqu'à ce qu'elle abandonne définitivement cette fonction[164]. Or comme

[164] AIVO (G), *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux : étude critique de droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 294.

le reconnait le CICR lui-même dans son guide interprétatif, cette fonction « consiste à savoir si une personne assume, pour le GANE, une fonction continue impliquant sa participation directe aux hostilités. Cette fonction de combat continue n'implique pas *de jure* le droit de prétendre au privilège de combattant. Elle établit plutôt une distinction entre, d'une part, les membres des forces combattantes organisées d'une partie non étatique et, d'autre part, les civils qui participent directement aux hostilités de manière purement spontanée, sporadique ou non organisée, ou qui assument des fonctions exclusivement non combattantes, par exemple de caractère politique »[165].

Ainsi pour le CICR, il faut distinguer d'un côté, les civils qui ne participent à aucune activité hostile, ceux-ci gardent leur immunité intacte. De l'autre, les civils qui prennent part épisodiquement aux hostilités perdent cette immunité contre les attaques pendant toute la durée de cette participation. Enfin ceux qui exercent une fonction de combat continue eux perdent leur immunité aussi longtemps qu'ils exercent une telle activité. Durant les réunions d'experts, l'opinion qui a prévalu est que des personnes cessent d'être des civils au sens du DIH aussi longtemps qu'elles assument de manière continue une fonction impliquant une participation directe aux hostilités (« fonction de combat continue ») pour un groupe armé organisé appartenant à une partie à un CANI. Or il faut savoir qu'il n'existe pas d'acte formalisant le début et la fin de cette fonction sauf peut-être en cas de blessure ou de capture. Dès lors il est matériellement très difficile voire impossible de distinguer parmi les civils ceux qui exercent une fonction de combat continue des autres qui participent spontanément ou sporadiquement aux hostilités. Et sur ce point le CICR est resté muet.

Le deuxième flou vient de certaines barrières qui ne sont pas hermétiquement délimitées. En effet le guide interprétatif semble porter une grande incohérence. En même temps qu'il donne une grande importance à la fonction continue de combat, le CICR classe le recrutement et la formation dans la catégorie des actes de participation indirecte aux hostilités, maintenant ainsi l'immunité aux civils

[165] *Guide interprétatif du CICR*, *Op. Cit*., p. 35.

pendant cette période. Sauf lorsqu'ils sont recrutés et formés pour la commission d'actes spécifiques[166].

Or la fonction de combat continue n'est pas spécifiquement liée à des actes bien déterminés à l'avance. Une fois qu'un civil exerce cette fonction il est susceptible de commettre une multitudes d'actes qui ne peuvent être préalablement déterminés à l'avance lors de son recrutement. Ainsi, la formation militaire de recrues durant le conflit armé peut être qualifiée de participation directe aux hostilités. Cette qualification parait justifiée, car les personnes militairement entraînées en période de conflit armé sont destinées à combattre un ennemi, ce qui établit alors le lien de belligérance. De même ils sont disposés à lui infliger des dommages matériels et des pertes en vie humaines prouvant ainsi le seuil de nuisance, toutes deux constitutives alors de la participation directe aux hostilités. Sans cette formation militaire, la partie belligérante concernée ne peut pas disposer d'assez de forces pour combattre et encore moins pour le faire efficacement. Nous pensons que la formation militaire a un effet direct sur les hostilités et doit donc être un acte de participation directe aux hostilités. Nous pensons même que le recrutement suivi d'une formation militaire doit être le premier indice à rechercher pour l'établissement des faits constitutifs de la fonction continue de combat. Ainsi, à l'instar de chacun des actes constitutifs de la participation directe aux hostilités, l'enrôlement et la formation militaire doivent exposer leur bénéficiaire à des attaques directes. Il ne peut en être autrement car dans le cadre d'un conflit armé, recruter et former des civils au maniement des armes, les faire participer à des actes spécifiquement de nature militaire implique forcément qu'ils sont prédisposés à commettre des actes hostiles ultérieurement.

Or le CICR s'est refusé à inclure dans les actes constitutifs de la participation directe, ceux des actes indispensables à l'exercice de la fonction continue de combat comme le recrutement et la formation. De même qu'il a décidé d'éluder complètement la question des enfants-soldats, phénomène qui faisait encore la

[166] *Guide interprétatif du CICR*, *Op. Cit*., p. 56.

une de l'actualité lors des travaux ayant conduit à l'élaboration du Guide interprétatif.

B L'épineuse question des enfants-soldats

La problématique des enfants-soldats a, d'abord, été quasiment ignorée en 1949 dans les CG avant d'être, ensuite, prise en compte en 1977 par les PA pour être, enfin, abordée en profondeur à partir des années 90, période d'apogée de ce phénomène, du fait des conflits armés notamment en Afrique[167]. A l'heure actuelle, la question des enfants-soldats n'est plus taboue aussi bien pour le DIH que par le DIDH. Néanmoins, la multiplicité des sources de ces deux branches du droit international ajoute une certaine confusion relative à l'âge minimum des enfants-soldats (1). Cette participation des enfants aux hostilités soulève aussi la question de l'application du principe de distinction à cette catégorie particulière de combattants (2).

1 Les incertitudes quant à l'âge des enfants-soldats

Après une longue période de silence face à ce phénomène pourtant connu, le DIH et le DIDH ont décidé de se saisir de la question de l'enfant-soldat sans pour autant dissiper tous les doutes. L'utilisation d'enfants-soldats est une réalité presque universelle. En effet non seulement les GANE mais aussi les Etats, et non des moindres, les utilisent aussi bien en Afrique que dans le reste du monde[168].

Jusqu'à l'adoption des Protocoles Additionnels en 1977, le DIH est resté elliptique sur la question pour plusieurs raisons. D'une part lors des négociations des CG

[167] Les conflits Libérien, Sierra Léonais ont remis à jour le phénomène des enfants-soldats avant que les tristement célèbres « kadogos », qui veut dire enfants-soldats en swahili, ne viennent leur offrir une grande exposition lors des différents conflits qui ensanglantent la région des Grands Lacs dans l'Est de l'Afrique depuis le milieu des années 90.

[168] Certains auteurs, comme JEZEQUEL (J-H), in « Les enfants-soldats d'Afrique, un phénomène singulier ? Sur la nécessité d'un regard historique », *Vingtième siècle. Revue d'histoire, N° 89*, janvier 2006, pp. 99-108, spécialement aux pp. 101-103 ; ou MAYSTRE (M), *Les enfants soldats et le droit international : Problématiques contemporaines au regard du DIH et du Droit international pénal*, Pédone, Paris, 2010, p. 22, reconnaissent que malgré sa généralisation, ces dernières années sur le continent africain, ce phénomène n'est pas spécifiquement « le mal africain » comme le laisse penser MALAGARDIS (M) dans *Libération* du 20/06/2001, p. 8. Pour aller plus loin sur le sujet voir https://www.icrc.org/fr/document/recrutement-et-utilisation-des-enfants-dans-les-conflits-armes dernière consultation le 12/12/2017.

l'idée selon laquelle le droit international ne devrait pas s'immiscer dans les rapports entre un Etat et ses nationaux était encore vivace malgré l'ouverture opérée par l'article 3 commun aux CG[169]. D'autre part, lorsqu'ils abordent la question, les CG ne semblent pas porter sur une protection directe des enfants-soldats. Mais l'interdiction de les enrôler, dans un territoire occupé, porte plus sur la protection du principe de fidélité qu'une interdiction pure et simple de leur recrutement ou de leur participation aux hostilités[170]. En effet, cette prohibition n'est pas nouvelle puisque, selon un principe fondamental et universellement reconnu dans le droit de la guerre, il est strictement interdit aux belligérants de forcer des sujets ennemis à prendre les armes contre leur patrie[171].

Il faut attendre l'adoption des PA en 1977 pour une prise en compte de ce phénomène, par l'article 77§2 PA I, en ces termes « Les Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées. Lorsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit

[169] BUGNION (F), « Les enfants soldats, le droit international humanitaire et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant », in *African Journal of International and Comparative Law,* 2000, Vol. 12, n°2, pp. 262-275 ; spécialement à la p. 266.

[170] Article 51 CG IV « La Puissance occupante ne pourra pas astreindre des personnes protégées à Servir dans ses forces armées ou auxiliaires. Toute pression ou propagande tendant à des engagements volontaires est prohibée. Elle ne pourra astreindre au travail des personnes protégées que si elles sont âgées de plus de dix-huit ans ; il ne pourra s'agir toutefois que de travaux nécessaires aux besoins de l'armée d'occupation ou aux services d'intérêt public, à l'alimentation, au logement, à l'habillement, aux transports ou à la santé de la population du pays occupé. Les personnes protégées ne pourront être astreintes à aucun travail qui les obligerait à prendre part à des opérations militaires. La Puissance occupante ne pourra contraindre les personnes protégées à assurer par la force la sécurité des installations où elles exécutent un travail imposé. Le travail ne sera exécuté qu'à l'intérieur du territoire occupé où les personnes dont il s'agit se trouvent. Chaque personne requise sera, dans la mesure du possible, maintenue à son lieu habituel de travail. Le travail sera équitablement rémunéré et proportionné aux capacités physiques et intellectuelles des travailleurs. La législation en vigueur dans le pays occupé concernant les conditions de travail et les mesures de protection, notamment en ce qui concerne le salaire, la durée du travail, l'équipement, la formation préalable et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, sera applicable aux personnes protégées soumises aux travaux dont il est question au présent article. En tout état de cause, les réquisitions de main-d'œuvre ne pourront jamais aboutir à une mobilisation de travailleurs placés sous régime militaire ou semi-militaire ».

[171] Voir Art. 23-2 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et annexé à la Convention IV de La Haye du 18/10/1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et qui dispose « il est également interdit à un belligérant de forcer les nationaux de la partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même dans les cas où ils auraient été à son service avant le commencement de la guerre ».

s'efforceront de donner la priorité aux plus âgées (…) ». Le PA II quant à lui dispose en son article 4§3-c que « les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou les groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités ». Ces deux instruments interdisent le recrutement des enfants de moins de quinze ans. Ainsi l'âge minimum pour être membre des forces armées étatiques ou d'un GANE est de quinze ans. A se conformer aux PA de 1977, est enfant-soldat toute personne de moins de quinze ans membre des forces armées d'une partie au conflit armé. Cette situation est visiblement en contradiction avec la législation de beaucoup de pays dans lesquels la majorité est acquise à dix-huit ans révolus sauf survenance d'une situation, comme le mariage, qui fait basculer la personne dans l'âge adulte[172]. C'est pour essayer de corriger cette contradiction que les instruments du DIDH sont venus à la rescousse de ceux du DIH en essayant de rehausser l'âge minimum de quinze à dix-huit ans.

D'abord la convention sur le droit des enfants de 1989 (ci-après CIDE) a marqué un tournant décisif avant que les instruments instituant les Tribunaux Pénaux Internationaux ne viennent parachever cette construction sans clore le débat. Ainsi pour les articles 8§2-e vii du Statut de la CPI et 4 c du TSSL[173], qui partagent la même définition de l'enfant soldat, la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans les forces armées nationales ou dans des groupes armés ou le fait de les faire participer activement à des hostilités est un crime de guerre dans les CANI.

Cependant les incertitudes relatives à l'âge persistent après que la Convention N° 182 de l'OIT ait défini, comme l'une des pires formes de travail forcé, le recrutement des enfants de moins de dix-huit ans en tant que soldats. De même le Protocole additionnel à la CIDE opère une distinction incompréhensible entre les parties en érigeant des obligations distinctes pour les parties étatiques et les

[172] Selon l'article 1er CIDE, « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plut tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable ».

[173] Le silence du TPIY et du TPIR, qui n'ont fait aucune mention expresse des crimes d'enrôlement et de participation d'enfants-soldats ni dans leurs statuts ni dans leur jugements, peut s'expliquer par le fait que d'une part, le sort des enfants était lié à celui des personnes civiles en général et que donc ils sont indirectement pris en compte. D'autre part, les conflits relavant de ces deux juridictions n'ont pas été le théâtre d'une forte participant des enfants-soldats aux hostilités contrairement à ceux relevant du TSSL ou pouvant relever de la CPI.

entités non étatiques. En effet, les articles 1, 2 et 3 d'une part et l'article 4 de l'autre entretiennent les incertitudes. D'un côté, par le biais de l'article 1 Protocole Facultatif à la CIDE, les parties étatiques sont soumises à une simple obligation de moyen en ce qui concerne la participation directe aux hostilités en leur demandant de prendre « toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les membres de leurs forces armées qui n'ont pas atteint l'âge de dix-huit ans ne participent pas directement aux hostilités ». Dans le même temps l'article 4, qui concerne exclusivement les parties non étatiques, interdit à celles-ci en toute circonstance d'enrôler et d'utiliser dans les hostilités les enfants âgés de moins de dix-huit ans[174]. Cette modulation des obligations était déjà perceptible lors de l'adoption du PA I. En effet son article 77§2 PA I comporte une obligation de résultat en interdisant le recrutement des enfants de moins de quinze ans et une obligation de moyen en demandant aux parties de prendre toutes les mesures possibles pour que les enfants ne participent pas directement aux hostilités[175]. Autrement dit, les parties au PA I ont, d'une part, une interdiction absolue de recruter des enfants de moins de quinze dans leurs forces armées et, d'autre part, ils doivent faire le nécessaire pour éviter de faire participer directement aux hostilités les enfants de plus de quinze mais de moins de dix-huit ans. Cet équilibre a été obtenu au prix d'une édulcoration du projet initial du CICR[176].

Mais, paradoxalement, et contrairement au PA I, le PA II lui impose des obligations beaucoup plus strictes. En effet son article 4§3-c dispose que « les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou les groupes

[174] L'art. 4 PFCDE pose deux problèmes particuliers sur lesquels nous reviendrons plus en détail *infra*. Pour l'heure nous les énumérons brièvement. D'une part, le PFCDE étant une convention du DIDH, il est paradoxal qu'il impose des obligations directement à une partie non étatique car elle est censée ne s'adresser qu'aux Etats. D'autre part, en imposant des obligations plus contraignantes à la partie non étatique et sans même mentionner la partie étatique, le protocole facultatif rompt le principe de l'égalité des belligérants devant le *jus in bello*.

[175] CUMIN (D), *Le droit de la guerre : Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, Vol. 2, *Op. Cit*. p. 633.

[176] Du projet initial du CICR, a disparu l'obligation de refuser l'engagement volontaire en laissant cependant l'interdiction de participation directe aux hostilités. Donc des actes qui par leur nature et leur but sont destinés à frapper concrètement le personnel ou le matériel des forces adverses. Mais demeure la participation indirecte. De même seules les mesures possibles dans la pratique, et non les mesures nécessaires, doivent être prises. Aussi le recrutement et l'utilisation d'enfants de moins de 18 ans ne sont pas prohibés. Enfin, la violation des dispositions de l'art. 77§2 PA I ne figure pas dans la liste des infractions graves établies à l'art. 85.

armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités ». Cet article contient donc deux obligations de résultat par ses interdictions de recrutement et de faire participer directement ou indirectement aux hostilités les enfants de moins de quinze ans.

L'objectif du Protocole additionnel à la CIDE de combler les lacunes de l'article 38[177] CIDE en imposant le seuil des dix-huit ans n'a été atteint qu'en partie. Ce protocole a maintenu les germes néfastes détectés dans la CIDE, notamment par la persistance de l'expression « mesures possibles », maintenant ainsi l'obligation de moyen. Il parait excessivement complaisant à l'égard de la partie étatique alors qu'il se drape dans une incompréhensible rigueur vis-à-vis de la partie non étatique[178]. Or toutes les concessions ont été faites aux premières pour favoriser une bonne exécution de leurs obligations[179].

Face à ces différences de traitement entre les belligérants et aussi au flottement au niveau de l'âge, la doctrine a essayé d'apporter des précisions. C'est ainsi qu'elle définit comme enfant-soldat « toute personne âgée de moins de 18 ans, quel que soit son sexe, faisant ou ayant fait partie, régulièrement ou occasionnellement, de tout type de force armée ou groupe armé, réguliers ou irréguliers, quelle que soit sa fonction et indépendamment du fait de porter des armes, qu'il existe ou non un conflit armé. Cette notion comprend notamment, mais sans y être limitée, les cuisiniers, porteurs, espions et messagers mais aussi les filles recrutées à des fins sexuelles ou en vue de mariages forcés. Elle ne se limite donc pas aux enfants qui portent des armes ou participent activement aux hostilités »[180].

Cette définition semble aller au-delà des deux termes, fréquemment utilisés, que sont le recrutement et la participation aux hostilités. Elle permet donc de prendre en compte l'ensemble du phénomène dans sa globalité en ciblant tous les activités

[177] Sur les insuffisances de l'article 38 CDE cf. KRILL (F) in « convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant : art. 38 sur les enfants dans les conflits armés contesté », *Diffusion*, N° 12, août 1989, pp. 11-12, DEYRA (M), *Le droit dans la guerre*, *Op. Cit*., p. 44-46.

[178]L'art. 4 ne laisse pas le choix aux parties non étatiques par le caractère impératif des injonctions qu'il leur impose.

[179] Le PFCDE procédant à une différenciation entre le régime du recrutement obligatoire et celui volontaire, il affirme la nécessité d'élever également l'âge de l'engagement volontaire à 18 ans et il impose aux Etats qui autorisent l'engagement volontaire avant cet âge de mettre en place des garanties or dans le même temps une exception est déjà prévue par le biais des écoles militaires.

[180] MAYSTRE (M), *Les enfants soldats et le droit international : Problématiques contemporaines au regard du DIH et du Droit international pénal*, Pédone, Paris, 2010, pp 34-35.

auxquelles peuvent être astreints les enfants-soldats. Comme le résume parfaitement CUMIN (D), « (…) Sur le fond, les textes font référence à la conscription, au recrutement ou à l'enrôlement sous les drapeaux, à l'utilisation, à la participation ou à la participation directe montrant ainsi que l'emploi d'enfants est interdit non seulement dans les unités de combat stricto sensu, mais dans toute la collectivité combattante (…) »[181].

Maintenant il est communément admis une définition large de l'enfant-soldat, encore appelé « enfant associé aux forces ou groupes armés » et qui se définit comme « toute personne âgée de moins de dix-huit ans utilisée par une force ou groupe armé régulier ou irrégulier, quelle que soit la fonction qu'elle exerce, notamment mais pas exclusivement celle de cuisinier, porteur, messager et toute personne accompagnant de tels groupes qui n'est pas membre de leur famille. Cette définition englobe les filles utilisées à des fins sexuelles et pour des mariages forcés. Elle ne concerne donc pas uniquement les enfants qui sont armés ou qui portent des armes »[182].

Désormais cette nouvelle définition globalisante du phénomène des enfants-soldats permet d'avoir une plus grande vision de leur participation directe aux hostilités.

---

[181] CUMIN (D), Le droit de la guerre : Traité sur l'emploi de la force armée en droit international, Vol. II, L'Harmattan, Paris, 2015, pp 637-638.

[182] *Principes de Cap adoptés,* au Symposium des 27-30/4/1997, à Cap Town en Afrique du Sud. De même *Les Principes de Paris, Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés,* de février 2007 reprennent quasiment la même définition « Un enfant associé à une force armée ou à un groupe armé est toute personne âgée de moins de 18 ans qui est ou a été recrutée ou employée par une force ou un groupe armé, quelle que soit la fonction qu'elle y exerce. Il peut s'agir, notamment, mais pas exclusivement, d'enfants, filles ou garçons, utilisés comme combattants, cuisiniers, porteurs, messagers, espions ou à des fins sexuelles. Le terme ne désigne pas seulement un enfant qui participe ou a participé directement à des hostilités ». Le CICR utilise également cette définition voir https://www.icrc.org/fr/publication/0824-enfants-associes-aux-forces-armees-ou-aux-groupes-armes. Dernière consultation le 12/09/2017. Ces principes, élaborés lors de colloques organisés par l'UNICEF, ne sont pas juridiquement contraignants même s'ils sont acceptés par beaucoup d'organismes internationaux qui s'en inspirent comme la Banque Mondiale et plusieurs organisme des Nations Unies. Voir sur ce point, LARRALDE (J-M), « Les réponses du droit international à la question des enfants soldats », In *CRDF*, n°5, 2006, pp. 65-78, plus précisément P.65.

2 L'application du principe de distinction aux enfants-soldats

Il faut se rendre à l'évidence l'utilisation des enfants-soldats pour prendre part aux hostilités présente plusieurs avantages[183] les rendant, malheureusement, particulièrement attractifs pour les seigneurs de guerre, et ce malgré toutes les interdictions dans les différentes conventions internationales. Ils sont considérés comme de parfaits soldats, taillables et corvéables à merci. Une fois endoctrinés et souvent drogués, ils n'ont plus peur ni de la mort ni de l'ennemi. Ils sont prêts à prendre des risques inconsidérés, à commettre les pires crimes sans se poser de question et n'ont aucune notion de DIH ou de DIDH. La fougue, la naïveté et l'insouciance de leur jeune âge sont aussi mis au service exclusif de l'accomplissement des intérêts des seigneurs de guerre qui les exploitent.

Au-delà de toutes les considérations d'ordre moral, une fois que les « enfant associé aux forces ou groupes armés » prennent part directement aux hostilités, la barrière protectrice liée à leur âge n'est plus la grille de lecture privilégiée. Il est, dès lors, impérieux de procéder à des distinctions parmi les éléments composants la galaxie des EAFGA. Ainsi, parmi ces derniers, ceux qui ont des tâches n'ayant aucun rapport direct avec la conduite des hostilités doivent évidemment être épargnés et protégés de la façon la plus absolue car ils bénéficient non seulement de la protection due à leur statut de civil mais aussi et surtout celle relative à leur âge. A l'égard de ceux-là le principe de distinction doit jouer au maximum.

Mais pour ceux qui prennent une part active aux hostilités, hélas ils deviennent des cibles militaires légitimes donc susceptibles d'être attaqués à titre principal lors des opérations. Conformément au primat général des nécessités militaires sur les exigences humanitaires, l'enfant-soldat est d'abord un combattant, car il est

[183] BARRY (A.M.), « Ce sont des jeunes à qui on a dit qu'ils seront riches, qu'ils auront une voiture ou une maison. Alors, ils se battent pour piller. Les chefs de guerre les contrôlent en les rémunérant ou en leur garantissant un butin au terme de la bataille. Ces jeunes sont également tenus par la drogue dont ils font un usage assez systématique et qui leur permet de combattre seuls dans des conditions très inégales et avec des pertes extrêmement importantes sans jamais reculer », *Guerres et trafics d'armes en Afrique. Approche géostratégique,* L'Harmattan, Paris, Septembre 2006, p. 161.

permis de l'attaquer, fût-ce en usant de précautions plus grande pour préférer sa capture à son décès[184].

Contrairement aux dispositions applicables aux adultes soldats, celles concernant les enfants-soldats évoquent expressément « la participation active »[185]. Il ressort des travaux préparatoires du statut de la CPI que la participation active est plus large que la participation directe aux hostilités[186].

Sous cet angle, la participation active inclut aussi la participation directe comprenant ainsi l'ensemble des activités armées en lien avec le conflit armé qui visent le personnel ou le matériel d'une des parties telles que les déploiements militaires sur le front, la participation aux hostilités armées offensives ou défensives contre les forces ennemies. Ainsi la participation active comporte non seulement la participation directe aux hostilités mais aussi les activités non armées qui ont un lien avec le conflit, telles que le fait d'utiliser les enfants comme espions, messagers leurres....

Dans sa décision de confirmation des charges dans l'affaire *LUBANGA*, la CPI corrobore cette analyse en précisant que « le fait de participer activement à des

[184] CUMIN (D), *Le droit de la guerre : Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, Vol. 2, *Op. Cit*., pp. 638-639. Par ailleurs il faut aussi noter qu'ils sont plus influençables et plus obéissants qu'un adulte soldat. Aussi au plan physique ils sont plus agiles et furtifs dans les mouvements et peuvent donc plus facilement se mouvoir sur le front. De plus au plan psychologique, ils craignent moins le danger inhérent aux hostilités et aussi ont moins de remords du fait que leur jeune âge ne leur permettent pas d'avoir un grand recul par rapport aux évènements. Enfin, sur le plan pécuniaire, ils réclament moins.

[185] Art. 8§2-b (xxvi) CPI « Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de Moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités » ; 8§2-e (vii) CPI « Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités » et 4c TSSL « c) Recrutement et enrôlement d'enfants âgés de moins de 15 ans dans des forces ou groupes armés en vue de les faire participer activement aux hostilités ».

[186] Projet de Statut de la Cour criminelle internationale, addendum du rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour internationale, UN Doc. A/CONF. 183/2Add.1, p. 21. Ainsi dans le projet, les mots utilisation et participation sont employés de manière à couvrir à la fois la participation direct au combat et la participation active à des activités en rapport avec le combat telles que la reconnaissance l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres, comme messagers, ou aux postes de contrôle militaire. Ne sont pas visées les activités manifestement sans rapport avec les hostilités comme la livraison de denrées alimentaires à une base aérienne ou l'emploi de personnel domestique dans les quartiers réservés aux officiers mariés. En revanche, l'emploi d'enfants comme porteurs pour approvisionner le front ou à toutes autres activités sur le front est couvert par la terminologie.

hostilités signifie non seulement une participation directe aux hostilités, c'est à dire aux combats, mais couvre également le fait de participer activement à des activités en rapport avec les combats, telles que la reconnaissance, l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres ou comme messagers ou encore, leur utilisations aux postes de contrôle militaire. La chambre décide que les articles 8§2-b xxvi et 8§2-e-vii sont applicables dans les cas de l'emploi d'enfants pour garder des objectifs militaires tels que les quartiers militaires des différentes unités des parties au conflits, ou pour protéger l'intégrité physique des commandants militaires en tant que garde du corps »[187].

Cette interprétation large de l'activité des enfant associé aux forces ou groupes armés doit néanmoins être replacée dans son contexte au risque de laisser penser que tous ceux participent activement aux hostilités peuvent être des cibles militaires légitimes. Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés exige expressément des gouvernements qu'ils prennent des mesures pour veiller à ce que les anciens enfants associés à des forces armées ou à des groupes armés soient démobilisés et assurer leur réadaptation et réinsertion sociale. Les Principes et Engagements de Paris préconisent aussi la mise en place de programmes de réinsertion, qu'un processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion soit engagé ou non. Or le plus souvent seuls les enfant associé aux forces ou groupes armés ayant pris part directement aux hostilités bénéficient de ces mesures dans le cadre des programmes de démobilisation, désarmement réinsertion (ci-après DDR). Le rôle des autres enfants étant souvent minimisé dans le but de ne peut leur accorder le bénéfice de ces mesures. C'est donc dans ce sens que nous accueillons la conception large de cette notion et non dans le but d'exposer tous ces mineurs, aux affres des attaques directes.

[187] CPI, Chambre Préliminaire I, *Procureur c/ Thomas LUBANGA DYILO*, Décision de confirmation des charges, 01/04-01/06 du 29/01/2007 §§ 261-263. La Chambre de Première instance a confirmé la culpabilité de l'accusé en qualité de co-auteur, des crimes de guerre consistant en l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de 15 ans dans la Force patriotique pour la libération du Congo (FPLC), et les faire participer activement à des hostilités, dans le cadre d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international du 1er septembre 2002 au 13 août 2003. *Le Procureur C/ Thomas LUBANGA DYILO*, ICC-01/04-01/06, 14/03/2012,

Section 2 Les implications de l'identification des membres du groupe armé non étatique

Dans un CANI, à part ceux qui ont décidé de se distinguer de la population civile en portant des signes distinctifs d'appartenance à l'un des belligérants, la conduite des autres personnes est appréciée à l'aune de leur participation directe ou non aux hostilités. Or les dispositions du DIH régissant les CANI présentent un paradoxe. En effet elles assimilent tous les belligérants à des civils sauf lorsqu'ils participent directement aux hostilités. Il en est ainsi même lorsque des insurgés affrontent des forces gouvernementales car cela qui crée des ambigüités notamment du fait que le statut des forces armées gouvernementales est maintenu même dans le cadre d'un CANI[188]. Cette situation traduit toute la méfiance à l'égard du droit des CANI[189].

Paragraphe 1 L'absence de statut juridique pour les combattants du GANE

Contrairement aux CAI, les CANI n'offrent donc pas de statut de combattant aux personnes qui participent aux hostilités. Ce refus semble viser principalement les membres du GANE. Cela implique surtout qu'ils peuvent être poursuivis pour les actes d'hostilité qu'ils commettent même lorsque ceux-ci sont conformes au DIH. Ils se retrouvent ainsi dans une situation de précarité juridique (A) qui cadre mal

[188] En qualifiant tous les belligérants dans un CANI, de civils le DIH porte non seulement une grande lacune mais surtout un terrible paradoxe. En effet même les forces armées étatiques sont assimilées à des civiles en méconnaissance de leur statut juridique que les distingue formellement de ceux-ci. Ils sont considérés comme des combattants par nature et selon le droit coutumier et conventionnel, leur statut ne découle pas de leur participation à un conflit armé déterminé, mais de leur appartenance aux forces armées étatiques. Voir HENCKAERTS (J-M) et DOSWALD-BECK (L), *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I : Règles, pp. 15-23.

[189] Selon l'analyse du CICR, et si l'on tient compte des critères d'application du DIH, il y a eu en 2011 pas moins de 48 conflits armes non internationaux. Certains ont cours depuis des décennies (en Afghanistan, Colombie, RDC, Philippines et Somalie, par exemple), d'autres sont nouveaux (RCI et Libye, par exemple). La tendance est plutôt actuellement à l'internationalisation des conflits internes. On peut citer les conflits en Syrie, au Yémen, Libye ou en Afghanistan.

avec l'évolution du DIH applicable aux CANI et qui nécessite des améliorations pour une prise en compte réaliste de leur situation (B).

A La précarité juridique du statut des combattants du GANE

En l'état actuel du DIH des CANI, deux réalités, concourant à la même finalité, bloquent toute attribution du statut de combattant aux membres des GANE qui participent directement aux hostilités.

D'une part, dans tous les États, le droit national interdit à quiconque, à l'exception des organes étatiques agissant en cette qualité, d'entrer en conflit armé contre qui que ce soit. Le monopole de l'usage de la force étant une prérogative régalienne de l'Etat.

D'autre part, le DIH n'oblige pas les États à adopter des législations internes traitant les membres des forces rebelles et ceux des forces gouvernementales sur un pied d'égalité. Dans les législations nationales, gouvernements et groupes armés sont profondément inégaux – et ces législations ne contreviennent pas au DIH. Cette inégalité intrinsèque des belligérants dans les CANI permet-elle néanmoins une égale application du droit des conflits armés en vue d'un traitement égal ? La réponse est *a priori* non. En effet, la distinction entre le droit de la guerre sophistiqué qui encadre les guerres interétatiques et les règles rudimentaires qui gouvernent les CANI « était clairement axée sur la souveraineté de l'État »[190]. Il est donc logique que ceux qui se battent pour les forces armées étatiques soient mieux traités que ceux qui défient l'autorité étatique. Toute cette situation traduit la crainte des Etats de légitimer les mouvements insurrectionnels, auxquels ils sont confrontés, en leur accordant le statut de combattant. Les Etats préfèrent les priver d'un tel statut et ainsi les exposer à toutes les rigueurs de la loi nationale extrêmement sévère en de telles situations.

[190] TPIY, *Le Procureur* c/ *Dusko Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, T-94-1-AR72, jugement, 2/10/1995, §. 96.

Cette primauté étatique ne risque pas d'être remise en cause car elle demeure encore la clé de voûte d'un système international fait par eux et pour eux et qui tend, dans une large mesure, à protéger leur souveraineté. Dès lors il n'est pas étonnant qu'ils mettent dans la balance tout le poids de celle-ci pour refuser toute reconnaissance d'un statut de combattant aux membres du GANE qui prennent part directement aux hostilités[191]. Du temps de la reconnaissance de belligérance, ce sont les Etats qui, par son biais, ouvrent la voie à l'attribution de la qualité de combattants aux membres de la partie insurgée. Cette reconnaissance de belligérance traduisant ainsi parfaitement la supériorité politique et juridique du gouvernement établi vis-à-vis des groupes rebelles, et est aussi caractéristique de l'exercice de la souveraineté de l'État en conflit. Ainsi, l'adoption de l'article 3 Commun aux CG, accueillie comme une révolution consacrant la perte de contrôle étatique sur le pouvoir de qualification d'une situation, a été compensée par une précarité juridique des combattants de la partie insurgée. Mais il faut se rendre à l'évidence, en effet, malgré le refus d'accorder une protection juridique identique à celle dont bénéficient les combattants des CAI, de peur de porter atteinte à leur souveraineté ou de légitimer un mouvement insurrectionnel, cela n'a pas permis d'empêcher les CANI de prospérer et aussi les civils de prendre part directement aux hostilités. Cette solution est donc un échec total car les deux objectifs recherchés sont absolument hors de portée. Plus grave encore, la plupart des CANI prennent fin parfois par des accords d'amnistie en faveur des combattants insurgés à l'exception de ceux qui se sont rendus coupables de violations graves du DIH et du DIDH.

De même les Etats pensent encore qu'en maintenant les insurgés sous le règne de la loi nationale, beaucoup plus rigoureuse, ils ont trouvé la panacée pour assécher les affluents enrichissant les flots de la contestation qui jaillissent çà et là sur leur territoire. Cette crainte explique l'acceptation du minimum humanitaire dans les

[191] BALMOND (L) « les positions des Etats membres relatives au DIH », in *L'Union européenne et le droit humanitaire* MILLET-DEVALLE (A-S), Pédone, Paris, 2010, 302p. Plus précisément p. 17.

CANI, sans le bénéfice du statut du combattant. Cette situation ne permet ainsi finalement qu'une intrusion minimale du DIH dans la sphère des CANI[192].

L'attribution du statut de combattants aux membres du GANE dans un CANI ouvre la voie au privilège du combattant. Celui-ci interdit de poursuivre les bénéficiaires pour tous les actes d'hostilités qu'ils ont commis s'ils sont conformes au droit des CANI. Autrement dit ils ont le droit de tuer, de blesser ou de capturer les membres des forces armées étatiques sans courir le risque de poursuites pénales de la part des autorités gouvernementales qu'ils combattent. *A contrario*, l'absence du statut de combattant expose tous les combattants de la partie insurgée à toutes les rigueurs de la loi nationale. Ainsi, toutes les fois où ils tuent, blessent, ou capturent des membres des forces armées gouvernementales, ils commettent un homicide, une tentative d'homicide ou une séquestration. Tel est aussi le sens des propos du Professeur CASSESE (A) quand il affirme que dans « les guerres civiles, le gouvernement légitime considère comme un délit très grave l'insurrection armée et les rebelles comme des criminels de droit commun qui ont osé violer les principes les plus sacrés de la constitution. Le gouvernement légal autorise ses propres forces armées à tuer les rebelles, mais ne considère pas ces derniers autorisés à tuer les forces régulières. On a ainsi un grand déséquilibre. D'un côté on a un belligérant qui se considère comme seul légitime à tuer et juge tout meurtre commis par lui comme un acte licite et juste ; de l'autre on a un belligérant qui sait qu'il n'est considéré par la partie adverse que comme criminel de droit commun »[193].

La logique des Etats est donc claire, il n'est pas possible d'admettre et encore moins d'autoriser légalement tout acte de rébellion. Il en est ainsi car il est le seul détenteur du monopole de la violence légitime. Ainsi accorder le statut de combattant qui implique obligatoirement un privilège du combattant, exemptant

[192] Le PAII n'a pas échappé au glaive de la souveraineté des Etats, surtout celui des pays du tiers monde qui ont procédé à un élagage substantiel du projet de PAII. Le caractère elliptique du contenue de l'article 3 et du PAII est marqué du sceau de la méfiance et de la réticence des Etats parties aux conférences diplomatique de 1949 et 1974-1977. Cette méfiance se ressent notamment dans les garanties judiciaires dont bénéficient désormais les insurgés capturés en vertu de ces deux textes.

[193] CASSESE (A), « La guerre civile en droit international », *RGDIP*, 1986, p. 556.

son bénéficiaire de toute poursuite fondée sur les actes d'hostilités conformes au DIH, est impossible. Quoi qu'ils fassent, les membres du GANE ne bénéficient pas de ce statut[194]. Et quels que soient les actes commis par les membres des forces armées étatiques, ils conservent leur statut de combattant avec le privilège qui est son corollaire.

Cependant l'extrémisme de la position étatique est difficilement défendable face à certaines réalités. En effet, le PA I accorde le statut de combattant aux membres de groupes, qui structurellement, sont en tout point identiques à ceux évoluant dans les CANI surtout du PA II. La seule différence réside dans le fait qu'ils sont considérés comme des Etats en devenir car ils défendent une cause élevée qui est légitime. Or il peut arriver que les forces gouvernementales commettent des actes ignobles sans jamais risquer de perdre leur statut comme les membres de l'armée allemande pendant la Seconde Guerre Mondiale, des khmers rouges au Cambodge dans les années 70 ou encore à ceux de l'armée gouvernementale rwandaise pendant le génocide de 1994 alors même que leur participation à ces actes graves est connue de tous. De même il peut être concevable d'attribuer le statut de combattant aux membres d'un GANE qui sans lutter pour l'indépendance d'un territoire défendent néanmoins une cause tout aussi respectable il en est ainsi du FPR au Rwanda lors du génocide de 1994 dont la forte poussée militaire a obligé les génocidaires à écourter leur barbarie pour fuir le territoire en direction de la République Démocratique du Congo, ex-Zaïre. En l'état actuel du droit des conflits armés, « un membre des forces armées régulières ne perd pas son statut de combattant, et donc du statut de prisonnier de guerre, s'il enfreint les règles du droit des conflits armés. Il pourra seulement être pénalement poursuivi pour ces infractions au droit des conflits armés. Il s'agit là d'une disposition à la fois rigoureuse et discriminatoire, dont le sens était d'inciter des personnes sans formation militaire à prendre au sérieux et à appliquer les règles du métier.

[194] Des Etats peuvent certes, être sensibles au fait que les forces armées non étatiques soient davantage encouragées à respecter le DIH, mais ils insistent aussi sur la nécessité de dissuader un groupe d'opposants politiques de prendre les armes et de déclencher un CANI. Voir en ce sens, KREß (C), « La réglementation des conflits armés non internationaux : un privilège de belligérance peut-il être envisagé dans le droit des conflits armés non internationaux ? », *RICR*, Vol. 96 Sélection française 2014 / 1, p. 39.

L'irrégulier, pour être admis comme régulier, doit respecter un seuil d'obligations plus contraignantes, et pour cela montrer « patte blanche », par rapport à celui qui s'expose au sort des armes par métier et ostensiblement »[195]. L'évolution ultérieure a permis de démontrer que le non-respect du droit des conflits armés n'a plus d'incidence sur le droit au statut de prisonnier de guerre car la possibilité de le juger pour violation du droit des conflits armés demeure toujours. Ces violations relèvent même de la compétence pénale universelle ou à celle des tribunaux pénaux internationaux[196].

Le régime juridique des CANI a presque toujours été un régime par défaut, construit dans l'ombre du régime applicable aux CAI. Il est marqué, entre autres, par des craintes souverainistes très spécifiques qui n'ont que peu à voir avec les principes qui ont motivé l'émergence du DIH et qui ont traditionnellement orienté ce régime dans une voie timorée et conservatrice. De toute évidence, nous vivons à une époque où il devient nécessairement urgent de concevoir un régime plus solide pour les CANI. De plus, il est possible que les limites du droit de la guerre dans les CANI ne résultent pas seulement d'une série d'obstacles pratiques ou politiques, mais également à ce que l'on pourrait appeler des échecs de l'imagination juridique[197]. Nous pensons qu'il faut dès lors trouver des moyens d'inciter à la fois les États, mal disposés à l'égard des groupes armés soupçonnés de contester leurs prérogatives souveraines, et les GANE, peu familiers des us et des valeurs du droit international, à atteindre un certain équilibre et ainsi ouvrir la voie à l'érection d'un droit spécifique à ce type de conflit et qui puisse tenir compte des spécificités de chacun des belligérants.

---

[195] KOLB (R), *Jus in Bello, le Droit International des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 2009, p. 327.

[196] Ibid., pp. 330-332.

[197] MEGRET (F), *RICR*, Vol. 96, Sélection française 2014 / 1, pp. 45-46. Dans cet article, il est question de la proposition d'accorder un privilège de belligérance aux groupes armés non étatiques dans les conflits armés non internationaux. L'article exprime un scepticisme par rapport à l'idée selon laquelle le privilège de belligérance serait par nature une question humanitaire. Ses aspects profondément problématiques à la fois du point de vue du droit des droits de l'homme et du jus ad bellum sont au contraire soulignés. Il est soutenu également que la manière dont le privilège de belligérance motiverait les rebelles à mieux se conformer au droit international humanitaire reste peu claire. À tout le moins, l'octroi d'un privilège de belligérance à des groupes armés non étatiques devrait récompenser un bon comportement humanitaire bien plus qu'il ne devrait être consenti *ipso facto*.

B La nécessité d'un statut pour les membres du GANE

Les membres du GANE participant directement aux hostilités ne bénéficient pas du statut de combattant dans le cadre d'un CANI et ce même en cas d'application du PAII. Pratiquement, depuis l'adoption des CG et par la suite de leur PA, les débats pour l'attribution de ce statut n'ont jamais cessé. Entre le refus de tout statut et l'impossibilité d'accorder une protection identique, à tout point, à celle des membres des forces armées étatiques, nous pensons qu'une voie intermédiaire existe. Notre apport vise ainsi à remédier à cette situation en deux étapes. Dans un premier temps, nous délimiterons les contours du cadre (1) qui, lorsqu'ils sont précisés, doivent, par la suite, ouvrir la voie à l'attribution du statut de combattants aux membres du GANE qui participent directement aux hostilités (2). Pour nous, **le** privilège du combattant doit être réservé aux combattants *bona fide* et non pas à des entrepreneurs de la violence qui, malgré leurs treillis militaires, ne peuvent pas, et d'ailleurs n'ont jamais cherché à se comporter comme de véritables combattants.

1 Les contours du cadre d'action

Dans le cadre de notre analyse, les conditions d'application du PA II sont évoquées pour délimiter le champ d'application du statut à conférer aux combattants du GANE.

Ainsi, la première condition est que le conflit doit nécessairement être sous le régime du PAII. En effet pour ne pas galvauder ce statut, nous pensons qu'un conflit relevant du PA II est le minimum requis, indispensable, pour pouvoir accorder le privilège du combattant aux membres du GANE prenant part directement aux hostilités. Deux conditions fondent cette exigence.

D'une part, pour arriver à provoquer l'application de ce protocole, le GANE doit être assez organisé pour déclencher un conflit soutenu contre des forces gouvernementales disposant déjà du statut de combattant.

Et d'autre part, cette organisation implique un minimum d'identification des membres du GANE pour que l'attribution du statut ne constitue pas un appel d'air

pour des aspirants combattants de tout acabit. Ainsi, nous pensons qu'elle peut constituer un gage en faveur d'un plus grand respect du principe de distinction par le GANE. Il peut ainsi être envisagé comme un levier incitatif pour faire respecter le DIH en récompensant les GANE qui sont non seulement capables de mettre en œuvre le DIH mais aussi ayant démontré par leurs actes qu'ils entendent le faire. Une formule appropriée peut être trouvée pour décrire le niveau attendu de respect du droit des conflits armés par les insurgés. Le seuil peut être placé assez haut et inclure des éléments tangibles d'une pratique durable. Pour les groupes ayant déjà décidé de s'engager dans un conflit armé, la promesse d'un statut de combattant peut probablement constituer un geste significatif pour contribuer au respect des normes internationales.

A l'instar des Etats, l'on peut objectivement avoir de bonnes raisons d'être méfiant à l'égard d'une large attribution du statut de combattant aux membres des GANE. L'argument ici pourrait être que certains combattants des GANE qui ont systématiquement violé le DIH, particulièrement à l'encontre des civils, ne sont pas en réalité engagés dans un conflit armé mais bien plutôt dans des opérations de terrorisme ou des crimes contre l'humanité. Il n'y a donc aucune raison pour qu'ils bénéficient de ce statut qui a été conçu pour un tout autre type d'activités.

Par conséquent, une formation en DIH et DIDH doit être nécessairement requise pour éviter de telles dérives. Cette exigence, qui constitue la seconde articulation de notre proposition, est le noyau central de notre démonstration car pour se conformer aux dispositions applicables, leur connaissance est indispensable. Certes cette obligation n'est pas expressément imposée aux forces armées étatiques, mais l'on peut, implicitement, la déduire de l'article 1er commun aux CG par lequel « Les Hautes parties contractantes s' engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ». On peut s'interroger sur l'utilité d'une telle exigence vis-à-vis des insurgés lorsqu'on connait la propension de certains groupes à nier les prescriptions fondamentales du DIH et du DIDH. De même, quoiqu'il arrive, la formation militaire peut être donnée simultanément avec celle sur le DIDH et le DIH. Lorsqu'on regarde la réalité sur le terrain, il apparaît que la plupart des groupes armés sont perçus, à tort ou à raison,

comme ignorant le DIH dans les deux sens du terme, c'est-à-dire comme ne le connaissant pas et comme menant délibérément les hostilités de manière contraire à ses principes fondamentaux, notamment le principe de distinction. De nombreux GANE considèrent en effet que leur seule chance de vaincre des forces gouvernementales nettement supérieures d'un point de vue militaire et technologique est de s'attaquer à des « cibles faciles », autrement dit aux civils et au moral de la population civile, dans l'espoir que cette dernière cesse de soutenir le gouvernement. Or de tels actes sont contraires aux règles élémentaires du DIH et du DIDH.

Cependant, tous les GANE ne se comportent pas de la sorte. En effet, il existe plusieurs exemples de ces groupes ayant mené des hostilités comme des forces armées gouvernementales sans avoir bénéficié des avantages escomptés.[198] Matériellement, s'agissant du statut des combattants de la partie insurgée, il n'existe aucune différence entre les conflits régis par l'article 3 commun aux CG et ceux soumis au PA II alors même qu'ils répondent à des exigences bien distinctes. C'est dans cette optique que nous voulons préciser les contours du statut que nous préconisons.

2 Les contours du statut à accorder aux membres du GANE

La gestation du PA II demeure un processus inabouti aussi longtemps que son entrée en vigueur n'entraine pas l'attribution d'un statut aux membres du GANE qui prennent part directement aux hostilités sous son régime. En effet quel que soit le niveau d'avancement des développements juridiques, il n'est plus possible de nier le fait que le droit international des CANI a connu un remarquable processus d'assimilation à celui régissant les CAI, notamment dans le domaine particulièrement sensible de la conduite des hostilités. Cette situation a contribué à rouvrir le débat doctrinal sur la question de savoir s'il n'est pas aujourd'hui plus

[198] Pendant les conflits en Colombie et au Sri Lanka, les FARC et les Tigres de libération de l'Élam tamoul se sont battus en se distinguant des populations civiles par le port de signes distinctifs et reconnaissables à distance et en ayant conquis et administré pendant de longues années des régions entières de la Colombie et du Sri Lanka.

que temps d'accorder aux combattants non étatiques un privilège du combattant équivalent à celui accordé aux soldats des deux camps dans un CAI[199]. Ainsi une fois que les conditions énumérées, dans nos développements précédents, sont remplies, nous prônons la mise en œuvre d'un statut juridique à destination de ces combattants. Celui-ci doit pouvoir permettre de faire une nette distinction entre la précarité des combattants des conflits soumis à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et ceux soumis au Protocole Additionnel II.

D'abord, l'attribution de ce privilège ne vise qu'à faire obstacle à toute poursuite fondée sur la participation directe aux hostilités conformément aux dispositions du DIH applicables en de telles situations. Si un tel changement se produit aujourd'hui, ceux des rebelles qui se conforment au droit des CANI échapperont aux lois nationales applicables en cas d'insurrection[200]. Malgré la méfiance à l'égard de cet élément qui est encore considéré comme attribut essentiel et exclusif des forces armées étatiques, nous rappelons que certains GANE se sont battus sur le même modèle que les forces armées étatiques et aussi qu'il est arrivé à ces mêmes forces armées étatiques de violer gravement les dispositions élémentaires du DIH sans jamais rien risquer en retour[201]. Dès lors la protection de la souveraineté ne doit pas être le critère indispensable de l'attribution du privilège du combattant et

[199] Cette question a aussi été ravivée par le comportement des américains à l'égard des talibans capturés en Afghanistan et incarcérés sur la base navale de Guantanamo à Cuba au lendemain de l'opération « Enduring Freedom » après les attentats du 11/09/2001. Pour aller plus loin sur la question Voy. WECKEL (P), « Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo », *RGDIP*, n°2, 2002, pp 357-369 ; SAADA (J), les « combattants illégaux », des ennemis du genre humain ? contre-terrorisme en démocratie et malléabilité du droit, *Revue ASPECTS,* n°4, 2010, pp 15-34 ; SASSOLI (M), « Combattants et combattants illégaux », In CHETAIL (V), (Dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés,* Bruylant, Bruxelles, 2013, 683p., plus précisément aux pp. 165-184.

[200] Antonio Cassese, « Should Rebels be Treated as Criminals ? Some Modest Proposal for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane », in Antonio Cassese (dir.), *Realizing Utopia : The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 523 et s. Pour un plaidoyer passionné en faveur d'une telle réforme, voir Emily Crawford, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2010, p. 168. Il a été, un temps, suggéré d'appliquer l'article 6-5 du PA II de manière à le faire jouer comme un « équivalent fonctionnel » au privilège de belligérance. Pour une proposition plus ancienne et plus modeste mais allant dans le même sens, voir CICR, projet de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles additionnels, Genève, octobre 1973, tels que présentés par le CICR en juin 1973, Projet de Protocole II, art. 10, 5), p. 151.

[201] MEGRET (F), « La réglementation des conflits armés non internationaux : un privilège de belligérance peut-il être envisagé dans le droit des conflits armés non internationaux ? », *Op. Cit*, p. 52.

encore moins la défense d'une cause dont l'appréciation comporte inévitablement une dose de subjectivité.

Ensuite ce privilège ne peut aucunement faire obstacle aux poursuites fondées sur une violation des dispositions du DIH. Donc par voie de conséquence, aucune disposition d'aucun accord de paix ne doit permettre de les soustraire à la juridiction des tribunaux pénaux nationaux et internationaux compétents dont l'effectivité est désormais indéniable[202].

Enfin ce privilège du combattant rend licites les actes d'hostilités conformes au DIH. Ce privilège de belligérance permet donc aux combattants du GANE de cibler des membres des forces armées étatiques conformément au DIH. Malgré tout, c'est là que se situe le véritable point d'achoppement en vue de la reconnaissance du privilège de belligérant en faveur des combattants du GANE. Ainsi, là où tuer des agents de l'État exerçant leur autorité dans le respect de la loi est normalement considéré comme l'un des crimes les plus graves, ceux-ci se retrouvent soudain sans défense juridique face à des attaques. Cette dérogation aux lois nationales les plus sacrées constitue donc une bénédiction pour les rebelles, normalisant d'un coup le « complètement illégal » en un simple acte de guerre licite[203].

Dès lors l'aversion des Etats face à une attribution inconditionnelle du privilège du combattant aux membres du GANE, s'est accentuée au fur et à mesure qu'augmentent les CANI. Un consensus juridique ancien entre États suggère en effet qu'un tel privilège ne doit pas exister en tant que règle dans le cadre interne. Cela ne signifie pas nécessairement qu'un tel privilège ne doit jamais être accordé dans les CANI, mais que l'octroyer largement et automatiquement entraînera des coûts humains importants[204]. Étant donné l'importance de ces coûts, les bénéfices

[202] On peut citer les différentes affaires pendantes devant la CPI ou celles déjà jugées par le TPIY et le TPIR dans lesquelles des commandants des GANE ou de forces armées étatiques sont jugés pour violations du DIH et du DIDH. On peut aussi mentionner le rejet du référendum organisé en Colombie pour autoriser la ratification de l'accord de paix avec les FARC car celui-ci comportait une disposition visant à amnistier les combattants de cette organisation pour les violations des dispositions du DIH.

[203] MEGRET (F), « La réglementation des conflits armés non internationaux : un privilège de belligérance peut-il être envisagé dans le droit des conflits armés non internationaux ? », *Op. Cit*., p. 55.

[204] Pour éviter de délivrer un véritable permis de tuer aux forces armées étatiques, deux risques sont néanmoins à circonscrire. D'un côté on peut craindre que les Etats privilégient le DIH pour les

devraient être relativement clairs et d'une importance proportionnelle. Autrement dit, le risque est d'accorder le privilège de belligérance sans obtenir grand-chose en échange. En effet il faut bien l'admettre, le privilège de la belligérance dans les CAI n'a jamais été particulièrement pensé comme une motivation pour respecter le DIH. Cette idée selon laquelle le privilège de belligérance est une motivation et son absence un obstacle, est très présente dans ce discours et constitue l'une des hypothèses les moins remises en question[205]. L'idée selon laquelle les GANE qui ne bénéficient pas de ce privilège tourneront le dos au droit international et, n'ayant rien à perdre dans la mesure où ils seront de toute façon poursuivis pour avoir tué des combattants, seront enhardis à bafouer d'autant les droits des non combattants, semble improbable, du moins sans preuves empiriques supplémentaires[206].

Actuellement, le problème est que l'octroi du privilège de belligérance est pensé soit de manière trop étroite, soit trop large. D'un côté, il est actuellement pensé de manière trop étroite car il ne peut être accordé à aucun GANE opérant dans un CANI, quand bien même il existe de bonnes raisons de l'accorder à certains d'entre eux. D'un autre côté, son octroi est trop large car il est toujours, explicitement ou implicitement, octroyé aux forces armées étatiques, que ce soit en CAI ou en CANI.

---

facilités opérationnelles qu'il accordent au détriment du DIDH beaucoup plus contraignant lorsqu'il s'agit d'appréhender des personnes soupçonnées d'une infraction aussi grave soit telle comme l'insurrection. De l'autre le risque est réelle de voir aussi toute une frange de la population assimilée à des membres de GANE et ainsi être la cible directe d'attaques de la part des forces armées étatiques opérant dans des bastions du GANE ou contre des populations soupçonnées de sympathie pour ce dernier. Cette crainte est potentiellement porteuse de graves menaces surtout lorsqu'on sait que beaucoup de conflits actuels ont des motivations religieuses ou ethniques propices à des assimilations hâtives porteuses de grands risques.

[205] Une hypothèse peut consister à reconnaître les participants non étatiques à un CANI comme des combattants, ce qui facilitera les décisions de ciblage et, ainsi, le respect du principe de distinction. Toutefois, il existe un problème, qu'à mon sens CORN (G) et JENK (C) ont correctement identifié, à savoir que la reconnaissance du fait que certains groupes constituent des cibles légitimes parce qu'ils participent effectivement aux combats n'implique pas logiquement que cette participation devrait entraîner l'octroi d'un privilège., CORN (G) et JENK (C), « Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts », in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 33, n° 2, 2011, pp. 328 à 330.

[206] En réalité, les preuves dont on dispose suggèrent le contraire. En effet pour beaucoup de GANE, surtout ceux ayant des revendications politiques, le respect du DIH fait partie d'une stratégie de communication visant à créer et véhiculer une image positive d'une part. Et d'autre part, elle permet de rallier en créant un fort mouvement de sympathie. Voir BANGERTER (O), « Les raisons pour les groupes armés de choisir de respecter le droit international humanitaire, ou pas », in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, *Sélection française* 2011/2, pp. 51 à 84.

Pour remédier à ce problème il a été proposé de considérer que le privilège de belligérance doit être une conséquence d'un certain niveau de conformité au DIH. Ceci implique, plutôt que d'accorder largement le privilège de belligérance à des GANE dans des conflits armés sur un fondement *a priori* humanitaire, que l'octroi de ce privilège soit conditionné à la réalisation d'une bonne mise en œuvre des règles du droit des conflits armés. Ce privilège serait donc obtenu, voire mérité, plutôt qu'octroyé *ab initio* dès lors qu'un GANE a effectivement réuni toutes les conditions de nature à être en présence d'un CANI. Plus important peut-être, ce privilège pourrait être perdu, à la différence des forces armées étatiques qui, elles, le conservent quel que soit leur respect du DIH. S'il s'avère qu'un groupe s'étant vu autrefois octroyer le privilège, manque manifestement d'honorer les obligations qui l'accompagnent. Mais il ne faut pas se tromper, cette proposition nous ramène à la situation actuelle. En effet elle équivaut à une absence pure et simple du statut durant les hostilités. Cette idée d'une reconnaissance conditionnée du privilège du combattant aussi logique et défendable qu'elle n'y paraisse n'emporte pas notre adhésion. En effet notre démarche vise à ériger un statut du combattant *a priori* pour ensuite apprécier objectivement le comportement des différents acteurs contrairement à la proposition ci-dessus dénoncée qui voudrait procéder à une amnistie déguisée sous le vocable de privilège de combattant *a posteriori*. De même les actes qui font perdre le privilège du combattant sont déjà insusceptibles d'être couverts par ce privilège. Ainsi même les membres des forces armées étatiques qui commettent de tels actes ne peuvent pas être amnistiés et seront donc poursuivis pour crime de guerre, crime contre l'humanité ou crime de génocide selon les cas. Cette proposition est donc peu convaincante. Aussi nous prenons en compte les craintes émises par des auteurs à propos des dangers d'une attribution généreuse et inconditionnée du statut de combattant aux personnes civiles participant aux CANI car elle n'est pas sans inconvénients[207]. Pire, elle peut

[207] AIVO (G), *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux, Op. Cit*., p. 269. Voir également dans le même sens MEGRET (F), qui affirme qu'« Il y a fort à craindre que l'octroi général et inconditionné du PB dans les CANI encouragerait les groupes armés non étatiques (et peut-être même l'État) à porter la violence à un certain niveau critique d'intensité pour mieux se prévaloir d'une situation de belligérance. Dès lors que l'existence d'un conflit armé serait reconnue, leurs actions cesseraient d'être criminelles et seraient couvertes par le privilège du combattant. Les acteurs violents seraient ainsi encouragés à aller au-delà d'échauffourées et d'attaques armées

même produire le contraire de l'effet recherché : ses conséquences sur la population civile peuvent se révéler considérables et même catastrophiques. Malgré tout nous refusons d'admettre que l'attribution du privilège de belligérance fasse l'objet d'un marchandage auquel ne sont pas soumis les forces armées étatiques alors même qu'elles peuvent commettre les mêmes violations que celles qu'on vise à prévenir en ce qui concerne les GANE.

Pour nous il est clair que l'attribution du statut de combattant aux membres des forces armées étatiques et son refus aux membres des GANE constitue une survivance de la souveraineté et exprime ainsi la supériorité des Etats. Seuls détenteurs du pouvoir suprême à l'intérieur de leurs frontières, ils décident de qui est apte ou non à exercer le monopole de l'usage de la force dont ils sont les dépositaires en leur nom et pour leur compte. C'est cette supériorité qui explique même lorsqu'un Etat agit en totale violation du droit international, ses forces continuent de bénéficier du privilège du combattant. Or dans le même temps, ce qui est reproché aux forces armées du GANE, c'est leur illégitimité à recourir à la force au plan national. Dans les deux cas, les deux forces se retrouvent dans la même situation d'illégalité mais reçoivent des traitements différents.

Paragraphe 2 La nécessité d'une amélioration de la situation des membres des forces armées étatiques

La nécessité de fournir une protection au moins égale pour les deux camps notamment vis-à-vis du DIH des CANI, passe forcément par une clarification des situations. Celle des membres du GANE prenant directement part aux hostilités ayant été faite ci-dessus, il nous revient ici de procéder à celle relative aux

sporadiques pour se lancer dans une campagne militaire d'envergure. Il y aurait là incontestablement un effet pervers : la violence la plus systématique deviendrait licite, tandis que la violence la plus bénigne continuerait à être sévèrement punie par la législation nationale. Il n'est pas évident de savoir, dans ce contexte, à qui bénéficierait le droit de la guerre, sauf peut-être qu'il conduirait certains acteurs à déployer leur violence à une échelle « humanitaire », ce dont les civils ne sortiraient pas indemnes. Inutile de dire que ce n'est pas un scenario encourageant. Si le changement radical que constituerait l'octroi du privilège du combattant à des groupes armés non étatiques devait se produire (et c'est cela qui est en jeu ici), c'est donc qu'il devrait dépendre d'autre chose que de la seule fortune des armes ». MEGRET (F), *Op. Cit*., p. 64.

membres des forces armées étatiques. Nous pensons aussi que toutes les solutions disponibles n'ont pas été abordées avec la même clairvoyance. Face à la réalité des CANI, nous pensons qu'il faut compenser les propositions par de réelles garanties incitatives en faveur de la partie à laquelle on demande des concessions. Ainsi nous suggérons d'un côté un rééquilibrage, du droit des CANI, en faveur des forces armées étatiques (A) avant de proposer une réelle application du principe d'égalité des belligérants devant le droit des conflits armés (B)

A Un rééquilibrage en faveur des forces armées étatiques

La majeure partie des propositions doctrinales, jusqu'ici élaborées, tendent à faire rentrer les GANE dans des moules confectionnés pour des forces armées étatiques. Notre apport vise à étendre certaines des propositions initialement prévues pour les GANE aux forces armées étatiques.

L'incorporation au sein des forces armées étatiques fait perdre aux personnes civiles concernées toute protection du DIH contre des attaques directes aussi longtemps qu'elles ne sont pas démobilisées par un acte formel pris à cet effet. Cette vision globalisante laisse penser que toutes ces personnes ont pour mission de participer directement aux hostilités, ce qui justifie par conséquent leur exposition aux attaques. Néanmoins, même au sein des forces armées étatiques, tous les éléments ne sont pas exposés de la même manière aux attaques directes. Les personnels religieux et sanitaires n'ont pas pour mission première et principale de participer directement aux hostilités[208]. Ils ont le droit de porter des armes pour leur propre défense. Cependant lorsqu'ils sont engagés dans des hostilités ils peuvent être la cible directe d'attaque. A l'exception de ces éléments, tous les membres des forces armées étatiques sont des cibles potentielles aussi longtemps qu'elles demeurent mobilisées, qu'elles participent ou pas directement aux hostilités. Cette situation offre dès lors un avantage considérable aux membres du

[208] Article 43-2 PA I « Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit, autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l' article 33 de la IIIe Convention, sont des combattants, c'est -à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités ».

GANE en ce sens qu'il leur est désigné des cibles clairement identifiées et exposées. Or dans le même temps les combattants du GANE se dissimulent et ne peuvent être l'objet d'attaques qu'aussi longtemps qu'ils participent directement aux hostilités ou en assumant une fonction continue de combat.

En nous appuyant sur cette dernière, nous entendons opérer une distinction nette au sein même des forces armées étatiques. En effet actuellement, ce sont les militaires des forces armées étatiques qui perdent le plus lorsqu'ils descendent dans l'arène d'un CANI car ils continuent de respecter toutes les obligations liées à ce statut alors même que le contexte n'est pas identique à celui des CAI[209]. Une telle situation les expose car les rend facilement identifiables et donc vulnérables aux attaques alors que l'adversaire lui continue de se dissimuler pour pouvoir frapper au tout dernier moment.

L'analyse ci-dessus nous laisse croire que pour les forces armées régulières, la détermination de ce qui représente une cible légitime a simplement été transposée et appliquée dans les CANI de manière analogue aux CAI. Dans le cadre de la conduite des hostilités, le principal danger associé à cette transposition réside dans le déséquilibre créé au niveau des individus qui peuvent être ciblés au sein des forces armées gouvernementales. En effet, dès qu'un individu fait partie des forces armées régulières d'un État en vertu du droit interne, il est qualifié de combattant au sens de l'article 4A (1) de la CG III ou de l'article 43 du PA I et devient ainsi une cible légitime conformément au DIH[210]. Or pour les combattants du GANE la situation n'est pas identique.

---

[209] Ainsi contrairement à ce que pensent certains auteurs qui affirment que, le silence de l'article 3 commun et du PAII sur le statut de combattant, ne vise dans l'esprit des Etats que les insurgés, Voir en ce sens AIVO (G), *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux, Op. Cit*., p. 257 « Tel était l'objectif des Etats parties aux conférences diplomatiques de 1949 et 1977. Ils ne considèrent comme combattants que les membres de leurs forces armées, même si les règles applicables aux CANI ne l'affirment pas clairement ».

[210] Article 4 A-1 CG III. « Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : 1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ». Article 43-1 PA I. « Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime

Pour réduire cette différence notre approche se situe à mi-chemin entre la conception organique abstraite défendue à propos des forces étatiques et celle fonctionnelle défendue à propos de la participation directe aux hostilités s'agissant des civils. Elle aboutit dès lors à considérer le civil comme membre du GANE à partir du moment où il exerce des fonctions de combat continues. Comme les GANE ne sont pas aussi structurés que les forces armées étatiques et ne fixent pas clairement des conditions d'affiliation individuelle, la distinction entre combattants et civils ne peut reposer seulement sur un critère organique, mais doit également tenir compte d'un critère fonctionnel. Or cette approche attenue, certes, la différence de traitement entre les membres des forces armées étatiques et ceux des groupements armés mais ne la supprime pas totalement car les membres des forces armées étatiques peuvent être la cible d'attaque quelle que soit l'activité qu'ils exercent. Nous pouvons, alors à partir de l'organisation structurelle des forces armées étatiques, déterminer les unités dont la fonction exclusive est la participation aux hostilités. Celles-là doivent continuer à être ciblées aussi longtemps qu'elles assument cette fonction. Il doit en être ainsi pour les membres du GANE exerçant une fonction de combat continue. Objectivement, il est plus facile d'appliquer ce critère à des forces armées étatiques qui donnent l'avantage d'être plus structurées et mieux organisées que les GANE. De plus leur identification ne semble pas non plus poser plus de difficultés.

Ainsi, dans l'objectif de rétablir l'équilibre, il faut identifier les individus représentant des cibles légitimes au sein des forces armées gouvernementales en utilisant la fonction de combat continue. En effet c'est une question de justice que de réduire l'exposition à laquelle doit faire face les forces armées gouvernementales du fait de la visibilité notamment par le port de la tenue réglementaire, des signes distinctifs à distance et des armes. Aussi devant l'impossibilité ou l'incapacité des GANE de remplir ces mêmes conditions, on peut adapter les obligations incombant aux forces armées gouvernementales car celles-

de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés ».

ci sont invariablement soumises aux mêmes critères d'identification que ce soit dans le cadre d'un CAI ou d'un CANI.

De plus ce rééquilibrage présente un autre avantage. L'on sait que dans les CANI, même les forces armées gouvernementales ne disposent pas de la qualité de combattant mais néanmoins elles sont contraintes de se comporter comme des combattants. L'application du concept de fonction continue de combat aux forces armées gouvernementales viendrait donc restreindre l'interprétation de la notion « forces armées gouvernementales » uniquement à ceux de ses membres qui participent aux hostilités de manière continue. Le risque d'une porosité de ce critère existe en permettant un aller-retour de l'autre côté de la barrière de la participation directe aux hostilités[211]. Malgré tous les risques qu'elle comporte, cette crainte ne doit pas être exagérée car elle ne vise pas à autoriser les membres des forces armées étatiques à se débarrasser de leurs signes distinctifs en agissant comme les membres du GANE. Elle cherche à circonscrire la menace aux seuls éléments dont le rôle principal et exclusif est la participation directe aux hostilités.

Dès lors, le ciblage des autres membres des forces étatiques, n'accomplissant pas de fonction continue de combat, doit être incriminé. Ceci permet de loger les belligérants à la même enseigne et leur permettant de s'adapter tous aux mêmes conditions.

B Rétablir le principe de l'égalité des belligérants

Le principe, le mythe, de l'égalité des belligérants est symbolique du lien entre le DIH et les notions de chevalerie, de professionnalisme, de fairplay et de justice qui, au cours de l'histoire, ont peu à peu construit la légitimité du DIH aux yeux des combattants. Mais malheureusement en cette période tellement mouvementée par des conflits armés déstructurés, ethnico-religieux, où la partie insurgée est

[211] D'ASPREMONT (J) et DE HEMPTINNE (J), *Droit International Humanitaire*, *Op. Cit*., p. 183-184. Voir également SANDOZ (Y), SWINARSKI (C) et ZIMMERMANN (B), *Commentaire des PA du 8/6/1977, aux CG du 12/08/1949*, Genève, CICR, 1987, §. 1672 « Toute interprétation qui permettrait aux combattants de l'art. 43 de se démobiliser à leur gré pour retrouver leur statut de civils, quitte à reprendre leur statut de combattant lorsque la situation se modifie ou lorsque les opérations militaires le veulent, aboutirait à annuler tout le progrès réalisé par cet article ».

tellement décriée car s'éloignant largement des principes élémentaires du DIH, parler du principe d'égalité des belligérants devant le droit des conflits armés peut paraitre difficilement concevable. En effet face à certaines de ces situations, où le rapport des parties au conflit avec le DIH sont tellement aux antipodes, il parait plus que nécessaire que le droit applicable soit adapté aux besoins. Des règles irréalistes ne protègent personne mais tendent plutôt à affaiblir la volonté de respecter même les règles réalistes du DIH. Face à de telles situations, chacune des parties veut être liée le moins possible par le droit pour avoir les mains libres et ainsi faire convenablement face à la situation[212]. Cette position est intenable surtout lorsqu'on sait que « Si le DIH ne respectait pas le principe de l'égalité des belligérants devant le droit dans les conflits armés non internationaux, il n'aurait quasiment aucune chance d'être respecté »[213]. Tout porte à croire que ce principe n'a été à l'origine prévu et programmé que pour les CAI de sorte qu'actuellement son applicabilité dans les CANI éprouve les plus grandes difficultés[214]. Ainsi plusieurs propositions ont été élaborées en vue de procéder à son adaptation[215].

Ce principe, fondamental en droit des conflits armés, veut que tous les belligérants assument les mêmes droits et obligations. Il s'avère important de souligner que ce principe ne prétend pas que les parties qui s'affrontent sont égales, comme pourrait le laisser croire l'expression « égalité des belligérants », mais plutôt que les obligations de ces parties doivent être égales. Le principe d'égalité des belligérants ne s'étend pas à l'égalité des statuts, mais plutôt à l'égalité des droits

---

[212] SASSOLI (M), « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? », *RICR*, Vol. 93 Sélection française 2011 / 2, p. 122. Les groupes armés et les gouvernements sont eux aussi placés face à un dilemme. Les forces gouvernementales veulent que leurs ennemis respectent les mêmes règles que celles qui les lient elles-mêmes, ce qui est compréhensible. D'un autre côté, la simple idée qu'un groupe armé puisse être à un titre quelconque l'égal d'un État souverain est une hérésie pour des gouvernements obsédés par leur conception westphalienne de la souveraineté étatique. Quant aux groupes armés eux-mêmes, ils peuvent apprécier l'idée d'avoir les mêmes droits que leurs adversaires mais sont, pour la plupart, beaucoup moins disposés à respecter les mêmes obligations, et en sont même dans une certaine mesure incapables.

[213] Marco Sassòli, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *Un droit dans la guerre ?* Vol. 1, 2e édition, Genève, 2012, p. 414.

[214] MEYROWITZ (H), *Principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pédone, Paris, 1970, 418p.

[215] Notre analyse se base en grande partie sur la transcription d'un débat organisé par le CICR, dans le cadre de sa revue *RICR*, Volume 93 Sélection française 2011 / 2, pp. 119-140, entre les professeurs **Marco** SASSOLI et Yuval SHANY.

et obligations des parties en ce qui concerne le respect du droit des conflits armés. Or dans les CANI, par définition, les belligérants sont au moins autant des groupes armés que des forces armées gouvernementales. Si le droit applicable ne prend en compte que les besoins, les difficultés et les aspirations de ces dernières, alors qu'il prétend s'appliquer aux deux, il sera moins réaliste et efficace. Si l'on part de l'idée que les forces gouvernementales et les groupes armes sont égaux, il faudrait vérifier, pour chaque règle, si un groupe armé ayant la volonté nécessaire est en mesure de respecter la règle en question sans nécessairement perdre le conflit[216]. Ainsi lorsque que certaines règles ne sont pas réalistes pour les groupes armés et que nous prétendons néanmoins qu'elles leur sont applicables, non seulement ces règles seront violées mais la crédibilité et l'effet protecteur d'autres règles auxquelles un groupe armé est en mesure de se conformer en seront amoindris. Dès lors la principale crainte, en cas d'application effective du principe d'égalité des belligérants, résulte de l'incapacité réelle des GANE à appliquer certaines dispositions du DIH ou du DIDH, qui, elles, ne peuvent être qu'à la charge des entités étatiques[217]. Un double constat s'impose permettant, d'un côté, de reconnaitre que les forces gouvernementales sont présumées être en mesure de respecter les mêmes règles dans les deux types de conflits armés et, de l'autre, de nombreux groupes armés, en revanche, ne sont absolument pas en mesure d'observer l'ensemble des règles applicables aux CAI, ce qui a permis de proposer de leur appliquer une échelle mobile d'obligations. Plus un groupe armé est organisé et exerce un contrôle effectif sur son territoire, plus les règles applicables doivent être similaires à l'ensemble du DIH des CAI. Une telle gradation des obligations vise donc à titre principal les GANE car *a priori* les forces armées gouvernementales sont soumises à la quasi-totalité des instruments du DIH des CAI et des CANI. Elle a pour finalité de moduler les obligations en fonction de la capacité du GANE en question pour qu'il puisse les appliquer convenablement et ainsi parvenir à un plus grand respect de ces obligations. Dès lors, « adapter

[216] SASSOLI (M), « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? », *Op. Cit*., p. 124.
[217] SASSOLI (M), « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? », *Op. Cit*., pp. 124-125.

certaines règles en fonction de ce qu'une partie est effectivement en mesure de faire la priverait tout simplement d'une excuse facile pour rejeter l'ensemble des règles. (…) »[218].

Une autre proposition doctrinale préconise trois axes possibles pour combler les failles de la précédente en acceptant d'abord un cadre de « responsabilités communes mais différenciées » pour certaines règles du DIH, qui doivent ensuite être complétées par le droit des droits de l'homme, pour enfin adopter des stratégies d'application nuancées tenant compte des différences de capacités évoquées plus haut. Collectivement et individuellement, ces mesures d'accommodement admettent la nécessite d'une certaine modulation des obligations, sans pour autant abandonner entièrement le principe de l'égalité des belligérants »[219].

Aussi, il a été proposé, comme semble le suggérer les PA de 1977, une sorte de « Responsabilités Communes mais Différenciées » (ci-après RCD), autorisant certaines différences dans les obligations imposées aux parties belligérantes[220]. Elle fait valoir par exemple qu'un principe de proportionnalité commun mais différencié et l'obligation de prendre des précautions dans l'attaque pourraient imposer aux Etats riches et dotes de technologies avancées un degré de responsabilité sensiblement supérieur à celui des Etats pauvres »[221].

En réalité, il s'agit d'une autre application de la même idée défendue par SASSOLI. Au lieu de l'appliquer au DIH, cet auteur le fait au DIDH plus à même de supporter un traitement différencié des belligérants. De plus le DIDH traduit encore plus la situation d'inégalité des belligérants que ne le fait le DIH. En effet, selon une conception fortement ancrée dans la doctrine, les entités non étatiques sont

[218] SASSOLI (M), « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? », *Op. Cit*., p. 127.
[219] SHANY (Y), « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? », *Op. Cit*., p. 131.
[220] Article 57 PA I, ou « toutes les mesures pratiquement possibles » pour empêcher ou réprimer les infractions Article 86 PA I, ou encore « toutes les mesures possibles » pour rechercher les morts et les blesses Article 8 PA II.
[221] Gabriella Blum, « On a Differential Law of War », dans *Harvard International Law Journal*, Vol. 52, N° 1, 2011, p. 194.

insusceptibles d'assumer des obligations directement issues du DIDH. Dès lors l'idée selon laquelle les belligérants sont égaux car soumis à des dispositions qui leur sont étrangères est un leurre. Ce sont les Etats qui négocient, signent et ratifient les dispositions du DIDH, il en est de même des normes du DIH et ce sont leurs pratiques seules qui sont prisent en compte pour l'établissement du droit coutumier.

« L'égalité, telle qu'elle est invoquée dans les discussions sur le droit de la guerre, semble nécessairement reposer sur la similitude. En substance, les belligérants peuvent être égaux s'ils sont identiques ce qui soulève des questions, quand on se demande si un principe d'égalité a cours entre les forces armées d'un Etat et les groupes insurgés dans un CANI. En effet, si l'on examine les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels, ainsi que le droit coutumier, il semble bien que l'applicabilité du droit de la guerre repose dans une certaine mesure sur la capacité des insurgés à se transformer en proto-Etat ou en gouvernement en puissance attendant de remplacer celui qui tient actuellement les rênes de l'Etat. On en perçoit la trace dans l'idée que les rebelles doivent contrôler une partie du territoire national et être dotés de structures de commandement et d'institutions qui lui permettent d'appliquer le droit humanitaire »[222].

Pour nous ces différentes propositions traduisent en filigrane l'idée d'une supériorité de la partie étatique qui est la seule capable d'assumer intégralement les diverses obligations issues du DIH et du DIDH. Or cette démarche perpétue encore une pratique qui a montré ses limites. C'est la raison pour laquelle nous pensons qu'il ne sert à rien d'essayer de la perpétuer en la déguisant sous diverses formes.

Notre démarche vise à soumettre les deux belligérants, étatique et non étatique, aux mêmes dispositions car toute modulation n'est que résurgence en ce sens qu'il fait varier les obligations. Or les critères sur lesquelles s'appuient ces différentes propositions doctrinales sont très aléatoires et contingentes pour servir de base

[222] PROVOST (R), « Vers une égalité concrète en droit international humanitaire », *RICR*, Vol. 93, Sélection française, 2011 / 2, p. 137.

d'une refondation solide. Ainsi pour nous les conditions de mise en application du PA II sont les mieux adaptées, pour le moment pour servir d'élément déclencheur d'un dispositif identique pour les parties belligérantes. Celui-ci ne doit varier en rien en fonction des parties. Ce qui a pour conséquence d'amener les forces armées étatiques au même niveau que les forces armées du GANE. Pour nous l'égalité n'implique pas nécessairement de transformer les groupes insurgés en Etats et encore moins de transformer les forces armées étatiques en groupe de guérilla. Cependant si ces dernières peuvent convenablement s'acquitter d'obligations plus importantes dans le cadre d'un CAI, elles peuvent donc en assumer d'autres moins importantes identiques à celles que peuvent convenablement remplir des GANE.

Conclusion

La situation des combattants du GANE dans les CANI se trouve sur une voie sans issue qu'on ne peut plus continuer à emprunter au risque de tourner en rond comme c'est le cas depuis plusieurs années. Une réforme de leur statut s'impose surtout au vu de l'évolution de la réglementation des CANI qui tend à se rapprocher de celle des CAI. Ainsi l'attribution du privilège du combattant aux combattants du GANE reste un des derniers bastions qui résiste à cette offensive déclenchée par les Tribunaux Pénaux Internationaux depuis le début des années 90.

Cette résistance est encore nourrie par la profonde aversion qu'ont les Etats pour les GANE. Or ceux-ci ne peuvent plus continuer à être traités avec le mépris déjà affiché à leur égard. Il est aujourd'hui temps d'être un peu plus de pragmatisme dans la prise en compte de la situation des GANE surtout au vu de la place prépondérante qu'ils ne cessent de prendre dans des conflits qui sont en forte augmentation. On ne peut plus continuer à minimiser le phénomène. Il faut adapter le droit des CANI proportionnellement à l'importance des GANE dans les conflits armés actuels.

Conclusion Titre 1

L'identification des GANE et de ses membres demeurent encore difficile de nos jours car elle repose sur des éléments qui ont été volontairement flous dès l'origine.

Ceux-ci ne répondent plus aux réalités du moment. En effet les conflits armés actuels ne présentent plus les mêmes caractéristiques. Ils sont déstructurés, plus long, plus meurtriers et se déroulent quasi exclusivement en zone urbaine où les populations civiles demeurent des spectateurs contraints d'assister à l'hécatombe dont elles seront au nombre des victimes. Le droit actuel, tel qu'il est configuré, peine à les régir car ses critères sont dépassés et inadaptés.

Il est temps d'insuffler une nouvelle dynamique pour réaliser la même œuvre d'adaptation qu'en 1977 ou de modernisation telle qu'elle a été faite en 1949.

Titre 2 : Le droit applicable

> « Le recours aux règles non dérogeables du droit international des droits de l'homme a été considéré comme un pont pour remplir le fossé entre le droit international humanitaire applicable aux conflits armés internationaux et celui concernant le droit international humanitaire relatif aux conflits armés non internationaux. L'émergence du concept de droit non dérogeable favoriserait en quelque sorte le développement du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux »[223].

Pour MEYROWITZ (H), entre le Droit International Humanitaire (ci-après DIH) et le Droit International des Droits de l'Homme (ci-après DIDH) il y a « une raison objective fondamentale », « une antinomie irréductible » et « une incompatibilité foncière » opposant ces deux branches du droit international[224]. Celles-ci, ayant des différences quant à la nature des droits qu'elles reconnaissent et des biens juridiques qu'elles protègent, ont évolué séparément et ce pendant plusieurs années. En effet ces différences sont liées à leurs origines et comme le dit le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie (ci-après TPIY), « les Droits de l'Homme sont essentiellement nés des abus de l'Etat envers ses citoyens et de la nécessité de protéger ces derniers de la violence organisée ou soutenue par les pouvoirs publics. Le DIH, quant à lui, vise à imposer des restrictions dans la conduite de la guerre, de manière à en diminuer les effets sur les victimes (…) »[225].

Le DIH et le DIDH dans leurs conceptions modernes trouvent leurs origines dans les bouleversements entrainés par la Seconde Guerre Mondiale (ci-après 2GM). En effet en ce qui concerne le DIH, ses origines sont très anciennes, les conflits entre

[223] MILLERSON (R), **«** Humanitarian Law, Human Rights and Non-International Armed Conflicts »**,** *International Law at the Turn of the Century,* Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, Thesaurus Acroasium, vol. XXVII, 1998, p. 156**.**

[224] MEYROWITZ (H), « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », In, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1972, pp. 1059-1105, plus précisément p. 1095.

[225]TPIY, *Le Procureur c/ KUNARAC et consorts*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Jugement du 22/02/2001, §. 470.

les Hommes ont toujours été régis par des règles[226]. Mais pour ce qui concerne sa forme moderne, le point de départ peut être situé à la première Convention de Genève de 1864 et à la suite aux différentes Conventions de Genève et de La Haye qui ont été réformées en 1949 pour l'adoption des Conventions de Genève du 12 août 1949[227] sous l'égide du Comité International de la Croix-Rouge (ci-après CICR).

Pour ce qui est du DIDH, il a ses origines dans les différentes Révolutions populaires contre l'absolutisme des pouvoirs royaux en Europe et en Amérique. En effet, ces Révolutions ont permis l'adoption de textes célèbres[228] qui ont inspiré la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée en décembre 1948, sous l'égide des Nations Unies, et qui est considérée comme étant la première pierre sur laquelle est bâtie tout le système du DIDH[229].

Cette dissociation organique entre les Nations Unies et le CICR va engendrer d'importantes conséquences. En effet les Nations Unies, instituées pour promouvoir la paix et surtout épargner à l'humanité d'autres déflagrations comme

[226] Pour aller plus loin sur les origines historiques du droit de la guerre voir CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Droit Humanitaire et Droit de l'Homme : La protection de la personne humaine en période de conflit armé*, Genève, IUHEI, 1980, pp. 22-29. KOLB (R), « Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme », in *Canadian Yearbook of international law*, Vol. 37, 1999, pp. 56-97, plus précisément pp. 61-63. EL KOUHENE (M), *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 4-8. GAGGLIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Pédone, 2012, pp. 24-32.

[227] L'apparition tardive du DIH moderne peut s'expliquer par le fait que pendant des siècles, et ce avant l'apparition des Etats modernes, la guerre était considérée comme une affaire privée et donc la réglementation de celle-ci aussi. L'apparition des Etats a permis de soustraire la guerre des affaires privées pour en faire un domaine régalien de l'Etat. Dès lors la réglementation de la guerre s'est incarnée dans des Conventions internationales liant ces acteurs d'un genre nouveau. CALOGEROPOULOS STRATIS en dénombre 291 traités entre 1581 et 1864. *Cf.* CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Op. Cit*., p. 23. C'est donc à partir de 1864 qu'on a assisté à une plus grande coordination dans la rédaction des Conventions et une plus grande implication des Etats dans la prise en compte réelle du sort des soldats blessés.

[228] On peut citer entre autres *La Magna Carta* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, *l'Habeas Corpus Act* de 1679 et la *Bill of Rights* de 1679, La Déclaration d'indépendance des USA en 1776 et la Déclaration Française des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

[229] Aujourd'hui en plus de cette déclaration, plusieurs autres outils sont venus enrichir ce domaine. Pour ne citer que les plus importantes, il y la Convention européenne de sauvegardes des DH de 1950, la Charte africaine des DH et des peuples de 1981, la Convention interaméricaine des DH de 1969, les deux pactes internationaux de 1966 et la multitude d'instruments internationaux ayant un objet spécifique comme celui portant sur les droits de l'enfant, contre le génocide, contre la torture, contre les violences faites aux femmes. Pour plus de détails sur ces Conventions voir : DECAUX (E) et BIENVENU (N), *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*, La documentation Française, 2016, 826p.

les deux précédentes guerres mondiales, ont jugé nécessaire de proclamer la guerre hors la loi, sous conditions. Ainsi ont -elles voulu voir une certaine contradiction entre la promotion de la paix et une participation active dans la législation concernant les conflits armés, ce qui constituerait un aveu d'échec de leur part[230]. De l'autre côté, en ce qui concerne le DIDH, la guerre froide et l'affrontement idéologique qui en a découlé s'est déportée aussi sur ce terrain-là, avec pour principale conséquence la forte politisation du DIDH. Au-delà des différences consubstantielles qui caractérisent ces deux branches du droit international, c'est ce qui fut à l'origine du développement séparé et du très peu de liens partagés entre ces deux branches du droit international pendant plusieurs années[231]. En effet, d'un côté, la peur qu'une effraction de leur part dans le domaine des conflits armés soit assimilée à un aveu d'échec, a poussé les Nations Unies à ne se focaliser que sur le DIDH. De l'autre, la crainte que la forte charge idéologique et politique du DIDH ne pulvérise et handicape son action en période de conflit armé, a favorisé la méfiance du CICR à l'égard de ce droit naissant à l'échelle international. Dès lors on a assisté à une stricte séparation des domaines d'action : d'un côté les Nations Unies, instance politique par excellence, s'occupent uniquement du DIDH, un droit à forte teneur politique. De l'autre le CICR se focalise exclusivement sur le DIH, droit technique et dépolitisé qui épouse fidèlement les idéaux défendus par le CICR dont la neutralité est l'une des devises lui permettant de s'acquitter de ses missions. C'est ce qui fait dire au Professeur KOLB (R) que « Les Nations Unies, garants des droits de l'homme internationaux ne veulent pas du droit de la guerre ; le CICR garant du droit de la guerre, ne veut pas d'un

[230] Cf. KOLB (R) « Aspects historiques de la relation entre le DIH et les Droits de l'Homme » *Op. Cit*., p. 68.

[231] KOLB (R) *Ius in bello : le droit international des conflits armés*, 2e éditions, Bruylant, 2009, p. 128 « Il est naturel que le rapprochement de branches aux origines et aux supports aussi différents ait exigé du temps et de la stimulation d'événements propices. Les obstacles idéologiques ont rendu le processus de rapprochement initial particulièrement ardu. Les gardiens institutionnels du DIH et du DIDH (…) se méfiaient réciproquement du droit promu par l'organisation adverse. Le CICR craignait que l'instillation des DH dans le DIH politise ce dernier et le rende ainsi largement inopérant en période de guerre, période marquée par des divergences politiques et idéologiques les plus aiguës ».

rapprochement à une organisation essentiellement politique et à des droits de l'homme qui sont censés en être l'expression »[232].

Mais l'évolution des conflits armés et la place prépondérante que n'ont cessé d'occuper les Droits de l'Homme ont fini par obliger les Nations Unies et le CICR à collaborer et donc à rapprocher le DIH et le DIDH, au cours des décennies 60-70. En effet les guerres de libération nationales liées au processus d'indépendance de plusieurs Pays colonisés en Afrique et en Asie ainsi que la généralisation de la guérilla lors de ces conflits va ouvrir une brèche dans cette politique isolationniste dans laquelle se sont enfermés le CICR et les Nations Unies. De plus, la forte participation des civils dans les conflits armés va finir par brouiller complètement les frontières entre le DIDH et le DIH. Désormais les situations ne sont plus aussi claires qu'elles ne l'étaient auparavant. Ce qui va poser la question fondamentale du droit applicable. En effet face à certaines situations quasi conflictuelle, aucune de ces deux branches ne semble être pleinement adaptée et applicable de façon satisfaisante. Dès lors le besoin d'une collaboration a commencé à se faire jour. En 1967, profitant de la Guerre des six jours entre Israël et des Pays Arabes, les Nations Unies vont faire le premier pas en vue d'un rapprochement entre le DIH et le DIDH[233].

Un an plus tard elles organisent, à Téhéran en Iran, une « Conférence sur les droits de l'homme », dont l'intitulé certes réducteur, va pourtant constituer une étape fondamentale dans le rapprochement et l'évolution ultérieure dans les rapports entre le DIH et le DIDH[234]. Ainsi, après plusieurs années de séparation, le DIH et le DIDH vont entamer la phase la plus enrichissante de leur relation. Cette fructueuse coopération qui puise dans les différentes sources de ces deux branches, va irriguer

[232] KOLB (R) « Aspects historiques de la relation entre le DIH et les DH » *Op. Cit*., p. 66.
[233] Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies, 14/06/1967, dans laquelle il recommande « aux gouvernements intéressés de respecter scrupuleusement les principes humanitaires régissant le traitement des prisonniers de guerre et la protection des civils en temps de guerre tels qu'ils ont été énoncés dans les Conventions de Genève du 12 août 1949 » Résolution N° 237 sur la situation au Moyen Orient, du 14/06/1967, §. 2.
[234] Cette attitude timorée des Nations Unies contraste pourtant avec le caractère législatif de l'action menée. *Cf*. MEYROWITZ (H) *Op. Cit*., p. 1062.

les autres conventions adoptées ultérieurement et qui concernent le domaine des droits de l'homme et celui des conflits armés.

Cette nouvelle ère qui s'ouvre permet de faire face à l'obsolescence des dispositions du DIH applicable aux groupes armés (Chapitre 1) en permettant l'application du DIDH à la période de conflit armé pour essayer d'accroitre la faible protection octroyée par le DIH (Chapitre 2).

Chapitre 1 L'obsolescence des dispositions du DIH applicable aux groupes armés

En l'état actuel du droit des conflits armés, le constat est implacable. En effet si ce droit comprend un régime, très élaboré, applicable aux CAI, c'est un autre, plus sommaire, plus elliptique qui s'applique aux CANI[235], donc la plupart du temps aux conflits auxquels prennent part des entités non étatiques. Ce maillage des CANI comporte beaucoup de zones d'ombre qui rendent rudimentaire le corpus normatif applicable (Section 1). Mais depuis le début des années 90 et la fin de guerre froide, on assiste à des mouvements tendant à renforcer le droit applicable aux conflits armés non internationaux (Section 2).

Section 1 Les zones grises du droit applicable aux Groupes Armés Non Etatiques

Non seulement les dispositions du DIH, régissant les conflits armés auxquels prennent part les entités non étatiques, sont, quantitativement, moins nombreuses par rapport au nombre sans cesse croissant de ces conflits et au nombre de victimes qu'ils engendrent, mais aussi, qualitativement, elles sont moins abouties que celles applicables aux CAI (§1). De plus, certaines méthodes de combats, très couramment utilisées par ces groupes, sont restées en marge de la réglementation. Il s'agit notamment de la guérilla (§2).

[235] Les différentes dispositions applicables aux CANI sont disséminées dans plusieurs conventions. Il s'agit entre autres de l'art.3 commun CG, l'art.19 de la Convention de La Haye de 1954 sur les biens culturels, le PA II, l'art.4 du statut du TPIR adopté par le CSNU le 8 Novembre 1994, le 2e Protocole à la Convention de 1980 tel que Modifié en 1996, l'art. 8§2- (c-f) du Statut de la CPI, l'art. 22 du Protocole de La Haye du 26 mars 1999, la Convention de 1980 telle que modifiée le 21 décembre 2001 et ses 5 Protocoles Additionnels applicables aux Etats ayant acceptés la modification, l'art. 3 du TSSL accord adopté entre l'ONU et la Sierra Leone le 26 janvier 2002. A toutes ces dispositions conventionnelles on peut ajouter les règles coutumières rédigées par le CICR dont 143 sur 161 couvrent au moins les CANI cf. HENCKAERTS et DOSWALD-BECK, *Droit international coutumier*, Bruxelles, Bruylant 2006.

Paragraphe 1 Un corpus normatif très peu fourni

A l'exception du PA II, les autres dispositions, applicables aux CANI, sont disséminées dans plusieurs conventions (A). Et lorsqu'elles sont enfin réunies dans un seul document, le PA II, ses conditions d'application deviennent trop rigoureuses (B).

A Une dispersion organisée

Jusqu'en 1949, lors de chaque conférence relative à l'élaboration d'un instrument du Droit International Humanitaire, la volonté des Etats était claire, il faut couvrir les CANI avec le voile de la souveraineté en les poussant hors du domaine couvert par le droit international. Et lorsqu'ensuite ils se sont résolus, en 1949 par le truchement de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, à accepter une prise en compte de cette situation au plan international, c'est par le biais d'une seule disposition fondue dans la masse des dispositions applicables aux CAI. Or, au moment de transformer enfin cet essai en 1977, lors de la signature des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, certains Etats se sont acharnés à purger le PAII de plus de la moitié de ses dispositions[236]. Pour l'heure, le droit conventionnel applicable aux CANI se limite principalement à l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, consacré aux « conflits de caractère non international » ainsi qu'au PA II aux Conventions de Genève, en date du 8 juin 1977, relatif à « la protection des victimes des conflits armés non internationaux.

L'évolution de la réglementation des CANI montre encore qu'il demeure parcellaire et est le fruit de couches différentes superposées les unes sur les autres sans cohérence d'ensemble. En effet à la lecture des autres dispositions applicables dans les CANI, il faut remarquer qu'elles sont reparties dans plusieurs instruments,

[236] Des 39 articles qu'il comptait au départ, seuls 18, hors dispositions finales, figuraient encore dans le document final soumis à la signature des parties. Il s'agit principalement des Etats ayant subi une domination coloniale et qui craignaient que ce Protocole ne soit utilisé par les anciennes puissances coloniales pour justifier leurs ingérences et ainsi fragiliser l'unité nationale socle de leur stabilité. On peut citer entre autres le Nigéria, Chine, Zaïre (République Démocratique du Congo), Inde Philippines. EL KHOUHENE (M), *les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 71-72.

hormis le Protocole Additionnel II, seul texte entièrement consacré à ce type de conflit[237]. Cette dispersion rend ainsi difficile toute vision d'ensemble cohérente[238]. En procédant ainsi, les Etats continuent d'affirmer leur mépris pour le droit international des CANI et tentent par tous les moyens de rendre difficile l'éclosion d'un droit spécifique prenant en compte les réalités propres de ces conflits.

B Un Protocole additionnel 2 aux conditions d'application renforcées

L'adoption d'un protocole unique applicable aux conflits internationaux et non internationaux ayant échoué[239], l'adoption d'un protocole spécifique à chacune des deux situations a laissé des traces. Les Etats du Tiers Monde ayant réussi à faire prendre en compte toutes leurs exigences dans le PA I, applicable aux CAI, se sont acharnés à laminer le PA II applicable aux CANI.[240] Dans cette optique, ils ont

[237] Il y a au moins une dizaine de conventions qui contiennent des dispositions applicables aux CANI, Cf. DAVID (E), *Principes du droit des conflits armés,* pp. 130-131, 5e édition, Bruylant, Bruxelles, 2013.

[238] De plus, jusqu'à une date récente, aucune de ces conventions et leurs protocoles additionnels ne sont spécifiquement destinés aux CANI. Ils sont érigés sur le modèle des CG, en ne contenant qu'un ou plusieurs articles applicables aux CANI. On peut citer à titre d'exemple l'art. 19, de la convention de 1954 sur la protection des biens culturels en période de conflits armés, seule disposition visant les CANI dans cette convention destinée à la protection des biens culturels lors des conflits armés adopté en 1954. Il a fallu attendre le deuxième Protocole additionnel datant du 26 mars 1999 qui étendra en son article 22, l'ensemble des dispositions aux CANI. Aussi par un amendement du 21 décembre 2001, les CANI furent couverts par les dispositions de la convention du 10 octobre 1980 sur certaines armes classiques et par celles de ses protocoles (sur les éclats non localisables aux rayons x, sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires, sur les armes à laser aveuglantes). La convention de Paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la production, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et de leur destruction s'applique aux CANI au sens de l'article 1er, ou de la convention d'Ottawa de 1997 sur l'interdiction de l'emploi, le stockage, de la production et du transfert des mines anti personnelles et sur leur destruction art. 1er, ou de la convention relative aux droits de l'enfant 1989 et de son protocole facultatif sur l'implication des enfants dans les conflits armés, art.4, 25mai 2000.

[239] Lors de la première session de la Conférence des experts gouvernementaux, en 1971 sous l'égide du CICR, la Norvège proposa une approche globale du développement du droit humanitaire qui ne distinguerait plus les CAI des CANI et qui se concrétiserait par l'élaboration d'un instrument international unique. Cette option n'a finalement pas été retenue dans le document final. *Rapport de la Conférence d'experts gouvernementaux,* 1971, p. 70. Cité dans *les commentaires des protocoles additionnels*, p. 1351.

[240] Il s'agit principalement de l'érection de la guerre de libération nationale en conflit armé international et donc avec pour conséquence l'application du droit des CAI, l'intégralité du DIH et des DH avec les protections y afférant. De l'autre côté les Pays en développement ne vont pas s'embarrasser pour dire tout le mal qu'ils pensent du PAII. Ainsi s'exprimaient certaines délégations. Pour le représentant nigérian, « la délégation du Nigéria n'a cessé, depuis le début, de mettre en garde la Conférence contre le danger qu'il risque de faire courir au maintien de la stabilité dans les pays en développement (...). En effet, les situations qui y sont évoquées se vérifieront,

renforcé les exigences du PA II qui sont ainsi plus rigides que celles de l'article 3 commun. L'article 1er PA II précise que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux hostilités « (…) qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés (…) ». Ce qui exclut donc de son champ d'application les affrontements opposant des groupes armés non étatiques entre eux. En effet le PA II ne régit pas les hostilités mettant aux prises des groupes armés non étatiques entre eux lorsqu'aucun d'entre eux n'est lié à la partie gouvernementale.

La conséquence immédiate induite par cette disposition, c'est qu'il ne reste que l'article 3 commun comme applicable aux hostilités entre groupe armés et ce quelle que soit l'ampleur des affrontements. Ainsi le PA II destiné à compléter cet article introduit plutôt un obstacle supplémentaire là où des simplifications étaient attendues. Une fois encore, dans le domaine des CANI, la souveraineté étatique a prévalu au détriment de la logique juridique et du bon sens, conduisant ainsi à l'exclusion de certains conflits, d'une rare intensité, du champ d'application du PA II, comme ce fut le cas du Liban et de l'Angola[241]. Dans ces deux cas, ou plus récemment dans les affrontements entre groupes armés organisés dans l'Est de la République Démocratique du Congo ou du Nord Mali, le PA II est inapplicable.

---

selon toute probabilité, dans les jeunes Etats tels que le Nigéria et dans ceux qui naitront de luttes armées contre les régimes répressifs mentionnés à l'article premier du projet de protocole I. Or il est d'expérience qu'au cours de telles luttes armées, nombreux sont les vautours qui s'assemblent, prêts à s'abattre et à semer la confusion. Combien de guerres ont été ainsi inutilement prolongées et combien de conflits qui auraient pu être localement réglés ont été volontairement étendus par des marchands d'armes ou des manipulateurs qui trop souvent n'étaient autres que des Etats qui, prêchant l'humanitarisme, n'avaient en réalité dans le cœur d'autre souci que celui d'empêcher les peuples qu'ils oppressaient d'accéder à l'indépendance politique et économique. Il est donc à craindre que, de nouveau, certains éléments dépourvus de scrupules n'hésitent pas le jour venu, à exploiter les principes humanitaires-louables, certes- exposés dans le présent protocole, pour parvenir à leurs fins. Pour ces motifs, la délégation du Nigéria ne peut donner au protocole II un appui sans réserve, (...) en raison de la présence de quelques articles qui risqueraient d'être utilisés comme "chevaux de Troie" pour justifier des ingérences dans les affaires intérieures des Etats et pour miner la stabilité politique des pays en développement. »
Pour les indiens, les pays en développement « ont conscience de la puissance des moyens de communication et de propagande dont disposent les puissants pays du monde. Les pays en développement ne peuvent exclure la possibilité d'une utilisation abusive du protocole II dans un monde idéologiquement divisé. ». Cf. EL KHOUHENE (M), *les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986 pp.70-71.

[241] BOTHE (M), « conflits armés internes et DIH », *RGDIP*, 1978, pp. 90-91.

Comparativement à l'article 3 commun, le PA II marque une évolution en octroyant une plus grande protection aux personnes civiles et aux belligérants[242]. Cependant, le PA II crée plus de problèmes qu'il n'en résout pour l'application du droit humanitaire, notamment par le sort qu'il réserve à la guérilla.

Paragraphe II Les incohérences de la règlementation de la guérilla

Bien qu'elles ne datent pas d'aujourd'hui, la guérilla et la guerre asymétrique ont connu des périodes fastes.[243] Mais ces derniers temps, la guerre asymétrique semble supplanter l'utilisation du mot guérilla pour désigner un conflit de même nature malgré quelques spécificités. Cette mutation conceptuelle (A) ne masque néanmoins pas le vide juridique qui entoure la réglementation de cette méthode de combat lorsqu'elle a lieu pendant un CANI (B) alors qu'elle est autorisée sous certaines conditions pendant un CAI (C).

A La mutation conceptuelle : De la guérilla à la guerre asymétrique

Le mot guérilla nous vient de la résistance des Espagnols, contre l'occupation napoléonienne entre 1808-1811[244], pour désigner la petite guerre, néanmoins on s'accorde à dire que c'est une notion qui ne date pas de cette période car elle remonterait aussi loin que la guerre elle-même[245]. Elle est une méthode de combat fondée sur la mobilité et le harcèlement, qui permet à une armée plus faible de porter des coups à une armée plus puissante sans donner à celle-ci l'occasion d'une victoire décisive. Elle est sans doute pour les humains une forme de combat plus naturelle que les tactiques complexes rendues possible par les organisations des

[242] « Les garanties fondamentales d'un traitement humain ont été renforcées. La protection des blessés et malades est beaucoup mieux assurée, le principe de l'immunité de la population civile est établi, les actions de secours en faveur de la population ont une meilleure base juridique. » BOTHE (M), *Op.cit*., p. 100.

[243] Des années 50-80 pour la guérilla. Et depuis le début des années 2000 on assiste à une résurgence de la notion de conflit asymétrique.

[244] Voir notamment VEUTHEY (M), *Guérilla et Droit Humanitaire*, Institut Henry-Dunant, 2e édition 1983, pp. 11-15.

[245]La guérilla est une méthode de combat qui remonterait à bien avant les campagnes napoléoniennes 1793-1815. Selon VEUTHEY (M), « forme originelle, primitive de la guerre, la guérilla est immémoriale et universelle. Elle est aussi vieille que la guerre elle-même », *Guérilla et Droit Humanitaire, Op. Cit*. p. 16.

armées régulières. Ainsi pour CHALLIAND (G), la guérilla « est une technique d'irréguliers, fondée sur la surprise et le harcèlement et destinée à affaiblir une armée régulière »[246].

Or de nos jours une nouvelle forme de guerre des faibles semble en passe de supplanter la guérilla : c'est la guerre asymétrique. Ayant les mêmes caractéristiques que la guérilla, la guerre asymétrique lui emprunte ses principales règles. Ainsi comme dans la guérilla, la partie la plus faible se dérobe, évite les chocs frontaux et préfère frapper par surprise et se noyer ensuite dans la population civile. Comme dans la guérilla, la partie la plus faible dans la guerre asymétrique compense sa faiblesse numérique ou matérielle par ces actions d'éclats et non par des offensives pour conquérir et tenir des positions. « Dans cette guerre, et enfin, l'ennemi est partout. Pas de front continu, pas de défenses bien localisées où pouvaient efficacement s'employer nos puissants et modernes moyens de guerre. Chaque touffe de bambou dissimule peut-être l'adversaire. Aussi, quelle tension d'esprit pour nos soldats qui doivent en tous lieux et à toutes heures du jour et de la nuit faire face à un insaisissable ennemi »[247].

On peut donc dire que la guérilla est une guerre asymétrique. Elle est caractérisée par une méthode de combat rudimentaire. C'est CHAUMONT (CH), qui l'exprime si bien en affirmant que « la guérilla est une méthode de combat ; elle est un rapport du faible au fort ; elle utilise un personnel de caractère différent. Ces trois points résument les caractéristiques propres de la guérilla, et la liaison étroite entre les procédés militaires et les données sociologiques du combat (...) que ces conditions viennent à disparaitre ou à s'atténuer, et notamment que l'égalité des forces vienne à s'établir, l'intérêt de la guérilla disparait ou s'atténue en même temps »[248].

---

[246]CHALLIAND (G), *Anthologie mondiale de la stratégie*, Paris, Robert Laffont, 2001, p. LVII.

[247] Citation du général Pellet, cité par GIAP in « Pages d'histoire 1945-1954 », *Etudes vietnamiennes*, Hanoï, 1965, n°7, p. 75.

[248]CHAUMONT (CH), « la recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla en DIH contemporain », in *Mélanges ROUSSEAU*, Paris, Pédone, p. 53. En effet on peut citer à titre d'exemple les cas de Boko Haram au Nigéria, et AQMI au Nord-Mali ou dans une moindre mesure l'EI en Irak et en Syrie. En effet dans les deux premiers exemples cités, ces groupes ayant militairement pris le dessus sur les forces gouvernementales, ont poussé leur avantage en conquérant et en maintenant des positions notamment des portions importantes du territoire. Mais une fois l'équilibre des forces ayant changé en faveur des troupes gouvernementales avec l'intervention des forces étrangères à l'appui de celles-ci, les insurgés ont repris la guerre de guérilla

Dès lors l'utilisation du vocable guerre asymétrique est plus fréquente que celui de guérilla. En effet l'asymétrie est double. D'une part au niveau des moyens matériels et de l'autre au niveau de la méthode de combat choisie.

D'une côté, en ce qui concerne les moyens matériels sauf à de rares exceptions, tous les conflits sont de fait asymétriques. Il est rare de trouver deux armées ayant la même quantité de matériel et surtout dotées de la même technologie.

De l'autre, au niveau de la méthode de combat, ici la logique est la même que dans la guérilla classique. Mais dans son acception occidentale, ce terme est utilisé surtout pour contrecarrer le concept de guerre à zéro mort. En effet les armées occidentales sont à un tel niveau de développement technologique qu'elles ont élaboré le concept de guerre à zéro pour montrer qu'elles peuvent frapper un ennemi partout où il se trouverait et en n'engageant que des moyens technologiques et épargner ainsi des vies humaines. Or dans la guerre asymétrique la supériorité matérielle et technologique devient un handicap qui alourdit et immobilise l'armée qui en est doté. Ce qui la rend vulnérable aux attaques de l'ennemi et donc augmente fortement la probabilité des victimes dans ses rangs. Dès lors la guerre asymétrique désigne désormais un conflit, certes similaire à la guérilla, dans lequel la supériorité technologique ne procure quasiment aucun avantage puisque l'ennemi se dérobe et fuit la confrontation, et préfère porter des coups sans donner la possibilité d'en prendre.

Mais quelle que soit la désignation utilisée, guérilla ou guerre asymétrique, le sort est diversement apprécié selon que le conflit est international ou non.

B L'admission sous condition de la guérilla dans le cadre d'un CAI

Lors de la refonte du DIH, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, le phénomène de la guérilla n'était pas méconnu[249]. Cependant, il est regrettable de

avec des opérations chocs ponctuelles tendant à rendre ingouvernables les secteurs qui leur ont été repris et à propager la peur.

[249] On peut citer à titre d'exemples la guérilla à laquelle la France était confrontée en Indochine depuis 1946 et qui a abouti à la débâcle des forces françaises à Diên Biên Phu le 7 mai 1954, aussi non loin de là, la guérilla communiste conduite par MAO en Chine qui a conduit à la prise du pouvoir par le Parti Communiste Chinois le 1er octobre 1949.

noter que le droit positif de la guerre issu des Conférences de Bruxelles de 1874[250], de La Haye de 1899, 1907 et développé à Genève en 1906, 1929 et 1949, n'a pratiquement pas remis en cause, pendant cent ans, le compromis qui avait été fait en 1874 entre les grandes puissances de l'époque confiantes dans la force de leurs armées régulières et les petits pays soucieux de défendre leur liberté et leur indépendance, même au prix d'une insurrection populaire et d'une guérilla. On peut donc légitimement se demander si la codification internationale, sans modifier l'approche générale du droit à l'égard de la guérilla, peut encore longtemps entretenir l'illusion d'avoir réglé le problème, ou n'entraîner que de nouveaux aménagements de détails sans commune mesure avec le développement de la guérilla et son contexte contemporain[251]. Il faut reconnaitre que la nature de la guerre change, en même temps que la politique et la société elle-même, et que les changements du droit des conflits armés devraient provenir des changements de la guerre elle-même, dans ses conditions techniques, politiques et morales. Or une telle réalité semble échapper aux CG sur certains points.

En effet elles n'évoquent pas explicitement la guérilla mais on peut aisément déduire qu'il en existe une allusion claire sous le vocable de « mouvement de résistance organisée » de l'article 13 commun aux CG I et II et l'article 4 de la CG III.[252] Ces deux articles imposent de rigoureuses conditions aux membres des mouvements de résistance pour bénéficier de la protection des CG. Elles le sont

[250] A l'initiative du Tsar Alexandre II de Russie, les délégués de 15 Etats européens se sont réunirent à Bruxelles le 27 juillet 1874 pour examiner le projet d'un accord international concernant les lois et coutumes de la guerre. La Conférence adopta le projet en y apportant de légères modifications. Toutefois, certains gouvernements ne voulant pas l'accepter comme une convention ayant force obligatoire, ce texte ne fut pas ratifié. Malgré cela, ce projet fut le premier pas important vers la codification des lois de la guerre.

[251]PICTET (J) Dans les commentaires de la CG III, reconnaissait que si on pouvait parler d'ajustement de détail c'est que la conférence diplomatique de Genève de 1949 tout en reprenant mot pour mot les conditions énumérées à l'art. 1[er] du Règlement de La Haye de 1907 n'a fait qu'ajouter l'expression « mouvements de résistance organisés » à celle de « milices » et de « corps de volontaires ». La seule concession est d'admettre, en dérogation à l'art.43 du règlement de la Haye, la licéité d'une résistance dans un territoire occupé. *Commentaires de la C.G. III*, p. 65.

[252] Cf. Art. 13-2 CG I-II et Art. 4-2 CG III :

a*)* d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;

b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;

c) de porter ouvertement les armes ;

d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.

tellement qu'elles deviennent inapplicables par ces mouvements au risque d'un anéantissement total. L'objectif était d'admettre la guérilla en la rendant inapplicable dans les faits. C'est ce qui a conduit à un rejet presque unanime de ces dispositions à cause de leur inefficacité pratique.

Le constat de l'échec de cette admission conditionnelle de la guérilla par les Conventions de Genève a été fait très tôt.[253] En effet La guérilla ne trouvait pas sa place dans le droit positif, ni historiquement, ni matériellement, et le droit coutumier issu de conflits classiques n'était pas, comme tel entièrement applicable à la guérilla[254].

Ainsi la nécessité d'une réévaluation de la situation devenait fondamentale à la faveur des négociations devant mener à l'élaboration des Protocoles Additionnels de 1977[255]. A cette occasion les rigoureuses conditions introduites dans les CG vont être atténuées par l'article 44 PA I. celui-ci, dans une tentative de prise en compte de la guérilla, ramène à deux les quatre conditions des articles 13 Convention Genève I et II et de l'article 4 Convention de Genève III.

---

[253] Le besoin général de réadaptation et de développement du droit humanitaire a souvent été souligné, dès 1953 le CICR a abordé le problème dans un rapport remis par une *commission d'experts chargée d'examiner la question de l'assistance aux détenus politiques* 9-11/6/1953, Genève, 1953, p. 9. A la suite du CICR une abondante doctrine est allée dans le même sens. Ainsi pour MEYROWITZ, ce qu'exprimait les groupes armés de l'époque était que le droit de la guerre en général, conventionnel et coutumier, n'est pas applicable à leur lutte, parce qu'il n'est pas adapté à leurs actions et à l'organisation de leurs forces. In « le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », *AFDI*, 1967, p. 173**.** Pour certains, le droit prétend ignorer la guérilla, prisonnier qu'il est d'idées caduques et d'un système juridique dépassé H. de A. OLIVIERA, *Guerra revolucionara,* Lisbonne, 1966, p. 215. D'autres suggèrent une réévaluation des lois et coutumes de la guerre relatives à la guérilla nécessaire pour préserver quelque humanité et prévenir un retour à des méthodes barbares R.D POWERS « guerrillas and the law of war », U.S. Naval Institute proceedings, 3/1963, Pp. 86-87, cités par VEUTHEY (M) in *guérilla et droit humanitaire*, p. 25.

[254] MEYROWITZ, Op.cit., p. 174**.**

[255] Le DIH a fait l'unanimité contre lui dans son incapacité à régir ce phénomène pourtant bien connu lors de l'élaboration des CG. En effet Pictet en 1969 mentionnait la guérilla comme un des éléments qui imposait une étude nouvelle des lois et coutumes applicable en conflit PICTET (J). « La restauration nécessaire des lois et coutumes applicable en cas de conflits », *Revue de la commission internationale de juristes,* Genève, n°1, pp. 25-46, plus précisément p. 40.

Pour BINDSCHEDLER (D), « L'extension qu'a prise la guerre de guérilla dans le monde actuel, spécialement depuis la SGM, a suscité le besoin de réexaminer les lois et coutume des conflits armés sous l'angle des particularités de cette méthode particulières de combat **».** *Reconsidération du droit des conflits armé*. Rapport présenté à la conférence sur le droit des conflits armés Dotation Carnegie, Genève 15-20/9/1969, p. 124.

L'article 44-3 dispose :

> « Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Étant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement :
>
> *a)* pendant chaque engagement militaire ; et
>
> *b)* pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer.
>
> Les actes qui répondent aux conditions prévues par le présent paragraphe ne sont pas considérés comme perfides au sens de l'article 37, paragraphe 1 *c*. ».

Ainsi cet assouplissement opéré par le PA I contraste avec la rigidité de l'article 4 CG III qui imposait des conditions dignes d'une armée régulière aux forces de guérilla. Désormais, certes, la guérilla est légalisée uniquement dans les CAI mais avec une double condition qui tient compte de la nécessité d'un certain équilibre entre la protection de la population et les nécessités militaires inhérentes à la guérilla. De plus l'obligation de respecter les lois et coutumes de la guerre au risque de perdre son statut de combattant est supprimée pour les guérilleros aussi.

Dans les CG tout comme dans le PA I, les allusions à la guérilla permettent de l'inclure implicitement dans certains conflits qui sont à la base des CANI requalifiés CAI pour des raisons politiques et idéologiques. Aussi cela avait permis de passer, volontairement, sous silence la guérilla dans le cadre des CANI du PA II.

C Le silence du PA II sur la guérilla

Il faut constater qu'il y a, parfois, des situations qui démontrent le profond paradoxe qui caractérise le droit international humanitaire moderne. En effet lors de l'adoption des deux Protocoles Additionnels de 1977, la guérilla était une des méthodes de combat les plus couramment utilisées par les armées faiblement dotées en moyen humain et matériel. Elle l'est d'autant plus que la majorité des

conflits qui avaient cours en cette période-là comprenait une large part de guérilla, surtout du fait des mouvements de libération nationale[256]. De plus, les guerres de libération nationale sont des CANI qui n'ont été élevées au rang de CAI que du fait du fort activisme des pays du Tiers Monde. Mais paradoxalement le PA I, régissant les CAI, règlemente la pratique de la guérilla alors même que le PA II qui, lui, s'applique aux CANI, matériellement plus propices à cette méthode de guerre, ne l'envisage aucunement. Par conséquent la guérilla, principale méthode de lutte des groupes armés non étatiques se retrouve en marge du droit des CANI. Ainsi DEYRA (M) déclare à ce propos « qu'aujourd'hui le guérillero, dans le droit de la guerre est un combattant régulier lorsqu'il participe à un Conflit Armé International et dans le cadre d'un conflit armé non international, les guérilleros seront perçus comme des criminels de droit commun »[257]. C'est donc logiquement que l'article 3 commun et le PA II ne l'évoquent même pas. Dès lors le silence de l'article 3 commun et du PA II porte à interprétation.

D'une part, on peut logiquement supposer que ces deux dispositions n'interdisent pas la guérilla. En effet si l'on se rappelle la vigueur avec laquelle certains Etats s'étaient opposés au PA II on a du mal à comprendre pourquoi ils se seraient privés d'exclure explicitement la guérilla du champ d'application de ce Protocole. Ainsi, on pourrait appliquer les conditions de l'article 44-3 PA I à des forces opérant par guérilla dans le cadre d'un CANI car au final ce sont, parfois, de forces identiques qui sont soumises au PA I notamment dans le cadre d'une guerre de libération nationale où le groupe armé qui s'oppose aux forces armées de la puissance colonisatrice ne sont pas encore étatiques.

D'autre part on peut penser aussi qu'elle est interdite. Ainsi à se référer aux travaux préparatoires des Protocoles Additionnels, la seconde hypothèse semble la plus plausible notamment compte tenu de la volonté des Etats parties de restreindre le plus possible le droit applicable dans le cadre des CANI.

[256] Nous citerons à titre d'exemple les conflits dans les anciennes colonies portugaises du Mozambique, de l'Angola, de la Guinée –Bissau et du Cap Vert.
[257] DEYRA (M) *Le droit dans la guerre*, Paris, Gualino, 2009, p. 44.

En effet, il est illusoire de maintenir des dispositions juridiques discriminatoires pour décourager le recours à la guérilla car ce sont de puissants facteurs politiques et militaires qui déterminent le recours à cette forme de combat[258].

Selon CHAUMONT (CH) « il est anormal de pérenniser la carence du droit international, lorsque les situations dont le droit devrait tenir compte correspondent, non à une circonstance éphémère, mais à un phénomène durable et frappant. La norme juridique est l'expression d'un besoin, en ce sens qu'à partir d'un certain niveau de contradiction, la nécessité d'une solution est plus intense que le contenu même de cette contradiction »[259].

Ainsi ni l'article 3 commun et encore moins le PA II ne font allusion à la guérilla alors même que la quasi-totalité des conflits qu'ils régissent comprennent une large part de guérilla sinon exclusivement menés par le biais de cette méthode. Or la prise en compte par le PA I de la guérilla ne change pas la structure des groupes armés qui y sont engagés. Ainsi que ce soit dans le cadre d'un conflit armé international ou non international les méthodes de la guérilla sont les mêmes. Lors des négociations de 1971, le CICR constate que « les experts ont souligné, que la guérilla n'était pas une catégorie de conflit mais une forme de lutte »[260].

Cette forme de lutte n'est pas liée à une catégorie spécifique de conflit armé, et peut donc se concevoir tant dans un CAI que dans un CANI. Nonobstant cette réalité qui ne leur a pas échappé, « la plupart des experts ont considéré opportun, tout en concevant l'utilisation de la guérilla dans les deux types de conflits, de se borner à l'examen du phénomène dans les conflits internationaux »[261].

Il ne servirait à rien de vouloir réglementer la guérilla en lui appliquant des dispositions qui ne prennent pas en compte ses spécificités[262]. En effet dans la

---

[258]BIERZANEK (R), *Le statut juridique des partisans et des mouvements de résistance armée, évolution historique et aspects actuels*, in Mélanges offert à ANDRASSY (J), La Haye, Nijhoff, 1968, p. 74.

[259] CHAUMONT (CH), *Op. Cit*., pp. 47-48.

[260] *Rapport de la conférence d'experts de 1971* Op. Cit., §.364.

[261]*Rapport de la conférence d'experts de 1971*, Op. Cit., §.361.

[262] CHAUMONT (CH), *Op. Cit* p. 60, affirme qu'à « partir du moment où le droit humanitaire est prêt à couvrir certains conflits ne présentant pas un caractère international, le critère de l'activité combattante, qui nous parut crédible pour les conflits internationaux, semble s'imposer encre plus ici ».

guérilla le front est partout et nulle part. Aussi, le combattant et la population finissent par faire corps, car la caractéristique principale de la guérilla est l'immersion de ses membres dans la population civile qui leur sert de bouclier humain et de réservoir de ressources humaines.

Ces deux spécificités de la guérilla sont clairement en contradiction avec deux autres principes tout aussi cardinaux qui sont le principe de distinction entre civil et combattant et celui de l'immunité de la population civile contre les attaques. Le guérillero, combattant la nuit et paysan le jour, est la réincarnation moderne du poseur d'engin explosif improvisé se faufilant discrètement dans la population aussitôt son forfait commis.

Toute la difficulté de la prise en compte de la guérilla par le droit des conflits armés se situe à ce niveau. En effet comment prendre en compte un phénomène dont les principes fondamentaux sont en contradictions avec les règles cardinales du droit des conflits armés ?

Pour les groupes armés procédant par cette méthode, renoncer à ces avantages équivaudrait à un suicide.

La couverture de la guérilla et plus globalement de l'ensemble des CANI est très insuffisante. Ainsi, dans l'optique d'étendre le droit applicable à ces types de conflits, plusieurs actions ont été menées par les différents acteurs intervenants dans ce domaine.

Section 2 L'extension du droit applicable aux groupes armés

La fin de la guerre froide, a permis la fin des blocages persistants au sein du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Celui-ci a pu jouer un rôle fondamental dans l'évolution du droit des conflits armés, surtout non internationaux. En effet la résolution du conflit en Ex-Yougoslavie et au Rwanda a nécessité l'érection de tribunaux *ad-hoc* pour sanctionner les violations graves du droit des conflits armés. De plus, au cours de la même décennie, un processus de plusieurs années a abouti

à la création d'une cour pénale internationale en 1998 qui entrera en vigueur le 1er juillet 2002 avec la 60e ratification déposée simultanément par plusieurs Etats.

De l'avis général, le droit des CANI est une réglementation minimale qui accorde une protection minimale. Ainsi depuis quelques années, plusieurs actions visant à accroitre ses dispositions sont conduites par différents acteurs impliqués dans la mise en œuvre du droit des conflits armés. Cette idée d'une extension du droit des conflits armés internationaux à ceux non internationaux s'applique progressivement au droit conventionnel. Le rapprochement, en droit positif des conflits armés, entre le droit des CANI et celui des CAI s'abreuve ainsi à de nombreuses sources. En effet face à l'immobilisme des Etats pour une adaptation des instruments conventionnels, les tribunaux pénaux internationaux ont initié le mouvement. Depuis le début de la décennie 90, on assiste à des initiatives tout azimut.

Ainsi l'évolution amorcée dans les instances internationales (§1) se conjugue avec la pratique des accords spéciaux, compétence reconnue par les conventions de Genève au profit des belligérants (§2).

Paragraphe 1 L'évolution amorcée par les instances internationales

La décennie 90 a été une période faste pour le développement du droit des CANI. En effet trois mouvements différents ont permis de desserrer l'étreinte autour de ce droit. Ceux-ci peuvent être résumés en deux car d'une part l'action des Etats entamée au sein des instances internationales s'est poursuivie avec la création de juridictions pénales internationales (A) et d'autre part l'étude du CICR sur la coutume a été d'un apport capital (B)

A L'activisme pour la création des juridictions pénale internationales

Malgré une apparente réticence de façade les Etats ont beaucoup œuvré pour la création des juridictions pénales internationales notamment dans le cadre de

forums internationaux. Ces juridictions constituent aujourd'hui un canal éprouvé par lequel elles ont fortement contribué à améliorer le droit des CANI (1). Néanmoins, cette action comporte souvent des situations confuses (2).

1 La création des Tribunaux Pénaux Internationaux comme premier jalon pour l'amélioration du droit des CANI

Malgré les fortes réticences qu'ils expriment lors des négociations de certaines conventions relatives au droit des conflits armés, les Etats contribuent, néanmoins, depuis quelques années au renforcement du droit applicable aux CANI. Cette contribution est à un double niveau.

D'un côté l'action des Etats a été favorisée par la fin de la guerre froide, et son corollaire l'affrontement idéologique, qui a permis d'obtenir le consensus lors des différentes négociations concernant les instruments du droit international humanitaire. Cette attitude qui contraste avec la méfiance observée lors des précédentes conférences diplomatiques, ayant conduit à l'adoption des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles Additionnels de 1977, a aussi favorisé l'adoption de toute une série de protocoles additionnels à plusieurs conventions applicables aux conflits armés. Ces différents protocoles additionnels ont ainsi permis d'étendre l'intégralité de certaines conventions, dont jadis seulement quelques articles étaient applicables, aux CANI[263]. Ceci est le reflet d'une tendance, toujours en cours, qui vise à permettre une plus grande couverture des CANI devenant de plus en plus cruels. Dès lors la seule préservation de la souveraineté des Etats, ne sert plus à légitimer et à justifier la carence et les déficiences du droit des CANI. De plus, en vue de renforcer le respect des

[263] Ainsi le deuxième protocole additionnel du 26 mars 1999 étend en son article 22, l'ensemble des dispositions de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé aux CANI. Aussi par un amendement du 21 décembre 2001, les CANI furent couverts par les dispositions de la convention du 10 octobre 1980 sur certaines armes classiques et par celles de ses protocoles (sur les éclats non localisables aux rayons X, sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires, sur les armes à laser aveuglantes.).La convention de paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la production du stockage et de l'emploi des armes chimiques et de leur destruction s'applique aux CANI au sens de son article 1er. La convention d'Ottawa de 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage de la production et du transfert des mines anti personnelles et sur leur destruction art. 1er. La convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et de son protocole facultatif du 25 mai 2000 sur l'implication des enfants dans les conflits armés en son art. 4.

dispositions applicables dans les conflits armés et par là même la protection des victimes, les Etats ont entrepris, dans le cadre des Organisations Internationales, la création d'instances juridictionnelles pour sanctionner les auteurs des violations du droit des conflits armés. C'est ce changement de mentalité qui a motivé l'interprétation et l'extension des dispositions en cause par les juges des tribunaux pénaux internationaux ainsi mis en place par les Etats.

Ensuite, en ce qui concerne l'apport des tribunaux pénaux internationaux, leur œuvre a été fondamentale. Ils ont opéré en deux temps, en précisant d'un côté certaines notions du droit des conflits armés demeurées imprécises dans les différentes conventions[264], et de l'autre en étendant aux CANI certaines dispositions applicables aux CAI. Dès 1986, la cour internationale de justice affirme que l'article 3 commun reflète « des considérations élémentaires d'humanité » devant trouver à s'appliquer dans tout conflit armé[265]. En 1994, l'article 4 du statut du tribunal pénal pour le Rwanda[266], affirme sans ambiguïté la possibilité de poursuivre les auteurs des violations de l'article 3 commun et du PA II. Le tournant décisif est intervenu sous l'égide du TPIY en 1995, qui malgré l'absence d'indication

[264] On peut citer à titre d'exemple l'impact retentissent qu'a eu l'arrêt *Tadic* de 1995 sur la définition de la notion de CANI, ce qu'aucune disposition conventionnelle n'a réussi à faire avant, voir, TPIY, Le *Procureur c/ Dusko Tadic, alias Dule », 2* octobre 1995, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, §. 70**.**

[265]*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, 27 juin 1986, §§. 218-220.

[266]Article 4 du statut du TPIR : Violations de l'Article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des violations graves de l'Article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes en temps de guerre, et du Protocole additionnel II auxdites Conventions du 8 juin 1977. Ces violations comprennent, sans s'y limiter :

a) Les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles ;

b) Les punitions collectives ;

c) La prise d'otages ;

d) Les actes de terrorisme ;

e) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur ;

f) Le pillage ;

g) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ;

h) La menace de commettre les actes précités.

expresse en ce sens dans son statut, et en se basant sur le développement de la coutume pertinente, affirme sa compétence à l'égard des crimes de guerre commis dans un CANI[267].

Dès lors la première action vise d'abord à déverrouiller les rigoureuses conditions d'application du PA II. Son article premier exclut de son champ d'application les CANI où les groupes armés s'opposent entre eux, situation très fréquente dans les conflits armés qui se déroulent sur le territoire d'Etats déstructurés où les forces armées gouvernementales se trouvent disloquées[268]. De même, cette disposition ne couvre pas les situations conflictuelles où les forces armées gouvernementales ne parviennent pas à prendre rapidement le dessus sur des insurgés et qui se prolongent dans le temps, sans que ces derniers puissent pour autant contrôler une partie du territoire de l'Etat qu'ils affrontent. D'après le TPIY, les combats se prolongeant[269] dans le temps qui se déroulent sur le territoire d'un Etat et qui opposent les forces armées gouvernementales à des groupes armes organisés, ou encore de tels groupes entre eux, sont qualifiés de CANI[270].

[267] TPIY, *Le Procureur c/ Tadic*, 2 octobre 1995, *Op. Cit*., §§. 128-137.

[268] On peut citer l'exemple de la Somalie où la chute du régime du Président Siyaad BARRE, a laissé le pays à la merci des chefs de guerre s'appuyant chacun sur des bases ethniques. En effet jusqu'à la fin des années 90 aucune force armée ne représentait le gouvernement central. Ces conflits appelés conflits déstructurés sont des affrontements qui se déroulent dans un Etat en faillite. Ils se caractérisent donc par l'absence d'un pouvoir central, d'une multitude de factions armées, mal organisées, sans structure visible de commandement, menées par des seigneurs de guerre, dont les buts de lutte ne sont pas toujours clairs ni visiblement reliés à une idéologie. Pour plus de détails, voir ABI-SAAB (G), **«** Les protocoles additionnels vingt-cinq ans après »**,** *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire,* Actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut d'études de droit international de l'Université de Lausanne (Suisse) **(**Flauss (J-F), dir. Nemesis/Bruylant, 2003, p. 31 **;** LAFRANCE (L), *Droit humanitaire et guerres déstructurées. L'exemple africain,* Liber, 2006 **;** DEYRA (M)*, Le droit dans la guerre,* Gualino, 2009, pp. 228-229 ; HERRMANN et PALMIERI, « Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ? », *RICR* 2003, n°849, pp. 23-44, principalement pp. 24-29.

[269]La durée du conflit, comme critère de qualification du CANI, a été proposée aux Conférences Diplomatiques de 1971 et 1972. Ainsi, la proposition du comité de rédaction de la Conférence de 1971 parlait de conflits armes se poursuivant « pendant une certaine durée ». Si quelques experts ont repris cette idée lors de la Conférence de 1972**,** la grande majorité a finalement renoncé à cette condition ; car le critère de durée peut être subjectif et permettre au gouvernement établi d'écarter l'application des règles envisagées dans une situation où cette dernière se justifierait pleinement.

[270] TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, 2 octobre 1995, *Op. Cit*., §70.

En effet, les CANI récents se caractérisent par leur durée[271]. Même s'ils sont souvent entrecoupés de cessez-le-feu, ces conflits se prolongent dans le temps[272]. C'est pourquoi le critère du temps a été adopté par le Tribunal, car il semble mieux adapté aux nouvelles circonstances, et il a l'avantage de fixer un seuil moins élevé que les rigoureuses conditions du PA II. Il est nécessaire de rappeler que ce critère répond plus à un besoin de réalisme. Dans l'affaire *Tadic*, le TPIY a rejeté l'idée, émise par le procureur, selon laquelle le conflit devait être considéré comme international en raison de la qualification qui lui avait été conférée par le Conseil de sécurité. Dans le même temps, il a rejeté les arguments de Tadic, qui affirmait que l'article 3 du Statut du Tribunal, selon lequel le Tribunal « est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre », était inapplicable. La Chambre d'appel du Tribunal a cependant affirmé que l'article 3 de son Statut couvre toutes les « violations sérieuses » du droit international humanitaire conventionnel et coutumier[273]. Le tribunal affirme que « ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils »[274]. Ce concept fondamental est à l'origine de la formation progressive de règles qui étendent aux CANI les prohibitions générales se rapportant aux CAI[275]. L'apparition

[271] Plusieurs exemples peuvent servir à illustrer cette nouvelle donne : La Somalie est prolongée dans une situation conflictuelle sans discontinuer depuis la fin des années 80. Il en est de même de l'Est de la RDC où même l'intervention du plus grand contingent de casques bleus de l'ONU n'a pas permis de mettre fin aux affrontements et ce depuis plus de 20 ans. On peut aussi citer le cas du Libéria ou de la Sierra Léone qui ont subi des situations pareilles dans les années 1990-2000.

[272] « Le champ temporel et géographique des conflits armés internationaux et des conflits armés non internationaux s'étend au-delà de la date et du lieu exacts des hostilités » TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, 2 octobre 1995*, Op. Cit*., §67.

[273]Article 3 du statut du TPIY intitulé Violations des lois ou coutumes de la guerre **:** Le Tribunal international est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées :
a) l'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles ;
b) la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;
c) l'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus ;
d) la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des œuvres d'art et à des œuvres de caractère scientifique ;
e) le pillage de biens publics ou privés.

[274] TPIY, *Le procureur c/ Tadic*, 2 octobre 1995, *Op. Cit*., §. 119 *in fine*.

[275] Ibid., §. 120.

des règles générales susmentionnées sur les CANI n'implique pas que tous les aspects de ces derniers soient réglementés par le droit international général[276].

Par ces moyens le TPIY arrive non seulement à contourner les rigueurs du PA II en palliant les insuffisances de l'article 3 commun, mais aussi à le rapprocher du PA I. De plus, ce critère permet d'étendre l'application de PA II aux affrontements entre groupes armés entre eux et ce même en l'absence des troupes gouvernementales ou d'un quelconque lien d'une des parties avec celles-ci. L'Institut de droit international, dans ses résolutions de 1975[277] et de 1999[278], a évoqué cette situation en incluant dans la définition qu'il donne des CANI, sans se référer à l'article 3 commun, les situations où, en l'absence d'un gouvernement établi, plusieurs groupes se disputent le pouvoir par les armes[279]. En effet malgré les insistances du CICR cette situation jugée très hypothétique n'a pas été retenue par les rédacteurs du PA II[280].

Ainsi pour combler ces insuffisances, les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, procèdent à un rapprochement entre les atrocités qui ont lieu au cours des conflits armés internationaux et ceux non internationaux. Cette similitude dans l'horreur leur a ainsi permis d'étendre certaines des dispositions du droit des CAI aux CANI.

---

[276] Deux limites particulières méritent d'être notées : d'une part, seul un certain nombre de règles et de principes régissant les conflits armés internationaux ont progressivement été étendus aux conflits internes ; et de l'autre, cette évolution n'a pas revêtu la forme d'une greffe complète et mécanique de ces règles aux conflits internes ; plutôt, l'essence générale de ces règles et non la réglementation détaillée qu'elles peuvent renfermer, est devenue applicable aux conflits internes Ibid. §. 126.

[277] INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Session de Wiesbaden - 1975 « Le principe de non intervention dans les guerres civiles », Article 1er, 1-b « deux ou plusieurs groupes qui, en l'absence de tout gouvernement établi, se disputent le pouvoir de l'Etat ».

[278] INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Session de Berlin – 1999 L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques, I « l'expression "conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques" vise les conflits armés internes entre les forces armées de plusieurs entités non étatiques ».

[279] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56, 1975, pp. 544-546. Dans sa résolution de Berlin en 1999 sur « l'application du droit humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques », l'IDI va plus loin en ne faisant plus de distinction entre les CANI qu'il soumet à l'art. 3, au PAII et aux règles coutumières du DIH applicables à la conduite des hostilités et à la protection des victimes.

[280] Il faut cependant souligner qu'au moment de la rédaction du PA II, les affrontements entre groupes armés faisaient rage au Liban. Depuis l'adoption du Protocole, cette situation s'est banalisée au point de devenir quasiment la règle actuellement. Pour exemple on peut citer la Libye depuis 2011, la Somalie jusqu'en 2006 ou la Syrie où sur des portions entières du territoire, ce sont des groupes armés qui s'affrontent entre eux.

Or le statut de la CPI semble apporter certaines complications à une situation qui paraissait pourtant claire.

2 Les complications introduites par le statut de la CPI

Mais le statut de la Cour Pénale Internationale (CPI) semble allé à contre sens de cette importante avancée opérée par les tribunaux ad hoc. En effet ce statut crée non seulement une confusion mais aussi une difficulté inutile en opérant une distinction supplémentaire au sein même de la catégorie des CANI en son article 8-(2) et dont les paragraphes (c) et (e) distinguent respectivement « (…) les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (…) », des « (…) autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international (…) »[281].

Cette distinction opérée au sein d'un bloc que les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* cherchent tout entier à soumettre au moins partiellement au droit des CAI, n'a pas manqué de créer la controverse sur le fait de savoir s'il s'agit d'un nouveau type de CANI ou pas. Ceci d'autant plus que le même article 8-2 précise à son alinéa d) que : « L'alinéa c) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international (…) ». Il fait une précision supplémentaire à l'alinéa f) en disposant qu'il « (…) S'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux »[282].

D'un côté, on peut penser que les deux paragraphes couvrent une seule et même réalité car l'intention des négociateurs du Statut n'était pas de créer une catégorie distincte de CANI. La référence à la durée dans le paragraphe (2) (f) visait au contraire à éviter que la notion restrictive figurant dans le PA II soit reprise dans le Statut. Il s'agissait en quelque sorte de trouver un compromis entre le projet original, qui ne faisait pas de différence entre les paragraphes (2) (d) et (2) (f), et la

[281] *Statut de la CPI*.

[282] Cette définition est inspirée de la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie qui a considéré « qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État », *Affaire Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, §. 70.

volonté de certains États d'insérer les restrictions du PA II dans ce second paragraphe[283].

De l'autre côté en revanche que si la notion de CANI au paragraphe (2) (d) renvoie directement à celle de l'article 3 commun, celle du paragraphe (2) (f) y ajoute un critère temporel. Il y a CANI au sens du paragraphe (2) (f) lorsque ce conflit se déroule « de manière prolongée ». Tandis que sous l'angle du paragraphe (2) (d) la durée est un facteur qui peut être pris en compte dans l'évaluation de la situation, mais ne constitue pas un critère obligatoire, elle fait partie en revanche de la notion même du paragraphe (2) (f). Cette notion ne semble donc pas constituer une élaboration du champ d'application du paragraphe (2) (d), mais crée une catégorie de CANI distincte en vue de criminaliser, dans le cadre du Statut de la CPI, des violations du droit international humanitaire supplémentaires, à savoir celles de règles figurant dans le PA II. Le besoin de trouver un compromis lors de l'élaboration de cette disposition semble indiquer qu'il s'agissait bien de s'entendre sur une catégorie différente de celle figurant au paragraphe (2) (d). La jurisprudence tend à confirmer cette seconde interprétation. Dans l'affaire *Lubanga Dyilo*, la Chambre préliminaire de la CPI se réfère au PA II pour interpréter le paragraphe (2) (f) du Statut. Elle semble ainsi vouloir donner à cette disposition un sens distinct, définissant un seuil d'applicabilité spécifique. Ainsi formulée, cette définition semble donc délimiter un champ d'application plus strict que celui de l'article 3 commun, puisqu'elle requiert que les affrontements se déroulent sur une certaine durée[284]. Elle est en revanche plus large que celle du PA II, puisqu'elle n'exige pas que le groupe ou les groupes armés concernés exercent un contrôle territorial. La catégorie de conflit visée ici se trouve ainsi à mi-chemin entre celles

[283] La formulation du paragraphe (2) (f) est le fruit d'une initiative de la Sierra Leone visant à trouver un compromis entre les délégations favorables à une introduction d'une liste de crimes de guerres applicables aux CANI et celles qui s'y opposaient. Une première proposition en ce sens consista à restreindre le champ d'application des crimes figurant au paragraphe (2)(e) en reprenant les critères développés à l'article 1(2) du P.A. II, (A/CONF.183/C.1/L.59). Faute d'accord sur cette proposition, la Sierra Leone suggéra le texte finalement retenu. Il s'agissait d'apaiser les délégations opposées à l'introduction des crimes de guerre dans le droit des conflits armés non internationaux, tout en évitant un seuil aussi élevé que celui du Protocole additionnel II, (A/CONF.183/C.1/SR.35, §. 8).

[284] CPI, *Le Procureur c/ Thomas LUBANGA DYILO*, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §§. 229-237. Plus précisément, §. 234.

de l'article 3 commun et du PA II. En somme, le Statut de la CPI semble distinguer deux types de CANI : les conflits au sens de l'article 3 commun, qui correspondent aux paragraphes (2) (c) et (2) (d) ; et les CANI « prolongés » qui correspondent aux paragraphes (2) (e) et (2) (f)) du statut de la CPI

Précisons que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux cas soumis à la compétence de la Cour et donc, elles ont un effet limité. Cependant nous estimons pour notre part, dans ce cadre-là, qu'il s'agit bien d'une nouvelle catégorie de CANI ou au moins d'une tentative de reprise en main ratée de la part des Etats, dont certains avaient voulu introduire les rigoureuses conditions du PA II dans le statut. En effet du moment qu'il y existe une qualification légale soumise à un régime juridique spécifique, on peut soutenir que le Statut crée une nouvelle catégorie de CANI. Par ailleurs, le Statut prévoit différentes règles de protection en fonction des différents types de CANI. La protection des victimes, dans ce cas, est inégalitaire. Par exemple, des attaques contre des unités sanitaires, des viols massifs, des déportations ou des mutilations intentionnelles seraient des crimes de guerre si le CANI se prolongeait, et ne le seraient pas s'il durait peu. Enfin, dans les conflits armés prolongés, les crimes de guerre seraient représentés tant par les violations graves de l'article 3 commun (art. 8, par. 2, al. *c))* que par celles relatives aux lois et coutumes de la guerre (art. 8, par. 2, al. *e)),* alors que, dans les CANI courts, seules les violations graves de l'article 3 commun seraient susceptibles d'être qualifiés de crimes de guerre. Mais l'application de plus en plus importante des règles coutumières de droit humanitaire devrait limiter les effets négatifs de cette protection inégalitaire, dans la mesure où il tend à harmoniser les règles applicables.

B L'apport de l'Etude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier

La jurisprudence de ces tribunaux a aussi accéléré l'aboutissement de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier en 2006 et qui fait une large

part aux règles coutumières applicables aux CANI[285]. En effet cette étude démontre le profond contraste qui existe entre la volonté des Etats, exprimée dans le cadre conventionnel, et la pratique. Alors que le droit conventionnel applicable aux CANI est sommaire et rudimentaire, le droit coutumier applicable à ces mêmes conflits est plus étoffé. Autrement dit, les Etats adoptent une attitude plus progressiste, plus protectrice dans leur pratique du droit des CANI que ne le laisse présager leur méfiance et leur mépris dans les conventions applicables à ces mêmes conflits.

D'une part, cette étude semble s'inscrire dans le mouvement initié par les tribunaux pénaux *ad hoc* en vue d'uniformiser le droit applicable aux CANI. C'est dans cette optique que l'étude du CICR n'opère plus de distinction entre les CANI soumis à l'article 3 commun et ceux de l'article 1er PA II. Elle les soumet tous aux mêmes dispositions applicables aux CANI. Bon nombre des dispositions du PA II sont maintenant considérées comme faisant partie du droit international coutumier et sont donc contraignantes pour toutes les parties aux CANI. Elles couvrent notamment l'interdiction des attaques dirigées contre les personnes civiles, l'obligation de respecter et de protéger les personnels sanitaire et religieux, les unités et les moyens de transport sanitaires, l'interdiction de la famine, l'interdiction des attaques contre des biens indispensables à la survie de la population civile, l'obligation de respecter les garanties fondamentales des personnes qui ne prennent pas ou plus une part directe aux hostilités, l'obligation de rechercher et de recueillir les blessés, les malades et les naufragés, l'obligation de rechercher et d'enlever les morts, l'obligation de protéger les personnes privées de liberté, l'interdiction des déplacements forcés de civils, et des protections spécifiques pour les femmes et les enfants.

[285] Cette étude a été menée conformément au mandat que la Vingt-Sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, réunie à Genève du 3 au 7 décembre 1995, a confié au CICR : préparer, avec l'assistance d'experts du droit international humanitaire représentant diverses régions géographiques et différents systèmes juridiques, ainsi qu'en consultation avec des experts de gouvernements et d'organisations internationales, un rapport sur les règles coutumières du droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux, et (...) faire parvenir ce rapport aux États et aux organismes internationaux compétents. *Etude sur le DIH coutumier Op. Cit*. p. XIX.

D'autre part, le droit international humanitaire coutumier va au-delà des dispositions rudimentaires de l'article 3 commun et du PA II. La pratique a révélé un nombre important de règles coutumières supplémentaires relatives à la conduite des hostilités[286], des règles relatives aux personnes et aux biens particulièrement protégés[287], ainsi que des règles sur des méthodes particulières de combat[288].

Il faut noter que le droit coutumier étant issu de la pratique des Etats, de la façon dont ils se comportent pendant un CANI ou même un CAI, cette étude ne crée donc pas un nouveau droit, mais fournit une photographie des règles existantes du droit international humanitaire coutumier. Ainsi dans la pratique, les Etats vont au-delà des rigoureuses règles auxquelles ils se soumettent dans le cadre conventionnel. Ils s'autorisent, face à la réalité des hostilités, ce qu'ils s'interdisent dans les conventions.

En plus de tous ces moyens, les groupes armés peuvent aussi étendre les dispositions conventionnelles applicables aux conflits auxquels ils prennent part par le biais des accords spéciaux.

Paragraphe 2 L'œuvre des groupes armés : la possibilité d'accords spéciaux

La Convention de Genève de 1929 a ouvert la voie à la conclusion d'accords spéciaux entre les belligérants, pour accroitre les dispositions applicables pendant un conflit armé qui les oppose (A). Mais les nombreuses violations des dispositions de cette Convention au cours de la Seconde Guerre Mondiale ont conduit à l'introduction de conditions plus rigoureuses en 1949 (B).

[286] Par exemple, la distinction entre objets civils et objectifs militaires, l'interdiction des attaques sans discrimination et des attaques en violation du principe de proportionnalité, voir respectivement les Règles 7- 14 de *l'Etude sur le DIH coutumier Op. Cit.*

[287]Par exemple, le personnel et le matériel des secours humanitaires, les journalistes et les zones protégées, voir règles 25-33 de *l'Etude sur le DIH coutumier Op. Cit*.

[288] Par exemple, l'ordre de ne pas faire de quartier et la perfidie.

A La pratique des accords spéciaux

Dans le cadre d'un CANI, « les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention »[289]. En s'achevant sur ces suggestions, les dispositions de l'article 3 commun offrent une immense opportunité, aux groupes armés, d'accroitre le corpus de dispositions régissant les conflits auxquels ils prennent part. La pratique des accords spéciaux était déjà prévue dans la Convention de Genève du 27 juillet 1929, pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, à son article 83[290]. Mais à la différence de l'article 3 commun, la Convention de 1929 elle, ne s'appliquait qu'aux Etats, à un moment où les entités non étatiques n'étaient pas considérées comme partie à un conflit armé par le droit de la guerre, sauf en cas de reconnaissance de belligérance. Cette position a radicalement changé depuis 1949. De ce fait les belligérants peuvent rendre applicables aux CANI, toute disposition du DIH initialement destinée aux CAI, dans le but de combler les lacunes de la réglementation applicable aux premiers. Il faut le préciser la possibilité de conclure des accords entre belligérants existe aussi dans le cadre des CAI[291].

---

[289] Art. 3 commun CG in fine. De même, l'article 19§2, de la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954* consacre une disposition analogue « Les parties au conflit s'efforceront de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention ».

[290] *Convention de Genève du 27 juillet 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne* dont l'article 83 dispose que « Les Hautes Parties Contractantes se réservent le droit de conclure des conventions spéciales sur toutes questions relatives aux prisonniers de guerre qu'il leur paraîtrait opportun de régler particulièrement.
Les prisonniers de guerre resteront au bénéfice de ces accords jusqu'à l'achèvement du rapatriement, sauf stipulations expresses contraires contenues dans les susdits accords ou dans des accords ultérieurs, ou également sauf mesures plus favorables prises par l'une ou l'autre des Puissances belligérantes à l'égard des prisonniers qu'elles détiennent. En vue d'assurer l'application, de part et d'autre, des stipulations de la présente Convention, et de faciliter la conclusion des conventions spéciales prévues ci-dessus, les belligérants pourront autoriser, dès le début des hostilités, des réunions de représentants des autorités respectives chargées de l'administration des prisonniers de guerre ».

[291] *La Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* énonçait déjà tacitement dans son article 6 la possibilité pour les parties belligérantes de conclure des accords relatifs à l'échange des militaires blessés. Après sa révision en 1906, la Convention prévoit expressément en son article 2 la conclusion éventuelle d'accords entre belligérants concernant le sort des militaires blessés et/ou malades au pouvoir de l'adversaire. Il en fut de même pour la *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre de 1929*, art. 83. Quant au *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907*,

Mais cette question retrouve toute son importance car le droit applicable aux CANI est insuffisant et lacunaire. Il s'agit d'un minimum de règles pour un minimum de protection. Ainsi les accords spéciaux entre belligérants permettent d'aller au-delà de l'étroitesse du droit applicable aux CANI en appliquant tout ou partie de l'ensemble du droit des conflits armés. À ce titre, ils jouent un rôle essentiel à la fois de palliatif et de complément dans les CANI alors que dans les CAI, ils ne jouent généralement qu'un rôle technique, celui de définir les modalités d'application du droit existant. Ainsi de ces deux aspects tout aussi importants, seul celui relatif à l'extension du droit applicable nous intéressera dans le cadre de cette analyse, compte tenu notamment de ses répercussions sur la protection des victimes et aussi de l'incidence juridique sur le statut des combattants[292]. Ensuite, en plus d'étendre le droit applicable, les accords spéciaux facilitent l'application concrète des règles générales du droit international humanitaire en tenant compte des contextes particuliers des hostilités et parfois des circonstances non prévues par les conventions. Enfin, ils imposent aux belligérants des obligations réciproques, contrairement aux déclarations unilatérales et aux codes de conduite[293].

---

il offre aussi aux belligérants, la possibilité de signer des accords pour suspendre la guerre ou pour la tempérer. *Les conventions de Genève de 1949* invitent également les parties à un conflit armé à conclure des accords spéciaux. Par exemple, l'article 2 commun aux quatre conventions de Genève dispose en son paragraphe 3 que : "Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions ». Mais de nos jours une telle possibilité est presque désuète : d'une part, ils sont couverts par un arsenal juridique assez important laissant peu de place à des zones d'ombre contrairement aux CANI. D'autre part, les conventions applicables dans les CAI, les plus sophistiquées à ce jour, sont devenues presque universelles du fait de leur large ratification par les Etats parties. Cette grande couverture dont disposent les CAI, vide cette question de tout intérêt, car toutes les conventions du Droit international humanitaire s'appliquent.

[292]Il y a, de manière générale, deux types d'accords spéciaux : d'une part, ceux qui visent à déterminer les modalités pratiques d'application du droit des conflits armés ou à élargir le droit applicable ; et d'autre part, ceux conclus pour mettre définitivement fin aux hostilités (accord de paix ou accord jetant les bases d'un traité de paix comme par exemple les accords de reddition, de capitulation, d'occupation ou de sécession.) tout en réglant le sort des civils et des combattants. Ce dernier type d'accord contient donc deux volets. Il peut par exemple définir à la fois les modalités de traitement et de rapatriement des blessés, des malades, des prisonniers de guerre, et les conditions de l'arrêt définitif des hostilités.

[293]Les groupes rebelles font parfois des déclarations unilatérales d'application des conventions de Genève qui n'engagent qu'eux et n'impliquent donc pas pour l'adversaire une obligation juridique de réciprocité. Il en est de même des codes de conduite adoptés unilatéralement par les groupes rebelles. En vérité, souvent, les rebelles font de telles déclarations, moins par volonté réelle d'appliquer lesdites conventions que pour améliorer leur image au plan national et international, car au cœur des combats, les rebelles font souvent peu cas de leur déclaration ou code de conduite

Ce dernier aspect revêt une importance capitale dans les CANI dans la mesure où, contrairement aux États, les groupes armés ne sont pas parties aux conventions de Genève. Les accords spéciaux permettent, dans une certaine mesure, de pallier, en fonction des circonstances, cet état de fait. Ici réside l'une des conséquences déterminantes, découlant de l'application des accords spéciaux. Il s'agit de leurs effets juridiques sur le sort des personnes civiles et des belligérants dans CANI, surtout de la partie non gouvernementale.

Un accord spécial conclu par les parties à un CANI peut ainsi rendre applicable la CG IV. Cela aura pour effet juridique de conférer aux populations civiles la totalité de la protection garantie par cette Convention. Avec un tel accord, le droit applicable et la protection des populations civiles augmentent. De même, si l'accord inclut l'application de la CG III, alors ses dispositions s'appliqueront aux personnes qui participent aux hostilités dans le CANI concerné. Ce qui impliquera la reconnaissance du statut de combattant aux membres du groupe insurgé et ainsi de toutes les garanties découlant de ce statut. Il convient de rappeler que l'article 3 commun et le PA II ne reconnaissent ni le statut de combattant ni celui de prisonnier de guerre aux personnes prenant part aux hostilités dans le cadre des CANI. Or, l'application de la CG III à travers un accord spécial entre les belligérants implique l'admission des membres des groupes armés rebelles et des groupes armés pro-gouvernementaux comme des combattants, au sens juridique du terme. Par conséquent, en cas de capture ou de reddition, ils auront droit au statut de prisonnier de guerre. L'effet juridique de l'application de la CG III dans un CANI est donc considérable : les membres des groupes armés rebelles sont traités comme les membres des forces armées étatiques dans un CAI. Ainsi, à la fin des hostilités, les prisonniers de guerre doivent être libérés et les insurgés ne seront pas sanctionnés pénalement par les autorités gouvernementales pour avoir participé aux hostilités.

---

faute de déclaration réciproque de la part du gouvernement. L'intérêt réciproque des parties est sans doute le facteur principal du respect du droit des conflits armés. Sur les déclarations unilatérales et les codes de conduite des rebelles dans les conflits internes, voir CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, Genève, *CICR*, 2008 aux pp 19-23.

La conclusion d'accords spéciaux entre parties belligérantes en situation de conflit armé est assez courante aussi bien dans les conflits armés internationaux que non internationaux[294].

Comme on vient de le voir plus haut, par le biais des accords spéciaux, les belligérants peuvent provoquer l'application de tous les instruments du droit des conflits armés à un conflit auquel ils n'étaient pas à l'origine destinés. Ainsi s'il ne semble pas y avoir de limite quant à la forme, par contre l'étendue du contenu d'un accord spécial est soumise à certaines restrictions.

B Les limites imposées lors de la conclusion des accords spéciaux

La grande liberté formelle dont jouissent les belligérants, lors de la conclusion d'un accord spécial, est soumise à des conditions de fonds rendues nécessaires par les précédents ayant eu lieu pendant la seconde guerre mondiale. Les Conventions de Genève apportent ainsi une limite de taille en introduisant une clause de sauvegarde. À ce propos, Pictet (J) affirme que : « La notion d'accords spéciaux doit […] être comprise dans un sens très large et ne pas connaître de limitation quant à la forme ni quant au moment de leur conclusion. Seul leur objet, si entendu qu'il

[294]DEYRA (M) : « La guerre, si elle rompt les relations diplomatiques entre les belligérants, n'entraîne cependant pas entre eux la cessation des rapports juridiques et ces derniers, à l'occasion d'un conflit, peuvent conclure des accords spéciaux (ne serait-ce qu'une trêve) sur toute question qu'il leur paraîtrait opportun de régler particulièrement, sans pouvoir, évidemment, porter préjudice aux personnes protégées ». *Le droit dans la guerre, Op. Cit* pp. 34-35. Voir les accords publiés dans les annexes du livre de MERCIER (M), *Crimes sans châtiment – L'action humanitaire en ex-Yougoslavie 1991-1993*, Bruylant, Bruxelles, 1994, Documents III, IV et V, ainsi que les accords suivants : déclaration conjointe entre la Résistance nationale du Mozambique (RENAMO) et le gouvernement du Mozambique sur les principes directeurs de l'assistance humanitaire, 16 juillet 1992; Frente Farabundo marti para la liberacion nacional – FMLN, Accord de San José sur les droits de l'homme, 26 juillet 1990; Accord sur le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire passé entre le gouvernement de la République des Philippines et le National Democratic Front of the Philippines, 16 mars 1998 ; Accord entre le gouvernement de la République du Soudan et le Mouvement de libération du peuple du Soudan pour protéger les civils non combattants et les bien civils contre les attaques militaires, 10 mars 2002.

puisse être, se voit soumis à des limites, posées d'ailleurs dans l'intérêt des personnes protégées »[295].

Initialement, la clause de sauvegarde n'était pas prévue par l'article 83 de la Convention de Genève III de 1929 qui, pourtant, était consacré aux accords spéciaux. L'introduction de cette clause de sauvegarde dans les conventions de 1949 est justifiée par le fait qu'au cours de la Seconde Guerre mondiale, certains gouvernements dont le territoire était occupé par les troupes nazies ont signé des accords spéciaux privant les prisonniers de guerre de certains de leurs droits, tels que ceux relatifs au contrôle de la puissance protectrice, à l'interdiction de faire participer les prisonniers de guerre aux travaux en lien avec les opérations militaires, aux sanctions pénales et disciplinaires. Désormais, l'alinéa 5 de l'article 10 commun aux CG I, II, III, et de l'article 11, de la CG IV, formulés identiquement, font clairement référence à cette situation en disposant qu' il « ne pourra être dérogé aux dispositions qui précèdent par accord particulier entre des Puissances dont l'une se trouverait, même temporairement, vis-à-vis de l'autre Puissance ou de ses alliés, limitée dans sa liberté de négociation par suite des évènements militaires, notamment en cas d'une occupation de la totalité ou d'une partie importante de son territoire»[296].

L'absence de référence aux accords spéciaux dans le PA II conjuguée avec celle de clause de sauvegarde dans l'article 3 commun peut laisser penser que les belligérants dans le cadre d'un CANI disposent d'une liberté totale n'étant soumise à aucune restriction. De plus la seule disposition des Conventions de Genève de 1949 directement applicable aux CANI reste et demeure l'article 3 commun. Donc a *priori* une lecture combinée, de l'article 3 commun et de l'alinéa 5 des articles 10 des CG I, II et III et de l'article 11 de la CG IV, parait difficilement envisageable car les autres dispositions des CG ne s'appliquent pas directement aux CANI.

[295]Voir Jean Pictet, dir, *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Vol 1, Genève, *CICR*, 1952, P. 74.

[296] Contenant des dispositions identiques l'alinéa 5 de l'article 10 commun aux CGI, II et III ainsi que l'article 11 CGIV sont chacun adaptés à l'objet de ladite convention.

Si un temps cette hypothèse a été envisagée, ce qui aurait ramené la situation à celle qu'elle était avant 1949 avec l'article 83 de la Convention de 1929, désormais l'unanimité semble se faire sur le fait d'admettre des restrictions sur le fond dans les accords spéciaux[297]. Ainsi, pour AIVO (G), « (…) cette absence de limitation ne peut signifier que les parties à un CANI disposent d'une liberté totale dans la conclusion d'accords spéciaux. En effet, la protection consacrée par le droit applicable aux CANI est tout aussi fondamentale que celle contenue dans le droit applicable aux CAI. On ne peut imaginer qu'il soit interdit aux belligérants de porter atteinte aux droits des combattants et des populations civiles dans le second cas et qu'il le leur soit permis dans le premier cas. Par conséquent, la clause de sauvegarde contenue dans les règles relatives aux CAI vaut nécessairement aussi pour les accords spéciaux conclus dans les CANI. Il ne saurait en être autrement, compte tenu du caractère minimal des règles applicables aux CANI. Toute contestation du caractère indérogeable des règles applicables à ces derniers les viderait de leur sens d'être des « règles minimales » de protection »[298].

Les belligérants ne peuvent donc pas, par le biais de ces accords spéciaux, réduire la protection accordée par les instruments du droit des conflits armés et encore moins les neutraliser complètement, ce qui semble être conforme à l'esprit et la lettre des CG. Ainsi pour Pictet (J): « Si les Gouvernements réunis à Genève en 1949 ont interdit de façon expresse tout accord dérogatoire, c'est pour avoir pris conscience d'un grand danger : laisser leur œuvre patiemment élaborée dans les meilleurs conditions possibles – celles du temps de paix – à la merci des modifications dictées par les aléas ou sous la pression des circonstances du temps de guerre ; ils ont eu la force de reconnaître leur faiblesse possible et de se prémunir contre elle ».[299] Cependant les belligérants peuvent toujours apporter

[297] La Chambre d'appel du TPIY, dans *l'arrêt TADIC* 2/10/1995, *Op. Cit*., § 119, déclare : « Ce qui est inhumain, et par conséquent interdit, dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain dans les conflits civils ». On peut dès lors affirmer que les clauses de sauvegarde sont valables aussi bien pour les CAI que pour les CANI.
L'étude du *CICR sur le droit international humanitaire coutumier* arrive à cette conclusion que la plupart des règles du droit international humanitaire relatives à la conduite des hostilités s'appliquent aussi bien aux conflits armés internationaux qu'aux conflits armés non internationaux.
[298] AIVO (G) « Le rôle des accords spéciaux dans la rationalisation des conflits armés non internationaux », *Revue québécoise de droit international,* N°27-1, 2014, p. 11.
[299] Pictet (J), *Commentaire de la CG I*, *Op. Cit*., p. 81.

des dérogations aux Conventions, si l'objectif est d'accroitre la protection accordée aux victimes. Ainsi lors de la guerre des Malouines, en 1982, l'armée britannique avait déplacé des prisonniers de guerre argentins sur ses navires au large des côtes. Une telle pratique est normalement contraire aux dispositions de la CG III mais conforme à son esprit, car elle a permis de leur assurer plus de protection que s'ils étaient sur la terre ferme.

En somme, la clause de sauvegarde contenue dans les Conventions de Genève n'interdit de « dérogation » que dans un seul sens, celui de l'aggravation de la situation des personnes protégées. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la proposition faite par le CICR en 1947 lors de la Conférence des experts gouvernementaux pour l'étude des conventions protégeant les victimes de la guerre. Pour combler l'absence de limitation des accords spéciaux dans l'article 83 de la Convention de Genève de 1929, le CICR avait proposé d'ajouter les termes suivants : « les accords spéciaux ne pourront en aucun cas aggraver le traitement des personnes protégées »[300]. Pour mieux différencier les deux formes de dérogation, le professeur KOLB (R) distingue la dérogation « positive », celle qui renforce ou complète favorablement la protection garantie par le droit, de la dérogation « négative », celle qui grève la protection conférée : la première est permise et la seconde prohibée vis- à- vis des normes impératives, intransgressibles ou normes de *jus cogens*. Selon lui : la dérogation négative est celle qui rend inapplicable, partiellement ou totalement, un élément de la norme générale. Elle est interdite si la norme est *juris cogentis*, mais reste permise si c'est une norme de *juris dispositivi*. La dérogation positive n'est pas à strictement parler une dérogation ; c'est tout au plus une dérogation au sens impropre. Aucun élément de la norme n'est rendu inapplicable ; simplement, les éléments de la norme sont mis dans un contexte nouveau, car des aspects leur sont ajoutés[301].

---

[300] *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre (*Genève, 14-26 avril 1947*)*, Genève, *CICR*, 1947 aux pp. 272-273. Malgré la réticence de certains États à la Conférence diplomatique de Genève de 1949, l'idée fut retenue et amplifiée dans les conventions de Genève de 1949. Simplement, le verbe aggraver fut remplacé par l'expression « porter préjudice » et les mots « ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde » furent ajoutés.

[301]KOLB (R), « Jus cogens, Intangibilité, intransgressibilité, dérogation ''positive'' et ''négative'' », *RGDIP*-2, 2005 pp. 324 et suivants.

A l'heure actuelle la pratique des accords spéciaux est soumise à deux pesanteurs qui contrarient souvent son efficacité. D'une part, la structure des groupes armés est telle que parfois la discipline est difficile à observer par ses membres, ce qui rend difficile le respect des engagements pris par les instances dirigeantes du groupe. Aussi dans certains groupes on est confronté, au mieux, à la méconnaissance des règles du droit des conflits armés par les membres ou, au pire, à leur mépris. Dans certains conflits armés, les facteurs ethnico-religieux sont tels que les adversaires se dépouillent de leurs dernières parcelles d'humanité car leur objectif est d'anéantir totalement l'adversaire, ce qui a donné lieu à des hécatombes en Ex-Yougoslavie, au Rwanda, en RDC, en Sierra Léone et au Libéria, pour ne citer que ceux-là. Cependant, malgré cet état de fait, les accords spéciaux présentent deux autres avantages au bénéfice des groupes armés. D'un côté, la conclusion d'un tel accord permet de démontrer la capacité d'organisation et aussi permet au groupe armé de prouver et d'asseoir son autorité sur ses membres. Ce qui constitue un gage de sa bonne foi, en respectant les engagements souscrits, pour la partie adverse. Ainsi cela permettra, d'un autre côté, au groupe armé de sensibiliser pour sa cause et ainsi d'engranger des soutiens tant matériel que financier. En effet dans beaucoup de situations de CANI, les groupes insurgés souffrent d'une image désastreuse étroitement liée aux atrocités commises dans ces conflits où, beaucoup pensent qu'il n'y a aucune limite à la barbarie. Se contraindre à des restrictions allant au-delà de ce à quoi ils sont soumis peut permettre au groupe armé de redorer ainsi son image.

D'autre part, la hantise des Etats, qui ont peur de légitimer l'action du groupe armé, persiste toujours. En effet ils ont toujours à l'esprit cette crainte lorsqu'ils signent l'accord spécial. Mais il faut préciser qu'au moment de la conclusion d'un accord spécial, le gouvernement est libre dans le choix de la protection supplémentaire qu'il entend accorder aux rebelles au cours du conflit et aussi de leur sort à la fin du conflit, c'est-à-dire de leur statut juridique. Cette crainte est exagérée car l'article 3 commun, qui prévoit les accords spéciaux dans les Conventions de Genève de 1949, dit clairement que « l'application des dispositions qui précèdent

n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit »[302]. Un gouvernement peut accepter dans un accord d'appliquer l'ensemble du droit humanitaire. Il peut aussi préciser de ne pas reconnaître le statut de prisonnier de guerre aux rebelles mais, qu'il leur accordera un traitement équivalent au cours de leur détention. Le gouvernement peut, par ailleurs, décider de leur accorder les statuts de combattant et de prisonnier de guerre parce qu'il a un intérêt à le faire. En effet, dans ce cas, les membres de l'armée gouvernementale bénéficieront également de la protection que confèrent ces accords spéciaux en cas de capture par les insurgés.

[302] Article 3 commun CG 1949 *in fine*.

Conclusion

La réglementation, des CANI malgré ses différentes évolutions, souffre de l'influence de deux facteurs qui limitent très fortement son essor.

D'une part, le droit international ne semble pas être en mesure de prendre en compte la forte concurrence dont souffre les Etats dans le domaine du droit des conflits armés, du fait de la forte activité des groupes armés, qui actuellement, sont en train de devenir les acteurs principaux de la majorité des conflits armés encore en cours à l'échelle mondiale.

D'autre part, même lorsque le droit international accepte de prendre en compte les groupes armés comme partie à un conflit armé, il le fait à l'aune des critères propres aux Etats. Ainsi les différentes évolutions enregistrées dans la prise en compte des groupes armés non étatiques sont toujours imprégnées par cette conception Etatiste du droit international. Dès lors, quasiment toute la réglementation applicable aux groupes armés non étatiques est une succession d'adaptations de la réglementation régissant les CAI, sans prise en compte des spécificités des groupes armés non étatiques. De ce fait ces derniers, qui ne sont pas des entités étatiques, doivent remplir des conditions identiques à celles d'organes étatiques pour être couverts par le droit. Pour tenter améliorer la protection offerte aux CANI, d'autres dispositions, telles que celles du DIDH, sont appelées à la rescousse du DIH qui peine à apporter une protection satisfaisante.

Chapitre 2 : L'admission progressive de l'application du DIDH en période de conflit armé

En conclusion de son article « Le droit de la guerre et les droits de l'homme » le professeur MEYROWITZ (H) s'exprimait ainsi « Le confusionnisme n'est pas seulement un vice de la pensée ; il est néfaste dans les conséquences pratiques auxquelles il conduit. L'hétérogénéité du droit de la guerre et des droits de l'homme condamne l'idée prônée de divers côtés, et qui a trouvé un écho aux Nations Unies, d'entreprendre par le biais des droits de l'homme la révision du droit de la guerre. Même dans le domaine des conflits armés non internationaux- l'unique région où le droit de la guerre et les droits de l'homme se rencontrent, mais qui, malgré son importance actuelle, ne forme qu'une parcelle marginale du droit des conflits armés-, on peut douter que la nécessaire amélioration de l'article 3 des Conventions de Genève soit possible si l'on aborde cette tâche sous l'angle des droits de l'homme (…) »[303]. Partisan d'une séparation stricte entre le DIDH et le DIH, MEYROWITZ (H), réfute toute idée d'un quelconque lien entre ces deux branches du droit. Or comme le soutient le Professeur KOLB (R**)**, si jadis, le DIH et le DIDH étaient distant comme Scylla et Charybde, désormais ils sont inséparables comme Castor et Pollux[304]. Les liens désormais établis entre ces deux branches vont créer des interférences (Section I) entre elles pour aboutir à la création d'un socle commun de droits qui trouvent application dans les situations appartenant à l'une ou à l'autre de ces deux branches (Section II).

[303] MEYROWITZ (H) *Op. Cit*., p. 1105.

[304] KOLB (R), *Jus in Bello, le droit international des conflits armés*, 2e édition, Bruylant, 2009, p.137. Charybde et Scylla sont deux monstres marins de la mythologie grecque, situés de part et d'autre d'un détroit traditionnellement identifié comme étant celui de Messine. Castor et Pollux, frères jumeaux, selon la version la plus répandue de la légende de leur naissance, ils seraient venus au monde, en même temps, de deux œufs différents pondus par leur mère après s'être unie à Zeus changé en cygne et, la même nuit, à son époux légitime, Tyndare. L'un des deux œufs a pour géniteur le dieu, et l'autre provient de Tyndare.

Section 1 Les interférences entre le DIH et le DIDH

Le processus ayant abouti à l'adoption des Protocoles Additionnels (ci-après PA) aux Conventions de Genève (ci-après CG) en 1977 concrétisant ainsi les liens entre le DIDH et le DIH a, certes, été déclenché lors de la conférence de Téhéran en 1968, mais les jalons de cette évolution ont été posés à la suite des changements terminologiques intervenus lors de la refonte des instruments du DIH en 1949 (§1). Cependant cette collaboration ne se passe pas toujours de façon harmonieuse, car des problèmes apparaissent notamment lorsqu'un conflit surgit pour la détermination du droit applicable (§2).

Paragraphe 1 Les changements

Pendant plusieurs années, le DIH et le DIDH se sont ignorés, chacun régissant sa période bien définie. Aussi longtemps que ces périodes sont restées distinctes, l'idée d'une collaboration entre ces deux droits n'a pas prospéré. Cependant l'apparition de situations hybrides comprenant les caractéristiques de chacune d'elles va faire germer l'idée d'une collaboration qui sera formalisée en 1968 (A) et qui favorisera les influences mutuelles que l'on constate actuellement (B).

A La conférence de Téhéran de 1968 : La formalisation de liens déjà existant

En 1968, la Conférence de Téhéran a permis de concrétiser les liens unissant le DIH et le DIDH. Dès lors, va s'établir une coopération dont les implications seront réciproques entre ces deux branches. Cependant, il faut noter que la Conférence de Téhéran n'a été qu'une étape d'un processus dont les bases avaient déjà été posées lors de l'adoption des Conventions de Genève (1) et qui s'est, par la suite, traduite dans les faits lors de l'adoption d'autres conventions relatives aux DIDH ou au DIH (2).

1 Une mutation conceptuelle prémonitoire

Certes, le rôle fondateur de la Conférence de Téhéran, sur la formalisation des liens entre le DIH et le DIDH, n'est plus à démontrer. Cependant, il faut néanmoins noter que c'est la mutation terminologique de la notion de guerre à celle de droit des conflits armés qui a permis d'adoucir la rigueur des termes et donc d'ouvrir la voie à une interpénétration entre ces deux branches dans le but d'accroitre la protection des victimes en réduisant les zones grises non couvertes par une stricte application de l'un ou l'autre des droits. En effet en 1949, en abandonnant le terme droit de la guerre au profit de celui droit des conflits armés, les Conventions de Genève avaient, d'emblée, soustrait l'application du droit à tout formalisme ou à toute volonté des Etats. Le seul facteur capital étant la constatation factuelle de la réalité des hostilités. De plus l'adoption du terme droit des conflits armés a permis aussi d'inclure dans cette catégorie les affrontements ayant lieu entre des forces armées étatiques et celles d'un groupe armé, ou des affrontements opposants des groupes armés entre eux. Toutes ces évolutions ont constitué un véritable soubassement à l'érection de l'édifice actuel. Cependant, il faut noter que cette mutation conceptuelle n'est pas fortuite, elle a été profondément inspirée par l'influence de la théorie des Droits de l'Homme, contrairement à ceux qu'affirment certains auteurs[305].

Deux raisons principales peuvent le prouver. D'un côté, et comme l'a reconnu le TPIY, « Pour identifier le contenu de la catégorie d'infractions relevant de l'article 3 commun, il convient d'attirer l'attention sur un point important. L'expression ''violations des lois ou coutumes de la guerre'' est une expression technique traditionnelle employée dans le passé, quand les concepts de ''guerre'' et ''lois de la guerre'' prévalaient encore, avant d'être en grande partie remplacés par deux notions plus larges : celle de ''conflit armé'', introduite essentiellement par les Conventions de Genève de 1949 et la notion corrélative de ''droit international des

[305] GAGGLIOLI (G), *Op. Cit*., p. 18 qui affirme « Ainsi, bien que la DUDH et les CG aient été rédigées à un an d'intervalle, l'influence mutuelle était presque inexistante ». Ou SCHINDLER (D) pour qui « La DUDH de 1948 laisse totalement à l'écart la question du respect des DH dans les conflits armés alors que parallèlement, lors de l'élaboration des CG 1949, il n'a guère été question des Droits de l'Homme ». In « Le CICR et les droits de l'homme », *RICR*, 1979, Note 4, p. 7.

conflits armés'', ou la notion plus récente et plus exhaustive de ''droit international humanitaire'' qui s'est dégagée du fait de l'influence des doctrines des droits de l'homme sur le droit des conflits armés »[306]. Comme on le constate la relation entre le droit des conflits armés et le DIH semble avoir commencé dès 1949. Cette interaction débute lors la conférence diplomatique de Genève de 1949 chargée de rédiger les Conventions de Genève. Le président de la conférence M. PETITPIERRE, à la cérémonie de signature, rappela que l'anniversaire de l'adoption de la DUDH aurait lieu dans quelques jours et considéra « intéressant de rapprocher cette déclaration des Conventions de Genève. Certains des droits fondamentaux proclamés par elle sont à la base de nos textes : ainsi le respect de la personne humaine, garantie contre la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ces droits trouvent donc une sanction juridique, au moins partielle, dans les engagements contractuels que vos gouvernements ont accepté de prendre aujourd'hui. La DUDH et les Conventions de Genève procèdent du même idéal qu'au-delà des passions et des rivalités politiques l'humanité ne cesse de poursuivre et qu'elle ne doit pas désespérer d'atteindre : celui de libérer les Êtres et les peuples des souffrances dont ils sont souvent à la fois auteurs et victimes »[307]. Il est donc permis de croire que l'article 3 commun, du moins en ce qui concerne son alinéa 1 ; a), b), c) et d), est clairement influencé par les droits énoncés quelques mois auparavant dans la DUDH[308].

---

[306] TPIY, *Le Procureur c/ TADIC*, Arrêt à l'appel de la défense concernant l'exceptionnelle préjudicielle d'incompétence, du 02/10/1995, §. 87.

[307] *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, section B, Département politique fédéral, Berne, p. 541. Cité in KOLB (R) « Aspects historiques de la relation entre le DIH et les Droits de l'Homme » *Op. Cit*., p. 72.

[308] Article 3 Commun aux Conventions de Genève « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :
1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. à cet effet, sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a) Les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;
b) les prises d'otages ;
c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;

De l'autre côté cette mutation a aussi ouvert la voie au concept de « droit » jusque-là inconnu en droit de la guerre classique[309]. En effet jusqu'en 1949, à l'exception de la Convention de Genève de 1929, relative au traitement des prisonniers de guerre, aucune des Conventions relatives au droit de la guerre n'employait ce terme[310]. Au-delà de l'article 3 commun qui semble procéder à une ouverture vers les Droits de l'Homme, c'est toute la Convention de Genève-IV, qui, elle, est entièrement consacrée à la protection des civils, qui va procéder à une installation progressive d'une conception humanitaire du droit des conflit armé.

Cette mutation conceptuelle va avoir des répercussions sur les relations entre les DIH et le DIDH. En effet, cette Convention touchant à la protection des civils, va codifier un droit des conflits armés « non militaires »[311]. Elle crée un pont entre des civils au sens du droit humanitaire et des Êtres humains au sens du DIDH. La protection des personnes désarmées contre la violence étatique correspond assez bien au code de génétique des Droits de l'Homme. Les rapprochements de ces deux branches du droit international sous la bannière de la Convention de Genève IV présageait déjà une issue fatale à la distinction spatio-temporelle entre le DIH et les Droits de l'Homme. On comprend ainsi que le Conseil de Sécurité des Nations Unies se soit appuyée sur les deux sources du droit dans ses résolutions portant sur les Territoires Occupés par Israël en 1967[312]. Devant le refus des autorités Israéliennes de reconnaitre la réalité de l'occupation des Territoires Palestiniens, les Nations Unies n'avaient d'autres choix que s'appuyer sur les Droits de l'Homme pour inciter l'occupant à respecter les droits des populations vivant désormais sous son autorité.

---

d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

[309] Pour aller plus loin sur cette question *Cf*. GAGGLIOLI (G), *Op. Cit*., pp. 101-104.

[310] Voir les art. 3 qui dispose que « les prisonniers de guerre ont droit au respect de leur personnalité et de leur honneur » ; art. 62 « Le prisonnier de guerre sera en droit d'être assisté par un défenseur » ; art. 64 « Tout prisonnier de guerre a le droit de recourir contre tout jugement rendu à son égard ».

[311] KOLB (R), *Jus in Bello, le droit international des conflits armés, Op. Cit*., p. 129.

[312] Résolution 237 du Conseil de Sécurité des Nations Unies, 14/06/1967, §. 2, dans laquelle il recommande « aux gouvernements intéressés de respecter scrupuleusement les principes humanitaires régissant le traitement des prisonniers de guerre et la protection des civils en temps de guerre tels qu'ils ont été énoncés dans les Conventions de Genève de 1949 ».

L'adoption de la Convention de Genève-IV sur la protection des personnes civiles en temps de guerre constitue ainsi une étape fondamentale dans le changement de mentalité.

Pour les Etats admettre l'application du DIDH en période de conflit armé, surtout interne, a une double signification. D'une part, et c'est l'objectif avoué, cela leur permet d'accroitre la protection accordée aux victimes surtout lorsqu'on sait que le droit applicable à ce type de conflit est très peu fourni[313]. D'autre part, cela leur permet de réaffirmer leur souveraineté sur la partie du territoire contesté ou convoité par les insurgés. En effet étant les seuls débiteurs d'obligations en DIDH, cette application est plus un instrument d'affirmation de la souveraineté étatique avant d'avoir vocation à protéger les Êtres humains.

Malgré cette posture ce sont les Etats au sein des Nations Unies qui vont concourir à l'affirmation des liens entre ces deux branches.

2 Une dichotomie ébranlée : l'affirmation des liens entre le DIH et le DIDH

La présentation des différentes conceptions doctrinales (a) nous permettra de procéder au choix du courant qui emporte notre adhésion (b).

a Les courants doctrinaux

Au lendemain de la Conférence de Téhéran, la prise en compte de cette nouvelle donne va balayer les hésitations initiales du porteur même de l'initiative. En effet dans un premier temps les Nations Unies, encore frileuses à l'idée de s'aventurer dans le domaine des conflits armés, vont convaincre d'autres acteurs en vue d'acter le changement. Désormais le succès des Droits Homme en période de conflit armé est comme « une véritable sirène unissant en son corps les douceurs du droit de la paix et les aspérités du droit de la guerre »[314]. Avec sa densification

[313] Ainsi comme le disent D'ASPREMONT et de HEMPTINNE, « c'est la modestie de la protection offerte par le DIH en cas de CANI et l'absence de mécanisme de répression des violations de celui-ci qui ont probablement poussé les organes susmentionnés à étendre l'application des DH à de tels conflits. Il en va certainement d'un noble objectif ». In *Droit International Humanitaire*, Paris, Pédone, 2012, p. 84.

[314] KOLB (R), *Jus in Bello, le droit international des conflits armés, Op. Cit*., p. 132.

normative et le progrès de son élaboration technique, le DIDH s'émancipe, de cette manière, de la définition étroite qui le cantonnait jadis à régenter la société en temps de paix. Il s'étend désormais aux situations de crises ou de danger public. Ainsi dès 1966 le Pacte International sur les Droits Civils et Politiques (ci-après PIDCP) va grandement faciliter ce mouvement en permettant au DIDH d'amorcer sa phase d'approche à l'égard du DIH au plan universel par le biais de son article 4[315].

Plus tard toutes les grandes conventions des Droits de l'Homme vont procéder de la même façon, certes avec des formulations différentes mais en ayant en ligne de mire la même finalité : une part irréductible des Droits de l'Homme demeure applicable même en période de conflit armé[316].

Le mouvement ainsi déclenché par les Nations Unies va être poursuivi, d'une part, par le CICR et, de l'autre, par la doctrine.

S'agissant du CICR, dans la foulée de la Conférence de Téhéran, il adopte en 1969 à Istanbul, lors de sa XXIe Conférence, la Résolution XII qui affirme que « le respect des droits et de la dignité de l'homme ainsi que leur protection constituent les fondements des activités de la Croix-Rouge ». Dans les résolutions suivantes adoptées lors de la même conférence, le CICR souligne « la nécessité et l'urgence de réaffirmer et développer les règles du droit humanitaire, du droit international applicables dans les conflits armés de toutes les espèces, afin de renforcer la protection efficace des droits essentiels de la personne humaine, en harmonie avec les conventions de Genève de 1949 »[317]. Ainsi après la conversion des Nations Unies au droit de la guerre, c'est le CICR qui va s'ouvrir au DIDH en proclamant que « les liens sont réels et croissants entre les Droits de l'Homme et le DIH »[318].

[315] Cf. Article 15 CEDH, voir aussi l'article 27 Convention américaine des DH pour des références dans les conventions régionales des DH équivalentes à l'article 4 du PIDCP.
[316] La charte africaine des droits de l'homme, elle ne prévoit pas de dispositions dérogatoires. Nous y reviendrons plus en détails infra.
[317] CICR, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant -Rouge*, 13e édition, CICR, Genève 1994, p. 704.
[318] CICR, *Conseils des Délégués*, 13-14 octobre 1983, La Croix-Rouge et les droits de l'homme, Doc., CD/7/1, p. 20 et Ss.

Ce processus va connaitre une consécration dans les Protocole Additionnel de 1977 adoptés sous la houlette du CICR. En effet l'Article 75 du Protocole Additionnel I a trait aux garanties fondamentales dues aux personnes au pouvoir d'une partie au conflit. L'imprégnation est encore plus forte dans le Protocole Additionnel II relatif aux CANI, qui dès son préambule rappelle que ce sont « les instruments internationaux relatifs aux Droits de l'Homme qui offrent à la personne humaine une protection fondamentale »[319].

Pour ce qui est de la doctrine, plusieurs courants se sont opposés sur ce sujet. Nous évoquerons que les trois principaux car les autres bien qu'étant pertinents, se recoupent souvent ou ne sont que des démembrements de celles-là avec des nuances que nous mentionnerons[320].

D'abord, historiquement la plus ancienne, l'approche séparatiste refuse tout lien entre le DIH et le DIDH. Ceux-ci bien qu'ils partagent le même objectif, la protection de la personne humaine, possèdent cependant une histoire, des moyens de mise en œuvre ainsi que des champs d'application très différents. C'est surtout la différence d'essence et de finalité entre ces deux droits qui crée ce fossé infranchissable entre eux. Toute cette construction doctrinale repose sur une conception classique de la guerre avec tout ce que cela comporte de formalisme et de restriction spatio-temporelle[321]. Pour ce courant, non seulement il ne peut y avoir un quelconque lien entre les Droits de l'Homme et le DIH mais aussi ils ne seraient pas aptes à régir des situations de conflit armé. Ils ne s'appliqueraient pas, ou de façon très limitée, en temps de guerre, du fait que les Etats auraient la possibilité d'y déroger. Dès lors, il ne resterait qu'un noyau dur des droits de l'homme considérés comme applicables en période de CANI, quantité négligeable face à la richesse des règles du DIH. Or, si ce noyau dur pouvait être de quelle qu'utilité dans le cadre d'un conflit armé interne, il ne pourrait cependant pas s'appliquer à des situations de conflits armés internationaux dans la mesure où il

[319] Art. 2, 4 à 6 PAII.
[320] Pour une présentation succincte des différentes thèses en présence, Cf. CUMIN (D), *Le droit de la guerre, Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, Volume 2, L'Harmattan, 2016, pp. 547-561.
[321] MEYROWITZ (H), « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°5, 1972, pp. 1059-1105.

ne devrait pas y avoir d'application extraterritoriale. Enfin tout rapprochement entre les Droits de l'Homme et le DIH serait nuisible, car les Droits de l'Homme risqueraient de politiser le DIH et d'amoindrir de ce fait sa portée. En somme tout le contraire de ce qui se passe actuellement et comme le suggère les deux autres courants.

Ensuite, le courant intégrationniste, lui, reconnait un lien entre les Droits de l'Homme et le DIH et prône même une interpénétration des deux branches. Cette fusion peut s'opérer dans le cadre des Droits de l'Homme ou dans celui du DIH. Deux courants cohabitent au sein des intégrationnistes. D'une part les intégrationnistes verticaux, qui proposent de regrouper les Droits de l'Homme et le DIDH en une seule entité intitulée « droit humanitaire »[322] qui aurait pour vocation de protéger la personne humaine dans toutes les situations où elle serait menacée. Le même raisonnement, mais dans le sens inverse aussi a été mis en avant par des auteurs qui voulaient mettre le DIH sous la coupe des Droits de l'Homme car ils pensaient que le DIH n'est qu'une application particulière des Droits de l'Homme en période de conflit armé[323]. Mais comme l'a remarqué GAGGIOLI (G) « Dans ce cas l'intégration entre Droits de l'Homme et DIH est au fond seulement sémantique et idéologique, puisque ces auteurs ne proposent pas véritablement de fusionner les règles du DIH et du Droit de l'Homme »[324]. D'autre part, les intégrationnistes horizontaux plaident pour une interprétation par chevauchements entre le DIH et les Droits de l'Homme chacun régissant

[322] PICTET (J), *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, p. 11 « Le DIH, au sens large, est constitué par l'ensemble des dispositions juridiques internationales, écrites ou coutumières, assurant le respect de la personne humaine et son épanouissement. Le droit humanitaire comprend actuellement deux branches : le droit de la guerre et les droits de l'homme ».

[323] ROBERTSON (A.H), « Humanitarian law and Human Rights », In SWINARSKI (C) (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de PICTET (J)*, Genève, CICR, La Haye/ Boston, 1984, pp. 793-802.

[324] GAGGIOLI (G), *Op. Cit*. p. 36. On peut aussi se référer aux explications données par PICTET (J) pour réfuter toute idée de fusion que lui avaient prêté plusieurs auteurs. « Mais, récemment, plusieurs auteurs, spécialistes des droits de l'homme, sans voir que je distinguais précisément droit humanitaire au sens large et au sens étroit, ont cru que je tentais d'annexer les droits de l'homme au droit des conflits armés, ce qui serait absurde. J'avais seulement cherché une expression pouvant couvrir deux disciplines, voisines sans doute, mais indépendantes et placées sur un plan d'égalité (…). Mais ce n'est pas le choix d'une expression qui est important. Ce qui est important c'est de reconnaitre, d'une part, que les deux domaines ont des relations et, d'autre part, qu'ils sont distincts et doivent le demeurer ». PICTECT (J), *Op. Cit.*, p.12.

respectivement les périodes de conflits et de paix mais en fusionnant uniquement en période de CANI pour éviter une zone grise.

Enfin les complémentaristes, préconisent une coordination des normes protectrices des deux branches dans le but de laisser le moins de lacunes possibles tout en maintenant la distinction de principe entre le DIH et le DIDH. La devise de cette doctrine pourrait être « synergies oui, promiscuité non »[325]. Elle part des différences et des spécificités de chacune de ces deux branches pour promouvoir la complémentarité et permettre de cerner certaines définitions à la lumière des apports de l'une ou l'autre branche[326].

b Le choix de la doctrine complémentariste

Pour notre part nous avons fait le choix de la doctrine complémentariste pour deux raisons. D'un côté, elle est celle qui reflète le plus notre vision des relations entre le DIH et le DIDH. En effet, il est indéniable que ces deux branches du droit présentes des spécificités qui sont irréductibles mais, qui, cependant ne bloquent aucune entente en vue de faire face aux zones grises nées d'un respect strict de la dichotomie. De l'autre, elle est la seule à même de faire face à l'extrémisme des autres conceptions doctrinales. Entre le déni de la réalité incarné par la doctrine séparatiste, qui refuse toute relation entre ces deux branches, et l'impossibilité pratique d'une fusion totale prônée par les intégrationnistes, la doctrine complémentariste présente un double avantage. Elle permet de dissiper les craintes des tenants de la séparation stricte qui redoutent un phagocytage du droit de la guerre par les droits de l'homme en l'intégrant au « système international de protection des droits de l'homme »[327]. Elle présente, par ailleurs, le second avantage de faire face aux diverses réalités des conflits armés actuels. En effet, contrairement à la conception intégrationniste, une fusion intégrale des deux

[325] KOLB (R), *Op. Cit*., p. 139.
[326] Les DH peuvent compléter le DIH en donnant une définition claire du droit à un procès équitable que l'on trouve dans les CG. Ils peuvent aussi garantir des droits aux individus en période de CANI ou en cas d'occupation au-delà de ceux qui existent en DIH. Inversement, le DIH, grâce à la précision et au détail de ses règles peut permettre de concrétiser les règles générales de DH en période de conflit, par exemple les règles en matière de conduite des hostilités peuvent aider à interpréter le droit à la vie en période de conflit armé.
[327] MEYROWITZ (H), *Op. Cit*., p. 1060.

branches ne serait avantageuse que pour des CANI. Or ceux-ci sont certes les plus nombreux, mais les CAI demeurent néanmoins une réalité et certaines situations actuelles sont là pour nous le rappeler[328]. Si la fusion est salutaire dans le cadre des premiers, elle ne l'est absolument pas pour les seconds dont l'arsenal juridique est non seulement autosuffisant, mais comporte déjà le DIDH dont les Etats sont les principaux acteurs. La doctrine complémentariste permet ainsi de combler les lacunes de la réglementation des CANI en imposant des obligations supplémentaires en vue de faire face à la faiblesse de cet arsenal. Et là réside son originalité car elle permet ainsi d'imposer, en période de conflit armé, des obligations, directement issues du DIDH, à des entités non étatiques considérées comme juridiquement inaptes à exercer de telles obligations.

Comme nous venons de le voir ci-dessus, la nouvelle relation qu'entament le DIH et le DIDH va ouvrir la voie à l'établissement de liens de plus en plus forts.

B Les références mutuelles

Le conflit armé n'étant, désormais, plus un obstacle infranchissable pour l'application du DIDH, se sont posés alors deux types de problèmes. L'un relatif au fondement de la compétence des cours chargés d'appliquer les deux droits (1) et de l'autre l'atténuation des rigueurs de ces deux droits du fait de l'interférence de l'autre branche (2).

1 Des références comme fondement de compétence

Passée l'euphorie des célébrations de ce mariage de raison, les premiers obstacles apparaissent dans la cohabitation. Le tout premier d'entre eux est celui du fondement de la compétence.

D'une part, s'agissant des tribunaux compétents pour appliquer le DIH, une précision préliminaire s'impose. En effet, pendant longtemps, l'un des handicaps majeurs auquel a dû faire face la mise en œuvre du DIH a été l'absence de

[328] Les guerres Américaines en Afghanistan 2001 et en Irak en 2003, la guerre entre la Russie et la Géorgie en 2008 ou les différentes escarmouches à la frontière Indo-Pakistanaise sont là pour le rappeler.

tribunaux internationaux compétents pour sanctionner ses différentes violations. Les Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo ont répondu à un besoin ponctuel[329]. Il est, dès lors, revenu aux juridictions nationales de sanctionner les violations du DIH conformément à leur droit national. Il a fallu attendre le renouveau des Tribunaux Pénaux Internationaux (ci-après TPI) durant les années 90[330], puis l'entrée en vigueur du statut de la CPI le 1er juillet 2002, pour avoir une idée sur la question. Un constat s'impose pour toutes ces juridictions, leur compétence à connaitre des violations des Droits de l'Homme n'a jamais été contestée et celles-ci ne se sont pas privées de l'affirmer et de les mettre en œuvre.

D'autre part, et contrairement aux juridictions spécialisées du DIH, les juridictions compétentes en matière des Droit de l'Homme ont éprouvé plus de difficultés à fonder leurs compétences pour appliquer le DIH. Cela est le cas lorsque les conventions des Droits de l'Homme les instituant ne se réfèrent qu'implicitement au DIH comme c'est le cas de la majorité d'entre elles. Il en est ainsi lorsqu'elles ne font que renvoyer, par de simples allusions, à d'autres dispositions qui incluent

[329] Ces deux tribunaux militaires ont été institués par les Alliés vainqueurs de la SGM pour juger les responsables politiques et militaires des pays membres de l'Axe qui ont été vaincus. C'est l'article 1er de l' Accord de Londres du 8/8/1945, concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, qui a institué le Tribunal International Militaire de Nuremberg (Ex-RFA, Allemagne). Le Tribunal Militaire International pour l'Extrême-Orient créé le 19/01/1946 fut constitué par une proclamation spéciale du Général Douglas MacArthur en sa qualité de Commandant Suprême des Puissances Alliées en Extrême-Orient.

[330] Il s'agit entre autre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) institué le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de Sécurité de l'ONU afin de poursuivre et de juger les personnes s'étant rendues coupables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à compter du 1er janvier 1991, c'est-à-dire durant les guerres de Yougoslavie (Guerre de Croatie, Guerre de Bosnie-Herzégovine et Guerre du Kosovo), conformément aux dispositions de ses statuts. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a été mis en place le 8 novembre 1994 par le Conseil de sécurité des Nations unies par la résolution 955, afin de juger les personnes responsables d'actes de génocide et d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda, ou par des citoyens rwandais sur le territoire d'États voisins, entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994. Son siège est à Arusha en Tanzanie. Le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone créé, le 14/08/2000, par le Conseil de sécurité des Nations unies par le vote de la résolution 1315. On peut ajouter à cette liste le Tribunal Spécial pour le Liban créé le 30 mai 2007 (par l'adoption de la Résolution 1757 du Conseil de Sécurité des Nations Unies 2007), les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) pour la poursuite des crimes commis pendant la période du Kampuchéa Démocratique créées à la suite d'un accord conclu entre le Cambodge et les Nations Unies en 1997 qui sera détaillé en juin 2003. Les chambres spéciales des tribunaux de district de Dili, aussi dénommées "Tribunal du Timor oriental, est un tribunal international temporaire hybride (c'est-à-dire incluant des acteurs judiciaires du Timor oriental et des acteurs internationaux) créé en 2000 par l'Administration transitoire des Nations unies au Timor oriental pour juger les crimes graves commis en 1999. Ces chambres spéciales ont siégé de 2000 à 2006.

notamment des dispositions du DIH. C'est le cas des clauses de dérogation, quand elles posent comme condition de validité des mesures dérogatoires, qui doivent être conformes « aux autres obligations internationales applicables »[331]. Or, aucune de ces Conventions ne détaillent, en leur sein, ces autres obligations. Il est revenu à la doctrine de délimiter ce périmètre dont les contours varient en fonction de conventions auxquelles sont parties les Etats membre à la convention des Droits de l'Homme en question. Selon elle, « ces autres obligations découlant du droit international » comprennent non seulement les autres instruments des Droits de l'Homme mais aussi et surtout ceux du DIH. Pour COHEN-JONATHAN (G), l'expression « ''autres obligations du droit international'' vise en particulier les règles du droit humanitaire en cas de guerre »[332]. Ainsi cette disposition a « une importance spéciale pour les Etats qui sont parties aux conventions de droit humanitaire et à un ou plusieurs principaux traités garantissant les droits de l'homme. En effet le droit humanitaire entre dans la catégorie d'obligations de droit international visées par les dispositions relatives aux dérogations »[333].

Mais le problème n'est pas le même lorsque les références au DIH sont explicites. C'est le cas notamment lorsque les conventions fondant les compétences de ces

[331] Avec des formulations certes, différentes mais quasiment identiques, les différentes conventions internationales relatives aux DH évoquent toutes « d'autres obligations découlant du droit international ». *Cf*. article 4§1 PIDCP de 1966 « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles
Droits civils et politiques n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale », article 15§1 CEDH « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international », article 27 CADH « en cas de guerre, de danger public ou de tout autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le droit international ». Il faut noter par contre que la CADHP, elle ne fait aucune référence à ces mesures dérogatoires. Pour ce qui est de la portée de ce mutisme et de ses implications sur la protection des DH, *Cf*. infra.

[332] COHEN-JONATHAN (G) et JACQUE (J-P), « Activité de la Commission européenne des droits de l'homme », *AFDI*, Vol. 25, 1979, p. 388.

[333] BUERGENTHAL (T) et KISS (A), *La protection internationale des droits de l'homme*, Engel, Strasbourg, 1991, p. 152.

cours se réfèrent clairement au DIH. Certains instruments du DIDH citent explicitement des principes issus du DIH comme la convention relative aux droits de l'enfant dont l'article 38 §1 dispose que « Les Etats parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du DIH qui leur sont applicables en cas de conflits armé et dont la protection s'étend aux enfants »[334].

Cette référence expresse vise notamment à permettre une interprétation plus favorable aux victimes car l'organe d'application est légitime à fonder ses décisions.

2 Les influences atténuantes : humanisation et humanitarisation

La concrétisation des liens entre le DIDH et le DIH a produit un autre effet dans deux sens. Il a, d'un côté, permis d'assouplir les rigueurs des principes du DIH en inoculant les douceurs des principes du DIDH. De l'autre côté on a assisté à une prise en compte des principes du DIH dans les conventions du DIDH. Dans le premier cas la doctrine a parlé de l'humanisation du DIH et dans le second de l'humanitarisation du DIDH. Les effets de ces deux techniques permettent d'abord d'étendre au maximum la protection offertes aux victimes. En effet, elles ont permis de préciser plus nettement les contours de certains droits dont l'application stricte auraient été plus dommageable aux victimes. Le TPIY a profité de certaines affaires pour s'appuyer sur le DIDH et ainsi trouver un élément supplémentaire du caractère absolu de l'interdiction de la torture en DIH[335]. Auparavant, la même juridiction s'est fondée sur le DIDH pour non seulement définir les éléments constitutifs de la torture, mais aussi déterminer dans quelle mesure le viol pouvait être assimilé à de la torture ou distinguer ce crime des traitements inhumains[336].

---

[334] Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée par la Résolution 44/25 AGNU le 20/11/1989 et entrée en vigueur le 2/09/1990 après sa 20e ratification. Elle lie actuellement 196 Etats depuis les ratifications Sud-soudanaise et Somalienne en 2015 et fait des USA le seul pays au Monde à ne pas être partie à cette convention. Cf. DECAUX (E) et BIENVENU (N), *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*, La documentation Française, 2016, p. 184.

[335] *TPIY, Le Procureur c. Furundzija*, jugement chambre de première instance, du 10/12/1998, §. 143 et suivants.

[336] *TPIY, Le Procureur c. Zejnil Delalic,* jugement chambre de première instance, 16/11/1998, §. 452-493, et 534-542.

L'évolution de certaines notions dans les instances des Droits de l'Homme a également permis de tirer vers le haut la protection accordée aux victimes. En ce sens l'apport « des garanties fondamentales » des PA de 1977, surtout celles du PAII a été déterminant[337]. La forte influence des Droits de l'Homme sur ces dispositions, du reste jamais contestée[338], a permis de pérenniser et d'accroitre ce lien. Ainsi le DIDH est devenu un outil majeur d'interprétation du DIH. Celle-ci s'adaptant à l'interprétation évolutive des Droits de l'Homme.

L'humanisation du DIH et l'humanitarisation du DIDH ont permis de ramener ces deux branches du droit à leur finalité originelle à savoir la sauvegarde de la dignité humaine. C'est elle qui a donc fondé cette évolution dans le sens d'un assouplissement de la rigueur de leur principes respectifs. C'est dans ce sens que le TPIY affirme que « La Communauté internationale ne peut s'attaquer à l'hydre insaisissable du comportement humain que par une interprétation raisonnable des dispositions existantes du droit international, qui prend en compte les finalités de celui-ci »[339].

Malgré ces multiples tentatives pour atténuer ou éviter les risques de conflits entre les différentes branches du droit applicable, des divergences ont fini par surgir.

Paragraphe 2 Le conflit des normes

L'application du DIDH pendant les conflits armés entraine une cohabitation avec le DIH qui pose des problèmes juridiques de plusieurs ordres. En effet rien n'a été prévu pour régler les rapports entre ces deux branches qui, malgré certains points communs, reposent néanmoins sur des logiques et des principes différents. Lors d'un conflit armé quel est le droit le plus adapté pour garantir et préserver les droits des personnes concernées ?

[337] Cf. articles 4-6 PAII, 75 PAI.

[338] Cf. *Les Travaux préparatoires des Protocoles Additionnels de 1977*, et les différents propos des représentants du CICR (p. 324), du Mexique (p. 326), de la République Socialiste et Soviétique d'Ukraine (P. 329) et de la République Fédérale d'Allemagne (p. 330) ou des *Commentaires des PA* notamment le §. 4515 qui affirme que « Ces règles ont été complétées et renforcées par de nouvelles dispositions inspirées des Conventions et du PIDCP ».

[339] *TPIY, Procureur c. Zejnil Delalic,* jugement chambre de première instance *Op. Cit.*, §§ 163 et 170.

Résoudre cette question c'est résoudre l'épineuse équation de la *Lex specialis*, or en ce domaine les solutions jurisprudentielles, jadis, fluctuantes (A) cèdent la place à une prise en compte progressive du DIH devant les prétoires des Droits de l'Homme (B).

A Les fluctuations jurisprudentielles concernant la *Lex specialis*

Après plusieurs décisions controversées, la CIJ semble avoir adopté une position définitive sur laquelle plane encore des zones d'ombres. A côté de la CIJ, les autres instances sont passées par le même état d'esprit à savoir des périodes de flottement qui ont consisté en un refus d'application du DIH par les instances du DIDH.

1 Les tergiversations de la CIJ

Par trois fois la CIJ a eu à se prononcer sur la question de la *Lex specialis*, et à chaque fois elle a adopté des solutions différentes. D'abord en 1996, ensuite en 2004 et enfin 2005.

La théorie de la *Lex specialis* est une technique très ancienne de résolution de conflits de normes selon laquelle la loi spéciale déroge à la loi générale. Dans le cadre de la cohabitation entre le DIH et le DIDH, sa première application, à l'échelle internationale, remonte à l'avis consultatif sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, rendu par la Cour Internationale de Justice le 8 juillet 1996. Elle affirme que « La protection offerte par le PIDCP ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte, qui prévoit qu'il ne peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de sa vie vaut aussi pendant les hostilités. C'est toutefois, en pareils cas, à la lex specialis applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la

conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie »[340].

Alors que pour beaucoup d'auteurs[341], cette articulation entre le DIH et le DIDH semble consacré la théorie complémentariste des rapports entre ces deux branches, il est clair que cet Avis ne résout pas le problème, et le choix du DIH comme *Lex specialis* le complique davantage. En effet pendant huit ans, jusqu'à l'avis suivant sur la question, ce choix de la CIJ était incompris. Cependant, il ne fallait pas prendre cet Avis comme une décision de principe qui devrait s'appliquer à chaque situation indifféremment[342]. Pour ce faire, il fallait comprendre et considérer le contexte dans lequel la question a été posée. L'utilisation d'une arme nucléaire implique, au minimum, une certaine intensité dans le conflit armé qui aurait surgit. Or dans le cadre d'un conflit armé, le droit le plus approprié est le DIH.

Mais là où l'Avis de la CIJ prête le flanc à la critique c'est qu'il oublie la règle élémentaire qui gouverne les conflits armés : celle de la distinction entre combattants et civils ou au pire entre les personnes participant aux hostilités ou celles ne participant pas ou plus aux hostilités. La privation de la vie de ces différentes catégories ne saurait être gouvernée par la même loi dans le cadre d'une vision complémentariste des rapports entre le DIDH et le DIH. En effet si pour les participants aux hostilités, le DIH est le plus approprié, il est clair aussi que pour les non participants aux hostilités, le DIDH est le plus adapté car plus détaillé et plus protecteur pour elles. Ainsi opter pour le DIH, de façon globale, sans vérifier le cas des personnes en cause reviendrai à abolir le DIDH des conflits armés et donc de faire un grand bond en arrière. Ce qui ne semble pas être le souhait de la CIJ qui a profité d'un second Avis pour éclaircir certains points[343].

---

[340] CIJ, *Avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8/07/1996, Rec. 1996, pp. 226 et ss, §. 25.

[341] GUELLALI (A), « Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés », in *RGDIP*, 2007-3, pp. 539-573, précisément p. 543, MEJRI (K), *Op. Cit*., p. 119.

[342] GUELLALI (A), *Op. Cit*, P. 544.

[343] Un tel point de vue est également partagé par un certain nombre d'auteurs qui pensent que la lex specialis telle que prôner par la CIJ est plus une technique qui vise à régler les problèmes au

En 2004, la CIJ, face aux contestations de l'occupant Israélien, réaffirme l'applicabilité de DIDH pendant les conflits en maintenant son Avis de 1996. Or cette fois-là, pour répondre à la question qui lui était posée, « la cour aura à prendre en l'espèce les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire »[344].

Clairement, la CIJ procède à une abolition des privilèges accordés au DIH dans son Avis de 1996. En effet contrairement à 1996, dans son application des deux régimes juridiques au cas d'espèces, la cour ne privilégie plus le recours exclusif au DIH par rapport au DIDH. Elle examine les dispositions des deux corps de normes de manières égale. Elle conclut ainsi que la construction du mur est contraire à la fois à certains droits protégés par le PIDCP et par les CG. Ce glissement de la doctrine complémentariste à celle intégrationniste pousse ainsi la cour à insister sur le noyau dur commun à ces deux branches du droit applicable dans le territoire Palestinien sans aucune tentative de hiérarchisation. Plus que jumeaux, ils apparaissent aujourd'hui comme deux frères siamois, intimement accolés en vue d'assurer aux personnes le *continuum* de protection le plus large possible en toutes circonstances, témoignant ainsi de la « communauté d'intérêts »[345] sur laquelle reposent désormais ces deux corps de règles.

En 2005 dans sa décision sur *l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ semble renoncer à toute idée de *lex specialis*[346], ou du moins elle ne le mentionne pas. En effet comme le fait remarquer GUELLALI (A) « on ne peut pas y voir une omission involontaire de la part de la cour, mais bien au contraire d'une volonté délibérée de mettre l'accent sur les droits communs aux deux branches de

cas par cas plutôt qu'une application indiscriminée de la maxime. *Cf*. GUELLALI (A), *Op. Cit*., pp. 544-545.

[344] CIJ, *Avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire Palestinien,* Rec. 2004, pp. 136 et ss., § 106.

[345] Juge SIMMA, *Opinion individuelle dans l'affaire des activités des armées sur le territoire de la RDC* du 19/12/2005.

[346] CIJ, *Décision sur l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, 19/12/2005, §. 220.

même que sur l'identification des règles fondamentales de protection de la personne en période de conflit armé »[347].

En effet dans cette affaire la CIJ opte inexorablement pour une fusion. Dans toutes les citations tirées des motifs de l'arrêt, l'énumération en vrac des obligations de la puissance occupante et des violations qui lui sont attribuées ainsi que de la coordination systématique entre le DIH et le DIDH révèlent une conception globalisante à partir de laquelle la cour fait une application concomitante des deux branches de droit international.

Si la CIJ a évolué dans sa doctrine en abandonnant la *Lex specialis* au profit d'une vision globale de l'application du DIDH et du DIH, plusieurs raisons sont évoquées pour le justifier. Pour certains, c'est par pragmatisme jurisprudentiel car les rapports complexes entre DIH et DIDH interdisent en effet toute approche univoque et devraient plutôt s'inspirer d'une approche téléologique : seuls l'intérêt de l'humanité et la protection de la personne humaine devraient dicter la théorie sous-jacente à la logique juridique applicable[348].

Pour notre part, nous considérons que la position de la CIJ est devenue intenable du simple fait de la cour car on ne peut pas vouloir une chose et son contraire. Prôner une lecture complémentariste des rapports entre le DIH et le DIDH et appliquer la *Lex specialis* globalisante, sans distinguer entre les situations, sont antonymiques. De deux choses l'une soit la CIJ choisit la complémentarité et dans ce cas elle doit abandonner la *Lex specialis* globalisante ou bien elle préfère cette dernière et alors, elle doit abandonner la complémentarité. Visiblement elle a fait le choix de la seconde option mais en allant plus loin par la voie intégrationniste entre les deux branches.

L'autre justification serait que pour éviter une confrontation d'ordre politique, notamment lorsque les intérêts étatiques sont très importants, la CIJ préfère privilégier le DIH, droit plus technique, en lieu et place du DIDH à forte connotation

[347] GUELLALI (A), *Op. Cit*., p. 547.
[348] GUELLALI (A) *Op. Cit*. p. 547, MEDJRI (K), *Op. Cit*., p. 125, ce dernier va plus loin en affirmant que cela ouvre la porte pour une fusion substantielle des deux branches.

politique. Or cette lecture des rapports entre les Droits de l'Homme et le DIH est largement dépassée depuis l'amorce des relations entre ces deux branches.

Emboitant le pas à la CIJ, les instances européenne et américaines des DH ont quasiment suivi le même cheminement.

2 Le refus initial des cours spécialisées en Droit de l'Homme

Il fut un temps où les systèmes interaméricain et européen de protection des DH présentaient les mêmes caractéristiques à savoir le dédoublement institutionnel entre une commission et une cour[349]. Or si dans le système interaméricain cela continue de créer des divergences sur certains points, le problème est résolu dans le système européen depuis la dissolution de la commission et l'admission du recours individuel directement devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après CEDH)[350].

Cependant, même après, la CEDH a maintenu une position sur laquelle elle campait depuis bien longtemps. Il en est de même de la Cour Américaine des Droits de l'Homme ci-après (Cour IADH) qui malgré les insistances de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme (ci-après Comm. IADH) a refusé de s'ouvrir au DIH.

Ce refus a consisté d'une part en une occultation pure et simple du DIH. La défunte Commission européenne des droits de l'homme a, dans plusieurs rapports, refusé

[349] Le système interaméricain est basé sur deux instruments. D'une part la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme adoptée à Bogota en Colombie en 1948 et qui lie tous les États membres de l'OEA et d'autre part la Convention américaine relative aux droits de l'homme adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969. Chacun de ces instruments institue un organe spécifique. Ainsi la Commission interaméricaine des DH est compétente pour connaitre des recours contre les parties à la déclaration alors que la Cour quant à elle est compétente à l'égard des parties à la Convention. Si tous les Etats membres de l'OEA sont parties à la Déclaration, tel n'est pas le cas de la Convention. Ainsi les USA ou le Canada ne peuvent être l'objet d'un recours que devant la Commission interaméricaine siégeant à Washington (USA) car n'étant pas à la Convention qui institue la Cour interaméricaine des DH siégeant elle à San José du Costa Rica.

[350] Jusqu'à l'automne 1998, c'était avant tout à la Commission qu'il revenait de juger les recours liés à des violations de la Convention européenne des DH. C'était elle qui appréciait la recevabilité du recours avant de le transmettre au comité des ministres. Les Etats étaient libres de reconnaitre ou refuser sa compétence. Mais depuis le 1er/11/1998 et l'entrée en vigueur du Protocole additionnel 11 adopté le 11/5/1994, concernant la modification du mécanisme de contrôle de la Convention, seule la Cour traite des cas de violation de la Convention.

d'ouvrir la voie à une application du DIH[351]. Une telle position a, également, été partagé par la CEDH[352]. Dans ces deux situations, ces deux instances ont fait prévaloir le DIDH sur le DIH et donc conséquemment la logique procédurale du contentieux européen en imposant aux individus soumis à un régime d'occupation militaire le respect de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. En effet malgré les insistances de certains commissaires et juges dans leurs opinions dissidentes, la Commission EDH et la CEDH n'ont pas cédé et ont continué à repousser le DIH de leurs prétoires[353].

D'autre part, ce refus avait consisté en une référence-repoussoir en ce sens que les cours, européenne et américaine, tout en se référant au DIH, ont néanmoins fini par écarter son application en se cramponnant à leurs instruments des DH. Dans la décision *Banković et autres* du 12 décembre 2001, la CEDH a évoqué les Conventions de Genève comme un argument pour rejeter les prétentions des requérants[354]. Mais plus surprenante encore est l'attitude de la Cour IADH. En effet malgré l'appel insistant de la Comm. IADH et en contradiction avec sa propre doctrine d'extension de ses compétences, elle a décidé de décliner sa compétence pour l'application du DIH en affirmant que « La convention interaméricaine a seulement attribué compétence à la cour pour déterminer la compatibilité des actes ou des normes des Etats avec la convention et non avec les Conventions de Genève »[355].

Plusieurs arguments ont été évoqués pour expliquer cette réticence, de ces différents organes, à l'égard du DIH.

Le refus est basé sur la crainte de ne pas outrepasser leur compétence au risque de voir leur légitimité remise en cause.

---

[351] Commission EDH, *1ere affaire Chypre c. Turquie*, Rapport, du 13/07/1978, Commission EDH, *3e affaire Chypre c. Turquie*, Rapport, du 4/10/1983.
[352] CEDH, *Brannigan et Mc Bride c. Royaume Uni*, arrêt du 26/05/1993.
[353] Voir les opinions dissidentes de SPERDUTI (G) et TRESCHEL (S) sur le rapport de la Commission EDH, *1ere affaire Chypre c. Turquie*, Rapport, du 13/07/1978. Également l'opinion dissidente du juge MAKAREZYK (J) sous CEDH, *Brannigan et Mc Bride c. Royaume Uni*, arrêt du 26/05/1993.
[354] CEDH, *Banković et autres*, décision du 12/12/2001, §. 74 « Si les auteurs de la Convention avaient voulu assurer une juridiction aussi extensive que le préconisent les requérants, ils auraient pu adopter un texte identique ou analogue à celui contemporain des articles 1 des CG de 1949 ».
[355] CADH, arrêt Las Palmeras c. Colombie, exceptions préliminaires, 4/2/2000, §. 33.

Mais l'argument le plus fondamental, réside d'une part dans le doute sur l'utilité réelle de l'application du DIH dans la mesure où le DIDH pourrait apporter des solutions équivalentes et moins perturbatrices de l'ordre établi. D'autre part il est fort probable que cette réticence réside dans la peur de consacrer une application discriminatoire du DIH à partir du moment où ces juridictions ne pouvaient pas exercer leur action de contrôle sur les acteurs non étatiques et condamner les violations du DIH qu'ils perpétreront. Cependant à l'heure actuelle il n'existe aucun moyen de contrainte à l'égard des Etats et les cours devant lesquelles ils sont attaqués ne peuvent compter que sur leurs bonnes volontés pour mettre en œuvre les décisions qu'elles édictent. Mais cela n'empêche pas de les condamner.

Néanmoins malgré toutes ces difficultés, l'attitude des cours des DH à l'égard du DIH a évolué. Désormais on assiste à une prise en compte du DIH devant leurs prétoires.

B L'ouverture au DIH devant les cours des DH

L'application du DIDH, à des situations conflictuelles soumises aux instances de contrôle des Droits de l'Homme, a permis de révéler une certaine inconstance dans leur position. En effet dans le système interaméricain l'on peut penser que c'est l'architecture institutionnelle et conventionnelle qui en est la cause (1). Dans le système européen, les raisons sont toutes autres et sont essentiellement fondées sur une allergie de la CEDH à l'égard du DIH (2).

1 L'incohérence de la jurisprudence interaméricaine

Le dualisme juridictionnel et textuel qui caractérise le système interaméricain perdure et favorise des différences d'interprétation de jurisprudence. En effet le courage de la Comm. IADH est mis à rude épreuve par les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de San José de Costa Rica.

S'agissant de la Comm. IADH, deux périodes sont à distinguées. D'une part jusqu'aux années 2000, elle a fait preuve d'une très grande ouverture en direction

du DIH. Parachevant un mouvement qu'elle avait initié depuis quelques années[356], la Comm. IADH déclare, pour la première fois, en 1997 sa compétence pour appliquer directement le DIH, c'est-à-dire pour engager la responsabilité de l'Etat pour violation du DIH[357]. En 1997 à l'occasion de *l'affaire de la Tablada*, la Commission énonce clairement un principe qu'elle avait déjà commencé à évoquer dans l'affaire *Disabled Peoples international et autres c. USA* du 22 septembre 1987[358]. Elle procède à une qualification des affrontements et se met à la recherche des bases légales, dans la convention américaine, pour fonder l'application directe du DIH[359].

Malgré ces avancées significatives et courageuses, la Commission va subitement changer d'attitude à l'égard du DIH au tournant des années 2000. Dans plusieurs affaires qui lui ont été soumises, sans écarter expressément l'application du DIH, elle se montre néanmoins plus prudente. Désormais, elle ne prend même plus la peine de procéder à la qualification du conflit avant de décider une éventuelle application du DIH ou non comme lors de l'affaire de *la Tablada*[360].

Elle rejoint ainsi la position de la Cour IADH. qui, elle, refuse toujours d'appliquer directement le DIH malgré l'admission de ce droit comme source d'inspiration pour elle. La Cour précise même que la simple qualification d'une violation sur la base du DIH ne constitue pas en soi une application directe du DIH sauf lorsqu'elle

---

[356] Dans les affaires précédentes, la Commission se referait discrètement au DIH en mentionnant les violations commises (Cf. *Ccallocunto c. Pérou*, du 7/10/1993 disparition forcée dans le cadre d'un CANI entre le gouvernement péruvien et le mouvement du sentier lumineux). Dans une autre affaire en lien avec le même conflit, la Commission souligne que le viol est aussi interdit en DIH et constitue un crime de guerre (Cf. *Marti de Meja c. Pérou*, 01/03/1996).

[357] *Arturo Ribon Avila c. Colombie*, 18/11/1997.

[358] Disabled Peoples international et autres c. USA du 22/09/1987, décision sur la recevabilité, Aff. N°9213, OEA/Ser. L /V/II.71 Doc.9 rev. 1 (1987).

[359] *Juan Carlos Abella c. Argentine, « La Tablada »*, 30/10/1997, §§. 148 et suivants.

[360] Dans l'affaire *Ana, Beatriz et Celia Gonzalez Perez c Mexique*, du 04/04/2001, la commission saisit pour le viol et la torture de 3 filles, dont une mineure, soupçonnées de collaboration avec un groupe rebelle, se réfère à la jurisprudence du TPIY qui interdit le viol en droit international, ainsi que la convention sur le droit des enfants. Dans une autre affaire, *Pelico Coxic et autres c. Guatemala*15/10/2007, la commission souligne que les forces insurgées violent non seulement le DIH mais aussi le DIDH en procédant à des exécutions extrajudiciaires. De même lorsque certains pays s'appuyant sur l'existence d'un conflit armé pour exclure l'application des DH, la commission les a déboutés en confirmant l'application de la Convention américaine et son interprétation à la lumière de la *Lex specialis* que constitue le DIH. Cf. *Greogoria Hermina, Serapio Cristian, Julia Ines Contreras c. Salvador*, décision sur la recevabilité, du 23/02/2005, §. 20.

aboutit à une mise en cause de la responsabilité de l'Etat en cause[361]. Ainsi la cour a continué à se référer au DIH tout en se gardant d'aboutir à cette fin.

Désormais, le système interaméricain semble avoir résolu les contradictions entre la jurisprudence de la Comm. IADH et celle de la Cour IADH[362]. Mais le problème demeure malgré tout. En effet se draper sous une pseudo interprétation stricte de la compétence d'attribution issue des instruments du DIDH ne peut pas suffire à gommer l'incohérence de cette position. La cour et la commission interprètent désormais le DIDH à la lumière du DIH sans fonder leurs condamnations sur la base directe de ce dernier. Or il est bien admis que les Droits de l'Homme même fortement dilués par un DIH vu sous ses plus belles parures ne peuvent pas régir, à eux seuls, une situation fortement troublée par la survenance d'un conflit armé. De plus c'est méconnaitre totalement les différences de situations qu'implique le DIH.

Adoptant la même logique, et ce pendant plusieurs décennies, la CEDH semble vouloir changer de démarche.

2 Une attitude timorée de la CEDH en phase d'évolution

Taxée de peu courageuse, lorsqu'il s'agit d'appliquer le DIH, la CEDH est restée de marbre alors même que les multiples affaires relatives aux conflits armés qu'elle a eu à trancher l'y incitaient fortement.

Néanmoins, la recrudescence des affaires relatives à des situations de conflit armé comme en Tchétchénie ou à Chypre et surtout la situation dans le Kurdistan Turque a incité la cour à s'inscrire dans une dynamique plus conciliante par rapport au rejet

[361] Affaire *Bamaca-Velasquez c. Guatemala, 25/11/2000, §§ 207-208.*

[362] Il est permis de penser que le changement opéré par la commission l'ait été sous l'influence de la cour qui a été peu réceptive à ses idées progressistes. Ainsi à l'occasion de la transmission de l'affaire *Las Palmeras c. Colombie*, la commission avait demandé à la cour de dire que les actes en cause (exécution extrajudiciaire de civils dans le cadre d'une opération armée pendant le conflit en Colombie) constituaient des violations du DIH. Dans ses deux exceptions préliminaires, la Colombie selon lesquelles la commission et la cour étaient incompétentes pour appliquer directement le DIH. La cour l'a partiellement reçu tout en précisant que le DIH demeurait une source d'interprétation. La cour a réitéré la même solution dans une autre affaire concernant le Salvador, Cf. *Sœurs Serrano-Cruz c. Salvador*, 23/11/2004, Exceptions préliminaires §§. 111-119.

initial. Sa réticence d'antan s'estompe[363]. Ainsi le juge européen se réfère au DIH en utilisant, de façon implicite, la terminologie du DIH. Cette imprégnation par le DIH s'est surtout manifestée à travers la doctrine originale de la violence en cas de conflit armé. Désormais, l'on peut même parler d'un droit de l'homme des conflits armés érigés par la CEDH.

Par ce biais, la CEDH, applique une forte dose des Droits de l'Homme teintée de filament de DIH à des situations de conflit armé dans la même logique que les instances interaméricaines. Elle procède à un contrôle minutieux des opérations litigieuses exclusivement sur la base de la convention européenne des Droits de l'Homme. La cour agit comme si les situations de conflits armés sont similaires à des opérations de police et que les références au DIH suffisent à combler certaines lacunes.

Depuis une décision, de la Grande Chambre du 16 septembre 2014 *Hassan c. Royaume Uni*, la cour se réfère pour la première fois directement au DIH en écartant au passage la Convention européenne des Droits de l'Homme. La CEDH confirme ainsi la tendance qu'elle a laissé entrevoir, dans les affaires *Markovic et autres c. Italie*[364] et *Kononov c. Lettonie*[365], où elle se réfère directement au DIH. Dans les premiers paragraphes de cette décision, elle distille les éléments précurseurs de son changement d'attitude avant de détailler plus loin, plus longuement sa nouvelle vision qui est désormais aux antipodes de ses tergiversations sur des décisions relatives aux mêmes conflits[366]. En effet la Cour note que « c'est la première fois qu'un État défendeur lui demande de juger inapplicables ses obligations découlant de l'article 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou, autrement, de les interpréter à la lumière des pouvoirs d'incarcération que lui confère le droit international humanitaire »[367]. Mais

[363] Voir KOLB (R), *Droit International Pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 23.
[364] CEDH, *Markovic et autres c. Italie*, 14/12/2006, §§. 109 et 111. La CEDH s'appuie sur le PA I de 1977 pour rejeter les demandes des requérants se basant sur les articles 1 et 6 de la Convention EDH.
[365] CEDH, *Kononov c. Lettonie*, 24/07/2008 et CEDH (Grande Chambre), 17/05/2010.
[366] Dans les affaires CEDH, *Al-Skeini et autres c. RU* et CEDH, *Al-Jedda c. RU* tous les deux arrêts datant du 07/07/2011, la CEDH tout en se référant au DIH, se refuse à admettre toute dérogation à la Convention EDH au profit du DIDH.
[367] CEDH, (Grande Chambre) *Hassan c. Royaume Uni*, 16/09/2014, §. 99.

contrairement à ses habitudes, la Cour décide de suivre la logique du requérant en expliquant plus loin les raisons d'un tel changement[368]. Pour finir, la cour elle affirme, qu'« à l'instar des motifs de détention autorisés déjà énumérés dans ces alinéas, une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être « régulière » pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1. Cela signifie qu'elle doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire »[369].

Ce revirement de la cour reflète le pragmatisme, qui réponds plus aux besoins de la situation que les postures dogmatiques. En effet la guerre d'Iraq de 2003 est un CAI, et par conséquent il est régi par toutes les dispositions régissant ce type de conflit et auxquelles il faut greffer les conventions des DH ratifiées par les parties au conflit. Ce qui entraine donc une large protection aux victimes. La Cour a donc procédé à un choix entre plusieurs solutions à sa disposition. Or la meilleure est offerte par le DIH.

Aussi révolutionnaire qu'elle paraisse, cette évolution de la CEDH sur l'application directe du DIH devant son prétoire est à minima. En effet toutes les affaires relatives au conflit en Irak, qui ont déclenché ce mouvement, relèvent d'un CAI mettant aux prises des Etats et déclenchant l'application de tous les instruments du DIH et du DIDH auxquels ils ont souscrit. Il est donc légitime de se demander si dans le cadre d'un CANI, la CEDH peut pousser le curseur aussi loin. En effet dans le passé c'est dans le cadre de ce type de conflits que la Cour s'est montrée le plus timoré en n'osant même pas procéder à la qualification de la situation. Ce qui a pour conséquence immédiate de réduire le corpus juridique applicable aux seules dispositions du DIDH. De plus, politiquement ce mutisme produit une conséquence perverse en permettant à l'Etat défendeur de nier la réalité du conflit puisque la Cour elle-même qualifie la situation « d'opération de sécurité »[370]. Une faveur que le DIH ne lui accorderait pas.

[368] Arrêt *Hassan c. Royaume Uni*, *Op. Cit*, §. 97.
[369] Arrêt *Hassan c. Royaume Uni*, *Op. Cit*, §. 105.
[370] Affaire *Ergi c. Turquie*, *Op. Cit*. §. 79.

Si l'applicabilité du DIDH ne semble plus être remise en cause en période de conflit, la question de la détermination des dispositions pouvant être mises à la charge des belligérants notamment des GANE, elle, par contre, reste encore débattue.

Section 2 La détermination des dispositions du DIDH directement applicables par les GANE

L'applicabilité des Droits de l'Homme en période de conflit armé esquissée lors de l'adoption des Conventions de Genève en 1949, a été confirmée à partir des années 70 notamment avec les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève de 1949. Or bien avant cette évolution les instruments du DIDH, eux avaient admis l'idée selon laquelle certains droits doivent trouver application quelles que soient les situations[371]. Malgré leur différence de formulation, tous ces instruments évoquent des situations extraordinaires qui rendent difficile, sinon impossible, l'observation des obligations conventionnelles. Imposer leur respect en présence d'une telle situation reviendrait à exposer le traité à de fréquentes violations. Néanmoins c'est en période de conflit armé que la protection des droits fondamentaux doit être la plus fermement assurée[372]. C'est la raison pour laquelle les conventions internationales ont pris soin de soustraire certains, de ces droits, aux possibilités de dérogation offertes en cas de circonstances exceptionnelles. Malgré cette différence couplée parfois d'une différence d'énonciation, un consensus semble se dégager relativement à la part irréductible du DIDH qui demeure ainsi applicable même en période de conflit armé. Ainsi les principaux instruments du DIDH s'accordent à désigner, le droit à la vie, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et les garanties judiciaires, comme des dispositions qui ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation quelles que soient les circonstances.

[371] Article 15 CEDH parle de « guerre ou danger public menaçant la vie de la nation », Article 27 CADH évoque le cas de « guerre, danger public ou toute situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie » quant à l'article 4 du PIDCP, il parle d'un « danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation ».

[372] WACHSMANN (P), *Les droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 3e édition, 1999, pp. 60 et suivant.

Aussi le recours à la dérogation est fortement conditionné, car il ne s'agit pas de donner à l'Etat un « blanc-seing »[373], et souvent sous le contrôle de l'organe en charge de ladite convention. Ainsi deux types de conditions sont requises d'une part formelle en ce sens qu'elles imposent une information préalable à destination des autres parties à la convention et de sa propre population et d'autre part des conditions matérielles relatives à la réalité du danger public invoqué ainsi que la nécessité et l'objet des mesures invoquées[374].

La plupart des grandes conventions du DIDH actuelles sont dotées d'un ensemble des dispositions auxquelles il est impossible de déroger. La doctrine n'est pas avare d'épithètes pour les qualifier[375]. Pour notre part, nous préférons celui de dispositions indérogeables qui traduit plus fidèlement leur sens juridique au-delà de toute autre considération car elles représentent une valeur fondamentale et qui doivent être protégées en ce sens qu'elles sont inhérentes à la personne humaine. Admettre une dérogation à ces droits équivaudrait à retirer à la victime ce qui fait d'elle un être humain.

Cette liste de droits indérogeables énoncée par le DIDH se superpose à une autre quasiment identique énoncée par le DIH. Il existe des similarités entre les blocs de droits énoncés par ces deux branches. C'est cette identité de protection entre le DIH et le DIDH (§1) qui fédèrent les arguments permettant de démontrer la capacité des GANE à assumer des obligations issues du DIDH. De plus l'interprétation évolutive de certaines dispositions du DIDH au sein des instances

[373] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pédone, 2016, p. 710.

[374] Informer le SG de l'ONU pour le PIDCP (article 4-3) mais aussi informer sa population par le biais d'un acte officiel de proclamation de l'Etat d'exception. Une telle obligation également prévue en droit interaméricain impose d'informer le SG de l'OEA. Cependant pour la CEDH nonobstant l'art. 15-3, c'est la jurisprudence qui a comblé ce vide en imposant une obligation de publicité et l'a érigé en condition préalable au recours au droit de dérogation. *Cf*., Comm. EDH, rapport du 10/07/1976, §. 527, plus récemment dans le conflit tchétchène, le SG Conseil de l'Europe a contesté l'interprétation du Ministre russe des affaires étrangères, selon laquelle il n'est pas exigé, au vu de l'article 15 de la CEDH, que l'état d'urgence soit officiellement proclamé. In Lettres du 27/01/2000, et du 23/03/2000 du SG à M. I. IVANOV, Rapport du SG sur le recours, à l'égard de la Fédération de Russie, aux pouvoirs qui lui confère l'art. 52 de la CEDH, doc., d'information SG/Inf. (2000), pp. 39 et 45.

[375] Voir à ce propos ERGEC (R), pour qui il existe une profusion d'expressions pour désigner ces droits. In *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles- Etudes sur l'article 15 CEDH*, Bruylant et Editions de l'Université de Bruxelles, 1987, p.237.

internationales permet d'adjoindre aux droits indérogeables d'autres dispositions dont la préservation contribue au renforcement des dispositions indérogeables (§2).

Paragraphe 1 L'identité des droits protégés en DIDH et en DIH

Il est désormais acquis qu'en matière de Droit de l'Homme, et dans quasiment toutes les conventions à portée générale, certaines dispositions échappent à l'emprise des Etats lors des conflits armés. Cette propension à maintenir un minimum des droits irréductibles s'étend désormais même à certains traités ayant un objet spécifique[376].

Or, contrairement à tous ces instruments, la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples ne contient aucune disposition équivalente aux articles 4, 15 et 27 respectivement du PIDCP, de la Convention EDH et de la Convention ADH.

Le juge OUGUERGOUZ (F), évoque trois hypothèses pour justifier l'absence de clause de dérogation dans la Charte ADHP[377]. D'abord, cette absence pourrait être liée à la nature juridique de l'instrument, qui n'est qu'une charte, et de ce fait rejaillit sur la faiblesse des obligations stipulées, celles-ci ne nécessitant plus de dérogation possible. Ensuite, la seconde explication consisterait à dire que les parties à la Charte ADHP n'ayant prévu aucune disposition dérogatoire, alors aucune disposition de celle-ci ne peut souffrir de dérogation quelles que soient les circonstances. Enfin, hypothèse qui semble emporter l'adhésion de l'auteur, il

[94] Voir à ce sujet l'article 2§2 de la Convention contre la torture du 10/12/184 qui dispose qu'« Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture » ou l'article 1§2 de la convention internationale contre les disparitions forcées du 20/12/2006 pour qui «Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée ». Cependant cette situation de la CADHP n'est pas si isolée que ça car la Déclaration Universelle de 1948, la convention des NU sur les droits de l'enfant du 20/11/1989 ou la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 ne contiennent aucune clause de dérogation.

[377] OUGUERGOUZ (F), « L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'hommes : les réponses du droit international général, in *RGDIP*, 1994-1, pp. 289-355.

consiste à dire que les Etats par ce silence s'en remettent au droit international général pour régler le problème en cas de besoin.

Mais cette dernière hypothèse ne nous semble pas satisfaisante pour deux raisons. D'une part, en se fondant sur le droit international général les limites à la volonté des Etats ne se présument pas[378]. Dès lors conformément à la maxime de la *pacta sund servanda*[379], les parties sont tenues de respecter les prescriptions de la Charte ADHP, donc ne se sentir liées que par les seules limitations expressément stipulées dans celle-ci. Or la seule, dans cet instrument, est celle contenue dans l'article 27§2. D'une d'autre, la Charte ADHP prévoit en son chapitre II, intitulé « des devoirs », plus précisément à ce même article 27§2 qui dispose que « Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun ». Cette autolimitation pesant sur les individus ne peut pas faire office de clause de dérogation et ne concerne donc pas les Etats puisqu'elle ne leur est pas adressée.

Ces deux arguments développés conjointement aboutissent au même résultat que la première hypothèse, à savoir que la Charte ADHP ne contient aucune clause dérogatoire. Or il faut noter que cette éventualité n'est pas tenable. L'Afrique est l'un des foyers les plus actifs en matière de conflit armé. L'absence de clause dérogatoire reviendrait à écarter l'ensemble de la Charte ADHP dès la survenance d'un conflit et donc à la rendre ineffective la plupart du temps. Ce qui, non seulement exposerait des milliers de personnes à une protection minimale induite par le DIH, mais aussi elle va à contre-courant du consensus qui prévaut dans la plupart des conventions internationales des Droits de l'Homme et auxquelles beaucoup d'Etats parties à la Charte ADHP ont adhéré.

Dès lors c'est à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qu'il est revenu de préciser le silence de la Charte ADHP. Dans une décision du 13-27

[378] « Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas » CPJI, Affaire du Lotus, 7/09/1927, *Recueil des arrêts*, Série A n° 10, p. 18.

[379] Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, Article 26 *PACTA SUNT SERVANDA*, « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

mai 2009, elle a interprété celui-ci comme interdisant toute dérogation. Nulle circonstance ne peut donc être invoquée pour justifier le non-respect de la Charte[380].

Mis à part la Charte ADHP, tous les instruments à portée générale partagent une communauté de droits indérogeables quasiment identiques à ceux énoncés par le DIH. Ces deux branches offrent non seulement une protection similaire contre la torture, les traitements inhumains et dégradants mais aussi dans la protection de la vie et les garanties judiciaires. Néanmoins, le cas particulier du droit à la vie, eu égard à la réalité des conflits armés, exige un développement séparé (A) des autres droits (B).

A La situation particulière du droit à la vie

La protection du droit à la vie ne repose pas sur les mêmes principes en DIH et en DIDH. Si en DIDH, la protection de la vie s'applique à toutes les personnes de façon identique, il existe parfois des situations dans lesquelles la privation de la vie est autorisée. De même en DIH, le statut personnel et le type de conflit font apparaitre des disparités dans la protection du droit à la vie. Ainsi on peut donc dire qu'en DIH et en DIDH, le droit à la vie, est absolument relatif (1). Néanmoins des restrictions rigoureuses sont mises en place pour redonner au droit à la vie tout son absolutisme notamment en ce qui concerne la peine de mort (1).

1 La protection du droit à la vie en DIDH et en DIH

Pour jouir de n'importe lequel des droits accordés par le DIDH ou le DIH, la personne protégée doit être vivante.

Pour ce faire toutes les conventions du DIDH reconnaissent et affirment son importance capitale[381]. Il est « la base de tous les droits. C'est la source d'où découlent les autres droits (…) »[382]. C'est en ce sens le Comité des droits de

[380] Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Sudan Human Rights Organization et autres, c. Sudan*, Décision du 13-27 mai 2009, Pétition n°279/03, §. 165.
[381] Art. 3 DUDH, Art. 6 PIDCP, Art. 2 CEDH, Art. 1 Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme, Art.4 CADH, Art. 4 CADHP, Art. 5 Charte Arabe des DH.
[382] Commission ADHP, *Forum of conscience c. Sierra Leone*, 2000, §. 20.

l'homme des NU le qualifie de « droit suprême »[383] et que DESPOUY (L) parle du droit à la vie comme du « noyau dur des noyaux durs de la protection des droits de l'homme »[384]. Si l'unanimité semble se faire sur la place primordiale accordée au droit à la vie dans toutes les Conventions de DIDH, ayant un objet général et celles ayant un objet spécifique[385], ces mêmes conventions prévoient très souvent des exceptions car il n'a pas le même caractère absolu que l'interdiction de la torture ou de l'esclavage. En effet, les différentes dispositions qui consacrent le droit à la vie ouvrent la porte à des cas licites de privation de la vie[386], avec plus ou moins de précision en fonction des conventions[387]. Ainsi ce qui est interdit c'est l'atteinte arbitraire au droit à la vie. Donc en violation des limitations énumérées par chacune des conventions. Ces limitations doivent être conformes aux droits national et international en la matière, conformes au but et à l'objet de ces traités, donc à la préservation de la vie et de la dignité humaine. En dehors des cas précis prévus par les différents articles, le droit à la vie recouvre son caractère absolu et indérogeable. C'est donc en ce sens qu'il se retrouve dans la liste des droits indérogeables des différentes conventions.

En DIH, le contexte de confrontation induit par la survenance des hostilités peut laisser penser que la privation de la vie est autorisée d'autant plus qu'aucune disposition du DIH ne protège expressément le droit à la vie. Néanmoins il faut préciser que « (…) L'argument selon lequel le premier droit de l'homme est le droit

---

[383] Observation Générale N° 6 : *Droit à la vie*, (Art. 6 PIDCP), 1982, §. 1. Dans le même sens, la CEDH affirme que le droit à la vie est « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe ». Voir *McCANN et autres c. RU*, 27/09/1995, §. 147. Quant à la CAIDH, elle le considère comme « le droit fondamental ». Voir Cour IADH, *BALDON GARCIA c. Pérou*, 06/04/2006, §. 82.

[384] DESPOUY (L), « le droit à la vie : un droit intangible non dérogeable » p. 71, in PREMONT (D), MONTANT (F) (Ed.), *Actes symposium sur le droit à la vie : quarante ans après l'adoption de la déclaration universelle des droits de l'homme : évolution normative et jurisprudentielle*, Genève, CID, 1992, pp. 71-73.

[385] Voir les Art. 10 Convention relative aux droits des personnes handicapées ; Art. 9 Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs ; Art. 6 Convention relative aux droits de l'enfant ; Art. 5 Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ; Art. 2 de la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; Art. II de la Convention pour la prévention et la répression du génocide.

[386] Art. 2-2 CEDH, Art. 6-2 PIDCP, Art. 4-2 à 5 CADH, Art. 6, 7 et 8 Charte Arabe des DH.

[387] L'article 4 CADHP se contente juste de prévoir la possibilité de privation licite du droit à la vie sans autre précision. Ce qui fait d'elle, avec la déclaration américaine des DH et la DUDH, une des plus sommaires en la matière en ce qui concerne les conventions à portée générale sur ce point.

à la vie et le premier droit que reconnait le droit de la guerre est le droit de tuer est sans fondement »[388]. En effet, les instruments du DIH relatifs aux CANI notamment l'article 3 Commun et l'article 4 PA II interdisent, en des termes identiques, « les atteintes portées à la vie »[389]. Ce qui dans le cadre d'un CANI implique de faire la distinction entre les privations de la vie permises et celles interdites, comme c'est le cas en DIDH entre les privations licites et celles illicites. Or pour pouvoir appliquer une telle distinction dans le cadre d'un CANI, il faut au préalable pouvoir distinguer les personnes qui participent aux hostilités et celles qui ne participent pas ou qui ne participent plus aux hostilités. En effet ni l'article 3 commun ni le PAII ne reconnaissent le statut de combattant et de civil pouvant permettre d'appliquer une telle distinction. Ce qui accorde un rôle capital à la notion de participation aux hostilités qui elle seule permet ainsi de reconnaitre une privation licite d'une privation illicite de la vie. Ainsi lorsqu'une personne participe aux hostilités, et uniquement pendant cette période, la privation de sa vie est licite non seulement par rapport au DIH mais aussi par rapport au DIDH car « l'attaque d'un combattant parait licite dans la mesure où ce dernier constitue par essence un danger imminent à la vie d'autrui »[390]. Cependant dès lors que la personne ne participe pas, ou ne participe plus aux hostilités, l'appréciation de la licéité ou de l'illicéité de sa vie ne peut plus répondre à la logique du DIH. Ainsi, elle « se rapproche des dispositions analogues des conventions de DH, notamment de l'article 2 CEDH »[391]. Ce qui fait ainsi du DIDH la *Lex specialis* en la matière de la même manière que serait le DIH pour ceux qui participent aux hostilités.

2 Le rapprochement de la protection du droit à la vie en DIDH et en DIH

La préservation du droit à la vie en DIDH et en DIH constitue désormais deux affluents qui participent tous au renforcement du droit à la vie qui demeure « un attribut inaliénable de la personne humaine »[392]. Cette tendance s'est traduite par

[388] CALOGEROPOULOS (S), *Op. Cit*., p. 144.
[389] Article 3-1 a) commun et 4-2 a) PA II.
[390] GAGGIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, *Op. Cit*., p. 267. Voir aussi l'article 15-2 CEDH « (…) sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre (…) ».
[391] CALEGEROPOULOS (S), *Op. Cit*., p. 143.
[392] CEDH (GC), *Streletz, Kessler et Krenz*, arrêt du 22/03/2001, §. 94.

deux actions convergentes visant d'une part à restreindre les conditions d'applications de la peine de mort et d'autre part un autre mouvement encore plus radical qui tend désormais à l'abolir.

S'agissant de la peine de mort en temps de paix, si pendant longtemps, et même actuellement[393], elle a été autorisée conditionnellement[394], son champ d'application en DIDH se réduit considérablement. Ces restrictions introduites dans les conventions à portée générale vont servir de soubassement au courant abolitionniste et va se traduite par l'adoption de plusieurs protocoles additionnels visant à interdiction la peine de mort. Ainsi le deuxième protocole facultatif[395] se rapportant au PIDCP interdit non seulement la peine de mort en temps de paix mais aussi demande aux Etats de ne plus appliquer la peine de mort et à prendre des mesures pour l'abolir. Le texte, en son article 2, ne permet aucune réserve sauf pour l'application de la peine de mort « en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre ».

Au niveau régional, le Protocole additionnel à la Convention Américaine des DH[396] va, non seulement, dans le sens de l'article 2 du deuxième Protocole additionnel au PIDCP, mais aussi en ajoutant d'autres restrictions car il interdit, désormais à tout Etat ayant aboli la peine de mort, de la rétablir.

Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté le Protocole N°6 à la Convention européenne des droits de l'homme en 1983 et qui visait à interdire la

[393] Dans beaucoup de pays elle demeure encore en vigueur on citer comme exemples les USA, la Chine, l'Iran, l'Arabie Saoudite.

[394] Les conventions internationales à portée générale ne prohibaient pas directement la peine de mort. Entre la DUDH qui ne traitait même pas des exceptions au droit à la vie et la CEDH (Article 2§1) qui se borne à préciser que toute peine de mort doit être prononcée par un tribunal et prévue par la loi pour le crime en cause, on retrouve la CADHP qui elle qui ne contient aucune limite à la peine de mort sauf à trouver refuge derrière l'interdiction de la privation arbitraire de la vie de son article 4. Quant à la CADH, influencée par le contexte d'alors très fortement soumis à la pression du courant expansionniste des DH, elle s'est fortement inspirée du PIDCP pour introduire des restrictions à la peine de mort à son article 4§2-6.

[395] Deuxième Protocole facultatif se rapportant au PIDCP, adopté le 15/12/1989, entré en vigueur le 11/07/1991, 84 Etats sont parties à ce Protocole au 10/02/2017, http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx , dernière consultation le 10/02/2017.

[396] Protocole additionnel à la CADH traitant de l'abolition de la peine de mort adopté le 6/08/1980.

peine de mort en temps de paix[397]. A cette interdiction de la peine de mort en temps de paix viendra s'ajouter une autre, en tout temps, instaurée par le Protocole N°13 adoptée le 3 mai 2002 et entré vigueur le 1er juillet 2003[398]. Au final la CEDH considère désormais que l'article 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, interdit la peine de mort en toutes circonstances[399]. De plus, certaines instances des droits de l'homme interprètent, désormais, de façon extensive leur textes de référence, en interdisant la peine de mort, même lorsque ces derniers n'abolissent pas explicitement la peine de mort[400].

Les différentes restrictions à la peine de mort en temps de paix rejoignent ainsi les prescriptions des instruments du DIH, qui, elles, interdisaient déjà la peine de mort en temps de guerre à l'égard de certaines catégories spécifiques. S'appuyant sur le précédent de la convention de Genève de 1929[401], le CICR suggère, lors des travaux de la Conférence diplomatique de 1949, la suppression de la peine de mort ou sa limitation à certains crimes expressément mentionnés[402]. Dans le cadre des CANI, le rejet de cette proposition est compensé par les dispositions de l'article 3- 1 d) Commun aux CG qui interdit « les condamnations prononcées et les exécutions

[397] Le Protocole N°6 de la CEDH, depuis son entrée en vigueur en 1985, compte 46 Etats parties à l'exception de la Russie au 17/12/2017. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=rlt1xY4E dernière consultation le 17/12/2017. Néanmoins, on doit relever aussi les velléités turques, dans le cadre de la répression du coup d'état manqué de l'été 2016 contre le Président ERDOGAN, pour un rétablissement de la peine mort en temps de paix. Pour le moment les autorités turques n'ont pas encore définitivement tranché la question.

[398] 44 Etats européens sont liés par ce protocole à l'exception de la Russie de l'Arménie et de l'Azerbaïdjan.

[399] Voir en ce sens CEDH (GC) *Öcalan c. Turquie*, 12/05/2005, §. 164 et CEDH *Al-Saadoon et Mufdhi c. RU*, 02/03/2010, §. 120.

[400] Voir en ce sens pour le cadre africain la jurisprudence de la Commission ADHP s'appuyant sur une interprétation extensive de l'article 4 de la CADHP : Comm. ADHP, *International pen et autres c. Nigéria* 1998 ; *Amnesty international c. Soudan*, 1999 ; *Forum of conscience c. Sierra Leone*, 2000. Dans le cadre américain : la Commission interaméricaine se fonde sur l'article I de la Déclaration américaine des DH pour affirmer que la peine de mort est prohibée, ce qui lui permet ainsi de traiter un important contentieux concernant certains pays, comme les USA, qui ne sont pas parties à la Convention interaméricaine des DH, voir *Comm. IADH, William Andrew c. USA*, 6/12/1996, affaire n° 11. 139, rapport n°57/96.

[401] Cf. Article 66 CG 1929 « Si la peine de mort est prononcée contre un prisonnier de guerre, une communication exposant en détail la nature et les circonstances de l'infraction sera adressée, au plus tôt, au représentant de la Puissance protectrice, pour être transmise à la Puissance dans les armées de laquelle le prisonnier a servi.
Le jugement ne sera pas exécuté avant l'expiration d'un délai d'au moins trois mois à partir de cette communication ».

[402] Voir PICTET (J), *Commentaires des CG de 1949*, Note 1396, pp. 499-500.

effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ». Ces restrictions basiques seront précisées et renforcées par les PA de 1977 dont l'article 6-4 dispose que « La peine de mort ne sera pas prononcée contre les personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction et elle ne sera pas exécutée contre les femmes enceintes et les mères d'enfants en bas âge ».

Il existe désormais une certaine convergence entre les prescriptions du DIH et celles du DIDH relativement aux restrictions posées pour l'application de la peine de mort. Chronologiquement les plus anciennes, celles du DIH ont été reprises par celles du DIDH, il en va ainsi des garanties procédurales, de la limitation de la peine de mort aux infractions les plus graves, de l'interdiction de la peine de mort à l'égard des mineurs ou du droit de recourir en grâce. Par ailleurs elles ont été renforcées par les instruments du DIDH qui sont passés d'une part, de l'accroissement des limitations spécifiques, en les détaillant plus que ne le fait le DIH, s'appliquant à tout le monde indépendamment de la nature du conflit et du statut personnel ou du territoire, de l'autre, à une abolition progressive de la peine de mort.

En ce domaine, notamment en excluant du champ d'application de la peine de mort certaines catégories spécifiques, le DIH pose des conditions plus lourdes à supporter aux GANE que ne le fait le DIDH pour les Etats. Ainsi si un GANE est capable d'appliquer les prescriptions du DIH, il peut aussi appliquer celles issues du DIDH car elles sont moins contraignantes. C'est ce que semble traduire la tendance actuelle visant à restreindre les conditions d'application de la peine de mort, voire même de son abolition. Depuis l'instauration des TPI, et contrairement aux tribunaux militaires instaurés par les Alliés après la 2GM, la peine de mort n'est ni encourue et encore moins prononcée dans le cadre des décisions prononcées par ces instances[403].

[403] *Cf*. article 77 Statut de la CPI, article 24 statut du TPIY, article 23 statut du TPIR, Article 19§1 Statut TSSL, article 24 Statut TSL. S'agissant de la CPI, il faut lire l'article 80 qui n'interdit pas à un Etat d'appliquer « les peines que prévoit leur droit interne, ni l'application du droit des Etats qui ne

Les restrictions apportées aux privations licites du droit à la vie tendent à le rapprocher des autres composantes des droits indérogeables qui elles n'autorisent quasiment pas de dérogations.

B Les autres éléments des droits indérogeables

Le DIDH et le DIH interdisent de la même manière un certain nombre de comportements que la seule survenance d'un conflit ne saurait permettre à savoir les interdictions de la torture, des traitements inhumains et dégradants, de l'esclavage et des travaux forcés (1). De même la survenance d'un conflit ne saurait justifier l'abolition d'un certain nombre de garanties judiciaires auxquelles les victimes ont droit (2).

1 Les interdictions

Une différence doit être faite entre les interdictions de la torture, des traitements inhumains et dégradants et de l'esclavage et des travaux forcés.

D'une part, une unanimité sans faille s'est faite à propos de cette interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants[404] « car jamais dans le champ

prévoit pas les peines prévues dans le présent chapitre », cela revient à dire que les Etats dont la législation autorise la peine de mort peuvent la conserver. Néanmoins si tel n'est pas le cas ceux-ci ne peuvent plus la réintroduire sinon ils ne pourront pas adhérer à la CPI. Pour les TPI (TPIY et TPIR) les articles cités affirment que « la chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement », ce qui équivaut à un rejet implicite de la peine capitale. Une telle interdiction est expressément contenue dans l'article 38 de la Loi de 2004 instituant les chambres extraordinaires cambodgiennes « les peines applicables sont limitées à l'emprisonnement ».

[404] Article 3 CEDH, « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » ; Article 7 PIDCP « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (…) » ; Article 5-2 CADH « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » ; Article 5 CADHP « (…) Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclave, la traite des personnes, la torture physique ou morale et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites » ; Article 8-a Charte Arabe « Nul ne peut être soumis à des tortures physiques ou mentales ou à un traitement cruel, inhumain, humiliant ou dégradant ».

A ces dispositions issues de Conventions à portée générale, on peut ajouter les autres conventions portant spécifiquement sur l'interdiction de ces actes et qui naturellement interdisent encore plus fondamentalement ceux-ci. Il s'agit de la convention des NU contre la torture et les traitements inhumains et dégradants de 1984, ou de la convention interaméricaine de 1985 visant à prévenir et à punir la torture.

Il arrive aussi que l'interdiction de la torture et des mauvais traitements soit intégrée à des conventions protégeant des catégories spécifiques comme la convention des NU relatives aux droits des personnes handicapées article 15, de la convention des NU relative aux droits de l'enfant article 37 a), ou de la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant article 16-1. Les Lignes

de la protection de la dignité de la personne une disposition n'a bénéficié d'un tel régime de protection et de mise en œuvre »[405]. Cette tentative d'éradication[406] vaut également pour le DIH dont les dispositions s'appliquent dès le début des hostilités sans aucune possibilité de dérogation[407].

Les interférences entre les interdictions découlant du DIH et du DIDH s'imbriquent à ce niveau car les dispositions du DIDH éclairent tout particulièrement cette face sombre de la bestialité humaine. En effet la torture et les traitements inhumains et dégradants lorsqu'ils ont lieu, au cours d'un conflit armé, ne peuvent être exercés qu'à un moment précis, c'est-à-dire lorsque la victime ne participe pas ou plus aux hostilités. Il n'y a pas lieu de distinguer entre une interdiction édictée par le DIH ou par le DIDH car les deux posent des règles similaires jusque dans les termes employés par leurs dispositions respectives. L'on peut donc affirmer à la suite du Professeur CALEGEROPOULOS (S) que la notion de torture et des peines et traitements inhumains et dégradants est la même dans le DIH et dans le DIDH[408]. Ces deux interdictions deviennent non seulement des droits fondamentaux au contenu identique en période de paix et en période de conflit armé sans aucune restriction, mais de plus, dans ces deux types de situations, les mêmes personnes jouissent de la protection de cette interdiction sans aucune discrimination[409].

C'est certainement ce qui a favorisé l'extension de la notion de torture, désormais plus large que celle initialement prévue dans la convention sur la torture. Les conflits armés actuels sont caractérisés par une grande flambée de violence et l'imagination des GANE est sans limites pour perfectionner leurs moyens et méthodes de faire mal à l'ennemi. Rappelons-nous des viols massifs en Ex-

directrices de Robben Island adoptées, par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, en 2002.

[405] DELAPLACE (E), « La torture », p. 217. In ASCENCIO (H), DECAUX (E) et PELLET (A), *Droit International Pénal*, 2e édition, Paris, Pédone 2012, pp. 1273.

[406]SANDOZ (Y), SWINARSKI (C) ZIMMERMANN (B), *Commentaires des PA de 1977, Op. Cit*., p. 1397, §. 4533.

[407] CG I-IV article 12/12/17/32, Article 3 commun, PAI Article 75-2 a) ii) ; PAII Article 4-2 a).

[408] CALEGEROPOULOS (S), *DIH et DIDH : La protection de la personne humaine en période de conflit*, I.U.H.E.I., Genève, 1980, p. 151.

[409]Cf. Statut de la CPI qui intègre dans les éléments de crimes entrant dans sa compétence en reprenant en partie les prohibitions du DIH et celles du DIDH, relatives à la torture, aux mauvais traitements, tant dans la définition du crime contre l'humanité (article 7§2-e) que du crime de guerre (article 8§2).

Yougoslavie ou des mutilations des membres en Sierra Léone et bien d'autres encore. Pour faire face à ces violations, que les textes applicables ne prévoyaient pas, les TPI ont dû élargir et préciser certaines définitions. En effet s'appuyant la nature impérative de la prohibition de la torture, désormais élevée au rang de règle du jus cogens par le rapporteur spécial des NU sur la torture, [410] le TPIY a apporté des précisions supplémentaires dans l'arrêt *FURUNDZIJA* relativement à l'importance de cette norme dans l'ordonnancement juridique[411]. Continuant sur cette lancée le TPIY, dans l'affaire *DELALIC et autres*, admet que des actes d'omission peuvent être constitutifs d'actes de torture[412] et ce contrairement à la définition contenue dans l'article 1 de la convention des NU sur la torture. De plus dorénavant la qualité d'agent de l'Etat, une des conditions requises pour qu'un acte soit qualifié de torture[413], n'est plus exigée. Le TPIY a jugé que la définition de la torture en DIH ne requiert pas l'intervention d'un agent public ou d'une personne agissant pour le compte d'un agent public[414]. Cette position est

[410] E/CN. 4/1986/15, 19/02/1986, §. 3.

[411] TPIY, *Le Procureur c. Furundzija* IT-95-17/1-T, jugement, 10/12/1998, §§. 134-157, La chambre de première instance considère que la prohibition de la torture fait partie du droit international coutumier, pose des obligations *erga omnes* et a le caractère de norme de *jus cogens*. Lire plus particulièrement le §.153 dans lequel la cour affirme « en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou jus cogens, c'est-à-dire qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire' ».

[412] TPIY, *Le Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21, jugement, 16/11/1998, §. 468.

[413] Citer l'article 1er -1 de la convention des NU contre la torture «Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles (…) ».

[414] TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et autres*, jugement du 22/02/2001, §. 496. Confirmé par la Chambre d'appel le 12/06/2012, TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et autres*, §. 148 « La chambre de première instance a eu raison de conclure en l'espèce que le DIH coutumier n'exige pas que le crime soit commis par un agent de la fonction publique lorsque la responsabilité pénale d'un individu est mise en cause en dehors du cadre fixé par la convention relative à la torture ».

désormais partagée par d'autres instances internationales et reprise dans d'autres instruments[415].

Ainsi il est indéniable que « Les acteurs non étatiques peuvent donc être accusés d'actes de torture »[416].

D'autre part, cette unanimité concerne tout particulièrement l'interdiction de l'esclavage. En effet bien avant le renouveau des instruments majeurs du DIH moderne et la phase d'apparition du DIDH à l'échelle internationale, l'article 1er de la Convention relative à l'esclavage de 1926 prohibait déjà cette pratique. Elle a été renforcée par la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions analogues à l'esclavage de 1956[417].

C'est donc tout naturellement qu'elle est reprise par les Conventions du DIDH[418]. La forte charge symbolique et émotionnelle entourant cette notion a inéluctablement conduit à sa prise en charge par des instruments internationaux ou régionaux ayant un objet général d'une part et de l'autre dans des instruments ayant un objet spécifique[419].

Or contrairement aux instruments du DIDH, ceux du DIH évoquent à peine cette interdiction pourtant absolue. En effet seul l'article, 4-2 f) PA II, mentionne l'interdiction de « l'esclavage et la traite des esclaves sous toutes leurs formes »,

---

[415] Le critère selon lequel la torture doit avoir été infligée par un agent officiel ou à son instigation prévue par la convention contre la torture de 1984 est remplacé dans le statut de Rome par un élément qui souligne la vulnérabilité de fait de la victime- plutôt que le pouvoir fonctionnel de l'auteur du crime- qui doit avoir été sous la garde ou sous le contrôle de celle ou de celui qui inflige la torture. Cf. Articles 7§1 f et §2 e ; Article 8§2-a-ii ; Article 8§2-c-i-4 du Statut de la CPI.

[416] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *Op., Cit*, p. 861.

[417] A ces instruments, il faut ajouter la déclaration relative à l'abolition universelles de la traite des esclaves adoptée en 1815. Pour aller plus loin sur l'historique de la construction normative de la prohibition de l'esclavage, Voy. DECAUX (E), *Les formes contemporaines de l'esclavage*, Leiden/ Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 257p.

[418] Article 4 DUDH, Article 8 PIDCP, Article 4 CEDH, Article 6 CADH, Article 5 CADHP, Article 10 Charte Arabe.

[419]Pour les instruments spécifiques : Articles 34 et 35 Convention relative aux droits de l'enfant, Article 6 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. On peut y joindre la Convention relative à l'esclavage adoptée le 25/09/1926, La convention supplémentaire relative, à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 07/09/1956, les différentes conventions de l'OIT notamment la N°29 relative au travail forcé ou obligatoire, du 28/07/1930, la N°105, sur l'abolition du travail forcé, du 25/06/1957 ou la N°182, concernant les pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, du 17/07/1999.

ce qui traduit encore une influence des DH sur le DIH. Malgré ce silence, nous partageons les analyses de EL KOUEHENE (M) qui suggère qu'elle découle de l'article 12 CGII, et qu'il n'est pas besoin d'autres propos plus explicites, notamment lorsque cet article affirme que « les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont faits prisonniers. Indépendamment des responsabilités individuelles qui peuvent exister, la Puissance détentrice est responsable du traitement qui leur est appliqué »[420]. Aussi pour faire face à ses formes modernes, les TPI ont procédé à une mise à jour des éléments de définition de l'esclavage. C'est notamment le cas du TPIY, dans l'arrêt *Kunarac*, dans laquelle la notion d'esclavage sexuel a été reconnue[421].

S'agissant de l'interdiction des travaux forcés, le DIDH et le DIH les règlementent plus qu'ils ne l'interdisent. Certes, dans toutes les dispositions des conventions qui portent sur cette interdiction, les mêmes articles prévoient des exceptions découlant notamment de sanctions pénales.

2 les garanties judiciaires

Elles se composent de trois principales facettes à savoir le principe de la légalité des délits et des peines[422], le droit à un recours effectif[423] et le droit à un procès équitable[424].

---

[420] EL KOUEHENE (M), l*es garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 135.

[421] TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et autres*, jugement du 22/02/2001, §. 542, Affaire dans laquelle il était reproché à des soldats serbes d'avoir parqué dans des maisons, appartements, écoles et gymnases des femmes musulmanes qui ont été violées pendant plusieurs mois par ces soldats au motif que cela augmentait leur combativité. Cette jurisprudence a été confirmée en appel par le TPIY le 12/06/2002.

[422] Art.11§2 DUDH, Art. 15 PIDCP, Art. 7 CEDH, Art. 9 CADH, Art. 7§2 CADHP, Art. 15 Charte Arabe.

[423] Art. 8 DUDH, Art. XVIII Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, Art.2§3 PIDCP, Art. 13 CEDH, Art. 25 CADH. Concernant la CADHP, certes elle n'énonce pas explicitement le principe mais celui-ci peut être déduit de l'Art. 7§1 (a) qui reconnait le droit de toute personne « de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueurs ».

[424] Art. 14 PIDCP, Art. 6 CEDH (à cet article il convient d'adjoindre le Protocole n°7 à la CEDH a procédé à une extension de la protection accordée par la CEDH et a également élevée certaines dispositions au rang de dispositions indérogeables comme c'est le cas de la règle de *non bis in idem* (Art. 4)), Art. 8 CADH, Art. 7§1 CADHP Art. 13 Charte Arabe.

De ces trois éléments, seul le principe de la légalité des délits et des peines fait parties des droits indérogeables consacrés par toutes les conventions majeures du DIDH à l'exception de la CADHP. Pour ce qui est du droit à un procès équitable, il n'est indérogeable que dans le cadre de la CADH[425] et de la Charte Arabe[426]. Ce qui signifie qu'en cas de conflit armé ils sont écartés sauf à tenir compte des limitations imposées par chacune des conventions.

Ainsi pour ce qui est du droit des CANI, deux situations doivent être distinguées. D'une part, les CANI soumis à l'article 3 Commun bénéficient d'une protection minimale énoncée de façon sommaire par cet article. En effet il dispose que « les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés »[427]. Dès lors dans le cadre d'un CANI, soumis à l'article 3 Commun, seules « les garanties judiciaires reconnues par les nations civilisées » demeurent applicables. Or ces dernières ne sont pas définies. Elles comprennent néanmoins le droit à un procès équitable car il « constitue le noyau dur du principe de prééminence du droit, (…) »[428]. Ce qui comprend l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial mais aussi les garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables en droit international. Ces garanties comprennent entre autres le droit d'être traduit devant un tribunal indépendant et impartial ; le droit à la présomption d'innocence ; le droit de se voir notifier les charges qui pèsent contre soi[429].

[425] Art. 27§2 CADH « garanties indispensables à la protection » des droits énoncés par l'article 27.
[426] L'article 4-b de la Charte Arabe dispose que « aucune dérogation aux dispositions ci-après n'est autorisée, en cas de situation d'urgence exceptionnelle : article 5, article 8, article 9, article 10, article 13, article 14, article 15, article 18, article 19, article 30, article 20, article 22, article 27, article 28 et article 29. En outre, les garanties judiciaires nécessaires pour la protection de ces droits visés ne peuvent être suspendues ». On constate qu'elle cite l'article qui traite du droit à un procès équitable.
[427] Article 3§1 (d) commun CG.
[428] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *Op. Cit*, p. 1304.
[429] Pour plus de détails sur cette liste, voir l'étude du CICR sur le droit international coutumier. Cf. HENCKAERTS (J-M) et DOSWALD-BECK (L), Custumary International humanitarian law, Vol. I, pp. 352 et suivant.

Pour ce qui concerne les CANI sous le régime du PAII, ils bénéficient d'une liste de droits plus détaillée qui reflète la forte influence du DIDH notamment du PIDCP[430]. Celle-ci est énoncée à l'article 6 du PA II notamment son alinéa 2 qui détaille les garanties accordées[431]. Or contrairement à l'article 3 Commun qui dispose d'un champ d'application plus large, le PAII est très restrictif et ses conditions d'application plus drastiques. Ce qui n'est pas sans risque surtout que le droit à un procès équitable ne figure pas dans la liste des droits indérogeables à l'exception de la CADH et dans la Charte Arabe.

Pour faire face à ces risques, un mouvement tendant à faire de ce principe un droit indérogeable a fait son chemin. Dès la fin des années 80, des pistes ont été proposées pour y parvenir, notamment en suggérant que l'exercice de certains droits indérogeables, comme le droit à la vie ou l'interdiction de la torture, ne peut être concret sans l'exercice d'un droit à un procès équitable[432]. La Cour interaméricaine des DH dans deux avis rendus en 1987 a, pourtant, jugé nécessaire de préciser que l'article 8 de la CADH ne peut faire l'objet de dérogation en situation d'urgence alors même que ce droit fait déjà partie des droits indérogeables[433]. Le Comité des DH des NU estime quant à lui que certaines règles du procès équitable essentiellement celles qui doivent être en DIH, ne peuvent

[430] CALOGEROPOULOS (S), *Op. Cit*., p. 165.

[431] Article 6-2 PA II : « Aucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction sans un jugement préalable rendu par un tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité. En particulier : a) la procédure disposera que le prévenu doit être informé sans délai des détails de l'infraction qui lui est imputée et assurera au prévenu avant et pendant son procès tous les droits et moyens nécessaires à sa défense ; b) nul ne peut être condamné pour une infraction si ce n'est sur la base d'une responsabilité pénale individuelle ; c) nul ne peut être condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à cette infraction la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ; d) toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ; e) toute personne accusée d'une infraction a le droit d'être jugée en sa présence ; f) nul ne peut être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable ».

[432] EL KHOUHENE (M), *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, *Op. Cit*., pp. 143-145.

[433] La cour interaméricaine des DH a dans deux avis consultatifs du 30/01/1987 (*Habeas corpus et suspension des garanties judiciaires*, Avis du 30/02/1987, Série A N°8) et du 6/10/1987 (*Garanties judiciaires en situations d'urgence*, Avis du 6/10/1987, Série A N°9). La cour affirme notamment que l'on ne peut déroger aux droits aux recours en *amparo* et en *habeas corpus*. Tous ces deux avis sont cités in TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), Traité de droit international des droits de l'homme, *Op. Cit*., p. 1308.

faire l'objet de dérogation[434]. Ce qui revient à admettre qu'un droit indérogeable en situation de conflit armé, donc *a priori* beaucoup plus grave, ne peut l'être dans une situation d'urgence. Même la Commission ADHP semble aller dans ce sens en affirmant que le silence de la Charte ADHP sur cette question, et plus généralement sur tous les droits indérogeables, équivaut à une interdiction de la suspension de l'article 7 qui protège le droit à un procès équitable[435].

Ainsi les garanties judicaires du DIH se rapprochent substantiellement de celles du DIDH. Aussi, l'on constate une certaine identité de valeur car celles du DIDH sont promues au rang de droit indérogeable par des conventions du DIDH mais aussi par certains organes de contrôle de ces mêmes conventions.

Paragraphe 2 Accroitre les dispositions du DIDH applicables par les Groupes Armés Non Etatiques

La préservation de la dignité humaine, objet spécifique des droits de l'homme, transcende la volonté des parties semble affirmer la CIADH[436]. Cette préoccupation s'est traduite dans la jurisprudence de la CIJ dans l'avis consultatif sur les réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui affirme que « les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention (…) »[437]. Ainsi, malgré que le domaine des droits de l'homme soit exclusivement l'apanage des Etats, leur liberté n'est pas totale car pour CARRILLO SALCEDO (J.A) « la souveraineté n'est donc pas une finalité en soi mais un moyen, la finalité c'est l'homme »[438].

Cette tendance permet d'affirmer que la prééminence des Etats en matière des DH, certes encore de mise, commence à s'éroder. En effet ils demeurent encore

[434] Comité des DH, *Etats d'urgence* (Article 4), *Observations générales n° 29*, 2001, §§. 15-16, Voir également Comité des DH, *Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et un procès équitable* (article 14), Observations générales n° 32, 2007, §. 6.
[435] Voir Comm. ADHP, *Kenneth Good c. Botswana*, décisions des 12-26/05/2010, pétition n°313/05.
[436] CIADH, *Fernandez Ortega et autres c. Mexique*, 30/08/2010, Série C n°215, §. 22.
[437] CIJ, *Réserves à la convention pour la répression et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif du 28/05/1951, *Rec*. 1951, p. 23.
[438] CARRILLO SALCEDO (J.A), *Souveraineté des Etats et droits de l'homme*, Dalloz, 2016, p. X.

les éléments centraux de cet édifice qu'ils ont créé dans le but de réaffirmer leur souveraineté parfois au détriment des victimes que le DIDH est censé protégé. Néanmoins l'évolution des mentalités et la place prépondérante des DH laissent peu de place au doute, le respect des obligations du DIDH ne peut plus être l'affaires exclusive des Etats.

Il est donc possible d'étendre les obligations du DIDH imposables aux GANE au-delà des seules dispositions indérogeables. Cette extension nécessite un contrôle équivalent à celui requis pour l'application du PA II (A) ce qui permettra la concrétisation de ces dispositions (B).

Notre démarche à ce niveau consiste, d'une part, à créer un conflit positif des normes pour provoquer une application simultanée des règles provenant des deux blocs et ainsi à accroitre la protection des victimes. D'autre part, elle vise également à éviter un conflit négatif des normes qui aura comme conséquence de laisser un vide dans la protection accordée aux victimes du fait de la contradiction entre les différentes règles applicables.

A L'accroissement des dispositions indérogeables par un appel au DIH

Le contrôle territorial exigé pour l'entrée en vigueur du PA II est une condition *sine qua none* car il procure une certaine autonomie à la région ainsi administrée par le GANE (1). Ainsi en se basant sur ce Protocole, on peut y puiser un certain nombre de dispositions pour les comparer à celles du DIDH surtout lorsque seul le DIH les impose (2).

1 L'apport du PA II à la capacité des GANE à appliquer des dispositions du DIDH

Les conditions de mise en application du PA II exigent une certaine capacité organisationnelle et aussi une maitrise territoriale de la part du GANE. Ce qui, de fait, crée une zone autonome échappant à tout contrôle de l'Etat belligérant.

Ainsi à appliquer scrupuleusement la logique « état-centrique »[439], selon laquelle seule une entité étatique est capable de mettre en œuvre des obligations directement issues du DIDH, le territoire sous contrôle du GANE se trouve dans un flou juridique. En effet, selon ce « paradigme stato-centré », seul l'Etat est débiteur d'obligations en DIDH[440].

Or il est difficilement concevable d'appliquer celui-ci dans le cadre d'un conflit armé sous le régime du PA II et les risques d'une zone grise juridique ne sont pas à exclure.

D'une part, il est illogique de demander au GANE, qui combat l'Etat, de respecter des obligations que ce dernier a conclu, de la même façon qu'il est anormal de demander à l'Etat d'assumer les violations des DH commises par le GANE sur la partie de son territoire que ce dernier contrôle. Aussi la maitrise territoriale induite par le PA II montre l'incapacité, au moins temporaire, des forces étatiques à mettre fin à ce contrôle du GANE. « Dès lors, (…), se pose la question de savoir si de tels acteurs doivent, au même titre que les Etats, voire dans certains cas à la place des Etats, être liés par un régime juridique international adapté qui comprendrait le respect d'obligations spécifiques en matière des droits de l'homme »[441]. Face à la multiplication des violations des droits de l'homme commises par les GANE, entre autres notamment la pratique de l'esclavage sexuel contre les femmes et celle des enfants soldats, il faut casser ce monopole et repenser ce paradigme qui ne correspond plus à la réalité non seulement des conflits armés actuels mais aussi à la photographie de la scène internationale actuelle. Certes, les Etats demeurent les acteurs majeurs du droit international, mais l'émergence des autres acteurs venant le concurrencer ne peut plus être niée. Les conflits armés ne se gagnent plus rapidement et parfois, ils perdurent et font échapper, de larges parties du territoire

[439] Cette expression est empruntée à ZAKARIA (D), « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *RICR*, Volume 93 Sélection française 2011 / 2, p. 85
[440] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *Op. Cit*., p. 79-80.
[441] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *Op. Cit*., p. 81.

étatique, au contrôle du pouvoir central. A qui incombe le respect des droits des populations vivant sur ces portions de territoire ?

D'autre part, en ce qui concerne le risque d'une zone grise juridique, la probabilité n'est pas moindre. En effet en appliquant la logique état-centrique, un GANE, même dans le cadre d'un CANI sous le régime du PA II, est inapte à assumer des obligations issues du DIDH. Dans ces cas, l'inapplication du DIDH alors que les hostilités ont cessé crée une situation nouvelle. Ainsi, si le GANE ne peut pas appliquer le DIDH, l'Etat belligérant n'a pas le contrôle territorial sur la partie où est établie le GANE.

Cette position longtemps restée taboue commence à faire son chemin car « l'importance accrue des acteurs non étatiques dans la sphère internationale est un phénomène général, qui a tendance à modifier profondément le droit international, traditionnellement centré sur l'Etat comme le sujet par excellence du droit international »[442]. Ce changement de comportement a, d'abord, lieu au sein des instances politiques internationales. Ainsi, le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a indiqué, à l'issue de sa mission au Sri Lanka en décembre 2005, que les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE), en tant que protagonistes non étatiques, n'avaient pas d'obligations juridiques au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais n'en étaient pas moins tenus par les prescriptions de la communauté internationale, laquelle avait demandé − pour la première fois dans la Déclaration universelle des droits de l'homme − que chaque organe de la société respecte et favorise les droits de l'homme. Et le Rapporteur ajoutait que la communauté internationale avait, en matière de droits de l'homme, des attentes vis-à-vis desquelles elle tiendrait les LTTE pour responsables, mais hésitait depuis longtemps à insister directement pour obtenir satisfaction, de crainte, ce faisant, de « les traiter comme un État »[443]. Cette position progressiste s'explique par le fait que pendant une période relativement longue, les rebelles du LTTE sont arrivés

[442] GAGGIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Op. Cit., Note de Bas de Page N°753, p. 149.
[443]Rapport du Rapporteur spécial, M. ALSTON Philip, à l'issue de la mission conduite du 28/11-6/12/ 2005, E/CN.4/2006/53/Add.5, p. 11, §§. 25-26.

à établir sur une partie du territoire du Sri Lanka un contrôle assez stable et des structures viables et ce malgré l'absence de reconnaissance du caractère étatique à cette partie du territoire. Cette conception a été réaffirmée par quatre rapporteurs investis de mandats au titre des procédures spéciales dans le rapport qu'ils ont établi conjointement à l'issue d'une mission au Liban et en Israël, et dans lequel ils ont indiqué en outre ce qui suit : « Depuis longtemps le Conseil de sécurité engage divers groupes auxquels les États Membres ne reconnaissent pas la capacité de le faire à assumer formellement les obligations internationales relatives au respect des droits de l'homme. Ainsi est-il particulièrement approprié et possible de demander à un groupe armé de respecter les normes des droits de l'homme lorsqu'il exerce un contrôle important sur un territoire et une population et qu'il a une structure politique identifiable »[444]. En somme lorsqu'on se retrouve dans le cadre d'un conflit armé soumis au PA II. Il est donc clair que l'application des règles relatives aux droits de l'homme à des acteurs non étatiques est particulièrement pertinente chaque fois qu'ils exercent un certain contrôle sur un territoire et une population donnés. Comme le DIDH vise à conférer des droits et des protections considérés comme fondamentaux pour l'être humain, les GANE sont de plus en plus souvent exhortés à respecter ces protections − d'une manière cohérente cependant avec la situation concrète sur le terrain. Attribuer aux protagonistes non étatiques des obligations internationales en matière de droits de l'homme est considérée, en fait, comme une reconnaissance pragmatique des réalités d'un conflit, sans laquelle les titulaires de ces droits perdraient toute possibilité pratique d'en réclamer le respect.

De même une partie de la doctrine, certes encore minoritaire et à laquelle nous nous identifions, est favorable à une telle évolution[445]. En effet, le contrôle induit

[444] Rapport conjoint sur la mission, au Liban et en Israël, de quatre de ses experts chargés respectivement de la question des exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires, du droit de jouir du meilleur état de santé possible, des personnes déplacées et du logement convenable en septembre 2006.

[445] Voir en ce sens pour une littérature globalement anglophone : CLAPHAM (A), « Human rights obligations of non-state actors in conflict situations », *RICR*, 2006, pp. 491-523. Toujours du même auteur, « The rights and responsabilities of armed non-state actors: the legal landscape and issues surrounding engagement », Geneva, Academy of international humanitarian law and human rights law, 2010, pp. 22-26. CRAWFORD (E), *The treatment of combatants and insurgents under the law of armed conflict*, Oxford, OUP, 2010, pp. 126-129.

par le PA II suppose que le territoire sous l'emprise du GANE est bien habité par une population détentrice de droits inhérents à la personnalité humaine. Dès lors, la prise de contrôle du territoire par le GANE l'oblige à respecter ces droits que ni lui ni l'Etat ne peuvent nier à la personne humaine du simple fait de cette qualité. Ainsi ce n'est pas une obligation de l'Etat belligérant que le GANE assume mais le droit d'un être humain à qui ces droits ne peuvent être retirés. Au surplus ces droits s'appliquent même lorsque l'Etat est défaillant ou même en décrépitude totale comme le cas de la Somalie du milieu des années 90 à celui des années 2000. L'idée, selon laquelle le DIDH règlemente les rapports entre un Etat et les individus sous sa juridiction, doit être nuancée et contextualisée. Nuancée, car la juridiction de l'Etat suppose le contrôle de celui-ci sur le territoire en cause et l'entrée en vigueur du PA II prouve que le contraire peut exister. Et dans ce cas comment peut-il garantir ou assurer le respect des droits des personnes sous cette partie du territoire qui lui échappe ? Contextualisée car les GANE ne sont encore admis à la table des négociations des différents traités du DIDH et que les Etats qui, eux le sont, le sont pour le compte de la population habitant sur le territoire qu'ils contrôlent. Que celle-ci ne soit plus sur son contrôle, l'engagement qu'il a souscrit se vide de sa substance car selon le TPIY, « progressivement, la maxime du droit romain *hominum causa omne jus constitum est*[446] a acquis un solide point d'ancrage dans la communauté internationale[447].

2 La nécessaire harmonisation entre le DIH et le DIDH au niveau des droits protégés

Il est indéniable que pendant une période relativement longue, l'Etat n'existait plus en Somalie. De même dans le Nord de la RCI, cette zone a été administrée pendant une dizaine d'années par les insurgés des Forces Nouvelles. Aussi en Colombie pendant presque cinquante ans, certaines parties du territoire avaient échappé au contrôle de Bogota. De même en Syrie aujourd'hui comme hier en RDC ou au Sri Lanka, des parties du territoire sont administrées par les forces insurgées.

[446] Tout droit est créé au bénéfice des êtres humains

[447] TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Op. Cit*., §. 97.

Toutes ces situations suffisent à prouver que des parties du territoire peuvent échapper à la juridiction de l'Etat et que non seulement les affrontements peuvent ne pas atteindre certaines parties du territoire sous contrôle insurgé mais aussi que des périodes longues de latence peuvent intervenir dans le déroulement des opérations militaires. Dans cette situation, l'application stricte du DIDH et du DIH présente des lacunes qui portent atteintes à la finalité des dispositions issues de ces deux branches. En effet la seule application des dispositions du PA II et celle des dispositions indérogeables du DIDH alors même que les vicissitudes des opérations militaires ne pèsent plus sur les belligérants ne contribue pas à améliorer le sort des populations sous le contrôle de la partie insurgée.

Pour éviter cette situation, le contrôle territorial tel qu'exigé par le PA II doit rimer avec l'imposition d'obligations du DIDH à la charge du GANE d'une part et de l'autre à une réinterprétation des obligations du DIH à la lumière du DIDH.

S'agissant de l'extension des obligations issues du DIDH, au-delà de la portion congrue imposée par le biais des dispositions indérogeables, un recours au DIH est nécessaire. Comme nous l'avons dit ci-dessus, les dispositions fondamentales du DIH sont non seulement indérogeables mais aussi elles sont plus nombreuses que celles du DIDH communes aux différentes conventions majeures de cette branche.

L'harmonisation doit donc s'opérer en ce sens par un ajout des dispositions similaires du DIH à celles du DIDH équivalentes dans les dispositions indérogeables. Celles-ci sont, principalement, celles contenues dans le Titre IV du PA II intitulée « Population Civile »[448]. Le principal avantage de cette harmonisation vise à soumettre l'application de ces dispositions aux principes du DIDH et non plus à ceux du DIH au moins dans les zones épargnées par les hostilités en réduisant ainsi fortement la part d'aléa induite par les opérations militaires. Ainsi dans une situation de conflit armé, les instances de protection des DH ou les TPI doivent pouvoir opérer cette harmonisation par voie d'extension surtout si l'on sait que les instances de contrôle des DH procèdent à une interprétation évolutive de certaines notions des DH.

[448] *Cf*., Articles 13-17 PA II.

D'autre part la concrétisation de cette harmonisation permettra ainsi d'attirer dans le domaine des DH les dispositions du DIH. Cette opération présente un double avantage. Tout en renforçant la protection des victimes, elle permet également d'apporter plus de consistance à ces droits en les adaptant à la réalité du moment.

Le premier des droits à profiter de cette extension est certainement le droit à la vie. Dès lors il ne se définit plus comme une interdiction de privation de la vie au sens strict mais bien plus. « Il recouvre aujourd'hui des droits et obligations supplémentaires, résolument modernes, voire avant-gardistes, qui initialement n'avaient pas été envisagés comme directement liés au droit à la vie »[449]. On peut citer notamment, en procédant à une lecture combinée des articles 13, 14, 15 et 17 PA II, le droit à la survie qui est un agglomérat de droits dont la préservation est indispensable à la vie. Ainsi il peut être analysé comme non seulement le fait de ne peut être arbitrairement privé de sa vie mais aussi le droit à un niveau de vie suffisant par un accès à un minimum de nourriture indispensable qui soit suffisante, adéquate sur le plan nutritionnel et salubre. Il recouvre également le droit d'accès ininterrompu et suffisant à l'approvisionnement en eau salubre, le droit à un environnement salubre et le droit à la santé. Il doit permettre « l'accès aux conditions qui garantissent une existence digne »[450].

Ces différentes composantes permettent ainsi d'élargir la base matérielle du droit à la vie, ou de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants[451], et ainsi de procéder à un premier accroissement des dispositions indérogeables du DIDH. Or celles-ci sont essentiellement issues des droits économiques et sociaux. Le DIH permet donc de définir le seuil minimal et d'identifier le socle incompressible des

[449] GAGGLIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, *Op. Cit*., p. 403.
[450] HENNEBEL (L), *La convention américaine des droits de l'homme : mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, 2007, 737p., p. 425.
[451] La CEDH a admis dans le cadre d'un CANI, et ce à plusieurs reprises, que la destruction délibérée d'habitations civiles s'apparentait à un traitement inhumain, CEDH, *Selçuk et Asker,* 24/04/1998. Dans le même ordre d'idée, le TPIY a reconnu à plusieurs reprises que les destructions d'habitations civiles « s'apparentaient à une destruction des moyens d'existence d'une population donnée » dont « les conséquences pouvaient être tout aussi inhumaines qu'un transfert forcé ou une expulsion » et que ces actes s'ils étaient commis pour des motifs discriminatoires, pouvaient constituer un déni manifeste ou flagrant d'un droit fondamental ». Voir *Kupreskic*, TPIY, 14/01/2000, §. 631 ; *Kordic et Cerkez*, TPIY, 17/12/2004, §. 108.

droits économiques et sociaux en période de conflit armé dont certaines privations peuvent être vues comme des violations de certains droits civils et politiques. Ces droits économiques et sociaux ne sont ainsi visés que parce qu'ils constituent l'accessoire indispensable des droits principaux que constituent les droits civils et politiques indérogeables. Ainsi ces droits indispensables à un droit indérogeable acquièrent la qualité de droit indérogeable car ils lui sont tout aussi indispensables *mutatis mutandis*[452].

Néanmoins, il est difficile de rendre certaines composantes du droit à la survie indérogeables à l'égard de tous. En effet certaines dispositions du DIH, notamment l'article 14 PA II, n'interdisent la famine qu'à l'égard des civils ou des personnes mises hors de combat. Ainsi le DIH déroge au DIDH dont les dispositions indérogeables, à l'exception du droit à la vie, sont *erga omnes*.

B L'accroissement des dispositions indérogeables par un appel aux dispositions du DIDH

La majorité des CANI actuels se caractérise par des violations insoutenables des droits les plus élémentaires de catégories particulièrement vulnérables de personnes qui, sont déjà protégées par les instruments du DIH. Pour accroitre cette protection, les instruments du DIDH ont imposé directement des obligations supplémentaires spécifiques aux acteurs de ces conflits en s'adaptant à la réalité des conflits armés contemporains.

La forte participation des enfants soldats à plusieurs conflits armés est une réalité surtout lorsqu'on sait que ceux-ci « qui sont avant tout des victimes, deviennent alors des bourreaux, parfois plus impitoyables que les adultes »[453]. Or malgré la réalité de la participation des enfants soldats dans les dernières batailles contre l'Allemagne pendant la SGM, les CG n'ont pas traité de cette question. Il a fallu attendre les PA de 1977 pour que ce sujet soit pris en compte par le DIH. L'article 4-3 c) PA II dispose que « les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être

[452] Voir *Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay*, Cour IADH, 29/03/2006 §§. 153 et suivants, Cité par GAGGIOLI (G) in *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, *Op. Cit*., pp. 454-455.
[453] DE FROUVILLE (O), *Droit international Pénal*, *Op. Cit*., p. 263.

recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités (…) »[454].

Dans la décennie 90, les instruments du DIDH vont converger avec ceux du DIH pour inclure cette interdiction dans leurs dispositions[455] et exprimer ainsi un « chevauchement des champs d'application du DIDH et du DIH »[456]. Le dynamisme caractérisant le DIDH a favorisé l'adoption de nouvelles conventions prenant plus en compte la réalité des conflits armés et plus spécifiquement les CANI en améliorant ainsi les règles édictées dans les PA de 1977. Parallèlement à ce mouvement, le renouveau du droit pénal international a permis de préciser les dispositions du DIH et du DIDH relatives à la protection des enfants dans le cadre des conflits armés et principalement dans le cadre des CANI.

Le statut de la CPI[457] et plus particulièrement celui du TSSL[458] ont d'une part, amélioré cette interdiction dont le caractère coutumier est désormais incontestable[459]. Et de l'autre le Protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant a apporté une ultime précision en imposant une obligation plus stricte aux GANE par rapport à celle qu'il édicte pour les forces gouvernementales. En effet l'article 4§1 dispose que « les groupes armés qui sont distincts des forces armées d'un Etat ne devraient en aucune circonstance enrôler ni utiliser dans les hostilités des personnes âgées de moins de 18 ans ». Cette interdiction visant à

[454] Voir en ce sens l'article 77-2 PA I « Les Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées. Lorsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit s'efforceront de donner la priorité aux plus âgées ».

[455] Voir à ce titre les articles 38§2 convention des NU relative aux droits de l'enfant de 1989, 22§2 de la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 ou de l'article 3 de la Convention 182 de l'OIT de 1999.

[456] HEINZE (H-J), « Recoupement des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans les situations de crise et de conflit », In *Cultures et Conflits*, N° 60, 2005, pp. 125-127.

[457] Art. 8-2-e- vii CPI « Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités (…) ».

[458] La Sierra Léone a été l'un des épicentres du phénomène récent des enfants soldats notamment dans le cadre du conflit dans ce pays mais également au Libéria voisin, c'est notamment la raison pour laquelle cette incrimination a été ultérieurement ajoutée au statut de ce tribunal à l'Art. 4-c.

[459] Cf. DE FROUVILLE (O), *Droit international Pénal*, *Op. Cit*., p. 264.

empêcher la « participation active »[460] des enfants de moins de 18 ans à des hostilités pèsent ainsi plus lourdement sur les GANE que sur les forces gouvernementales.

Il en est ainsi aussi de la convention de l'Union Africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (ci-après Convention de Kampala)[461], malgré les différentes précautions qu'elle énumère notamment sur le statut du GANE, met directement à sa charge des obligations issues d'un instrument du DIDH. En effet l'article 7 de la Convention de Kampala vise non seulement le DIH, ce qui est normal car le plus souvent les personnes protégées par cette convention subissent une situation de conflit armé, mais aussi certaines dispositions du DIDH. Ces dernières visent des dispositions qui vont au-delà des dispositions indérogeables[462].

Ainsi la particularité de ces deux conventions résulte du fait qu'elles imposent directement aux GANE, des obligations directement issues du DIDH sans même passer par le biais du DIH ou par celui des dispositions indérogeables. Le GANE est

[460] La CPI dans l'affaire *Lubanga* a précisé les contours de cette notion en ces termes « Le fait de participer activement à des hostilités signifie non seulement une participation directe aux hostilités, c'est-à-dire aux combats, mais couvre également le fait de participer activement à des activités en rapport avec les combats, telles que la reconnaissance, l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres ou messagers ou leur utilisation aux postes de contrôle militaire. Il en est ainsi de l'emploi des enfants pour la garde : des quartiers militaires des différentes unités, des objectifs militaires, en tant que gardes du corps de commandants militaires. Voir CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, Chambre Préliminaire, décision de confirmation des charges §§. 259-263.

[461] Adoptée lors de la Session extraordinaire de l'UA des 22-23/10/2009 à Entebbe (Ouganda), entrée en vigueur le 6/12/2012 après la ratification par le 15e Etat en l'occurrence le Swaziland.

[462] Article 7-5 Convention de Kampala « Il est interdit aux membres des groupes armés de :
a) Procéder à des déplacements arbitraires ;
b) Entraver, en quelque circonstance que ce soit, la fourniture de la protection et de l'assistance aux personnes déplacées ;
c) Nier aux personnes déplacées, le droit de vivre dans des conditions satisfaisantes de dignité, de sécurité, d'assainissement, d'alimentation, d'eau, de santé et d'abri, et de séparer les membres d'une même famille ;
d) Restreindre la liberté de mouvement des personnes déplacées à l'intérieur et à l'extérieur de leurs zones de résidence ;
e) Recruter, en quelque circonstance que ce soit, des enfants, de leur demander ou de leur permettre de participer aux hostilités ;
f) Recruter par la force des individus, de se livrer à des actes d'enlèvement, de rapt ou de prise d'otages, d'esclavage sexuel et de trafic d'êtres humains, notamment des femmes et des enfants (…).

donc débiteur de telles obligations à l'égard des personnes bénéficiaires de ces droits.

Dans l'un et l'autre cas, les obligations mises à la charge du GANE consistent d'une part à ne pas poser l'acte proscrit mais aussi d'autre part à s'abstenir de, par leur omission, de ruiner le fondement de ces droits en ne permettant pas son exercice plein et entier. S'agissant de l'interdiction de faire participer les enfants de moins de 18 ans à des hostilités, les GANE sont tenus de ne pas enrôler obligatoirement dans leurs rangs ces enfants. Ainsi comme l'a jugé la CPI, non seulement le consentement de l'enfant n'est pas valide lorsqu'il s'agit d'un enrôlement volontaire mais aussi il appartient au GANE de vérifier l'âge de ses recrues[463].

D'autre part, ils doivent aussi par leurs agissements permettre le bien-être des populations déplacées dans le cadre de la Convention de Kampala. Or la mise en œuvre de ces obligations entraine aussi la mise en branle d'autres droits relevant du DIDH et qui ne sont inclus dans les dispositions indérogeables d'aucune des conventions majeures du DIDH. Néanmoins le fait que ces obligations soient imposées à un GANE, qui n'existe que si un conflit est en cours, laisse penser qu'elles sont indérogeables puisque issues du DIDH, elles continuent à être appliquées en période de conflit armé. Il revient au GANE sous le contrôle duquel se trouvent ces personnes de procéder à l'approvisionnement de celles-ci pour une vie digne, au sens du DIDH. Dès lors, puisqu'il s'agit d'éviter à des personnes vulnérables de mourir de faim, d'absence de soin ou de logements décents, certaines observations générales des Comités de Conventions du DIDH peuvent être lues avec comme objectif ultime d'imposer ces mêmes contraintes au GANE comme le fait la convention de Kampala[464].

[463] CPI, affaire Lubanga, arrêt de la chambre préliminaire, Décision de confirmation des charges, *Op. Cit*., §§. 247-248.

[464] Voir à ce propos les Observations générales du CODESC, notamment : *L'observation générale N°7, Le droit à un logement suffisant* de 1997, §16 ; *Observation générale N°12, Le droit à une nourriture suffisante, CODESC, 1999, §§14 et 17* ; *Observation générale N°14, Le droit à un meilleur état de santé susceptible d'être atteint, CODESC* , 2000, §. 43.

Conclusion

Aujourd'hui, les Droits de l'homme se sont internationalisés, abandonnant le domaine réservé des Etats pour s'inscrire dans le champ d'application du droit international. Et cette évolution, autrefois encore contestée, est aujourd'hui acceptée et reconnue grâce à une pratique internationale indéniable.

Il est désormais acquis que le DIDH est applicable en période de conflit armé, du moins sa part irréductible et donc qui ne peut être écarté même à la survenance d'une situation conflictuelle. Compte tenu de la fluctuation de ces droits au sein des différentes conventions du DIDH, une précision de leur contour a été nécessaire. Celle-ci a notamment permis de remettre à un jour un réel recentrage des DH et du DIH autour de leur finalité, commune et primaire, à savoir la sauvegarde de la dignité humaine.

Conclusion Titre 2

Les liens tissés dès le lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, et dont les premières traces apparaissent dans l'article 3 Commun, ont permis d'adoucir les rigueurs non seulement du DIH mais aussi d'adapter celles du DIDH à la réalité des conflits armés. Dès lors la réception a été facile dans les deux sens et avec un double impact. Le premier a consisté à accroitre les dispositions régissant les CANI en puisant dans les dispositions irréductibles du DIDH. Le deuxième impact est relatif à l'adoption de dispositions protectrices, spécifiques à certains groupes, dans le cadre de conventions de DIDH. Ces différents outils mis à la disposition des organes de contrôle des différentes conventions tant du DIH que du DIDH ont permis d'accroitre le contenu matériel de celles-ci en adoptant une interprétation évolutive.

Sur le plan pratique cette interprétation a permis de faire bouger les lignes sans forcément induire une renégociation des conventions en cause. D'un côté les TPI, institués dans les années 90 pour sanctionner les violations du DIH commises dans les cadres des conflits armés qui ont eu lieu dans plusieurs zones à travers le monde, ont procédé à un élargissement du DIH en rapprochant les protections offertes aux victimes des CAI et des CANI. De l'autre les organes de contrôle des conventions du DIDH ont favorablement interprété les dispositions des conventions dont ils ont la charge. Celles-ci sont désormais adaptées à l'évolution des sociétés et leurs sens évolutifs a ouvert des perspectives plus protectrices.

Conclusion Première Partie

Le droit applicable aux CANI est rudimentaire et inefficace pour garantir une protection acceptable aux victimes. De même il n'apporte aucune garantie incitatrice pour les GANE en vue de les amener à mieux se conformer à ces dispositions. C'est par le biais d'audacieuses interprétations que les juges des TPI ont réussi à faire évoluer les lignes en rapprochant la protection offerte aux victimes des CAI à celle des CANI. A cette importante évolution vient se joindre celle relative à l'applicabilité du DIDH aux conflits armés.

Mais si depuis la fin des années 70 l'applicabilité du DIDH pendant les conflits armés ne semble plus poser de problème, néanmoins la question qui demeure encore débattue est celle relative à la détermination des dispositions applicable pendant les conflits armés. Cela est due à la grande variété qui caractérise les différentes conventions du DIDH sur ce point.

De plus, les dispositions équivalentes du DIH, qui elles pèsent entre autres sur les GANE, sont plus détaillées et plus nombreuses que celles indérogeables du DIDH. En effet, cela donne à constater que les GANE sont soumis à des dispositions plus contraignantes dans un contexte qui lui-même est fortement perturbé. Dès lors on comprend moins la réticence des Etats à admettre la compétence des GANE en matière de DIDH en dehors des dispositions indérogeables applicables en période de conflit armé.

Les mutations des conflits armés actuels, l'importance grandissante de la question des Droits de l'Homme dans les relations internationales ont conduit à un changement qui exprime la tendance humaniste et correspond à une vision universaliste du droit international mettant au premier plan la protection de l'être humain.[465] « Les DH sont l'expression directe de la dignité de la personne

[465] TIGROUDJA (H), « La cour interaméricaine des droits de l'homme au service de ''l'humanisation du droit international public''. Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, Vol. 52, 2006, p. 618.

humaine[466]. Elle découle de la reconnaissance de cette dignité que proclament déjà la Charte des NU et la Déclaration universelle des droits de l'homme »[467].

On assiste ainsi à une décentralisation de la protection des DH jadis uniquement concentrée dans les mains de l'Etat. Désormais les GANE aussi peuvent être tenus responsables dans la mise en œuvre du DIH et du DIDH.

Cette dernière question soulève le problème de la responsabilité de certains GANE, question qui n'emporte pas l'adhésion de la majorité de la doctrine malgré sa progression notamment chez les auteurs Anglo-Saxons.

[466] Cette notion est omniprésente dans le discours des DH. On la retrouve dans le texte de certains instruments internationaux comme la DUDH (Préambule, Art. 1ER, 22 et 23), Charte des NU (Préambule), PIDCP (Art. 10) et PIDESC (Art. 13) que régionales qui affirment toutes l'inviolabilité de la dignité humaine. Il en est de même des conventions ayant un objet spécifique comme celle sur la torture en ses articles 23, 28, 37, 38, 39 et 40. La Convention EDH, elle, n'évoque pas la dignité de la personne humaine, c'est la Cour EDH qui estime qu'elle est « l'essence même de la Convention ».

[467] Institut de droit international, *Annuaire*, Vol. 63-II, 1989, pp. 338-344.

DEUXIEME PARTIE : De la responsabilité et des réparations

Pour nous, l'application du DIH et du DIDH ne doivent pas uniquement se limiter à un contrôle de conformité des actes des GANE par rapport aux prescriptions des normes régissant les conflits armés auxquels ils prennent part. En ce sens, la situation actuelle révèle une sorte d'incohérence (Titre 1) entre les agissements des GANE et les conséquences qui en découlent sur le terrain juridique. En effet, les membres des GANE coupables de violations du DIH sont poursuivis devant des instances internationales. Or cette mise en jeu de la responsabilité n'atteint jamais les GANE, en tant qu'entité distincte de ses membres. De même qu'il est sérieusement difficile de mettre en jeu la responsabilité du GANE pour violation du DIDH.

Il est également difficile, en l'état actuel du droit positif, de faire payer aux GANE les conséquences de leurs agissements sur le terrain (Titre 2).

TITRE 1 L'INCOHERENCE

« On a fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des Etats souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels (…). Ce sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international »[468]. Héritage des Tribunaux Militaires Internationaux (TMI) de l'après Seconde Guerre Mondiale, le refus de toute responsabilité pénale internationale des Groupes Armés Non Etatiques (GANE) demeure encore aujourd'hui une réalité immuable du système de répression internationale des violations du DIH et du DIDH. En effet, comme nous l'avons démontré dans nos chapitres précédents, il ne peut pas y avoir de conflit armé sans l'existence d'un GANE. Mais aujourd'hui le droit international accepte d'engager des responsabilités individuelles sans jamais franchir le Rubicon de la mise en jeu de la responsabilité du GANE que ce soit pour violation du DIH ou du DIDH alors même que ces groupes fournissent le cadre indispensable à la commission des infractions dont sont soupçonnées leurs membres.

Deux explications ont été avancées pour justifier le refus de toute responsabilité pénale internationale à l'égard des entités non étatiques. D'une part l'absence de compétence matérielle des Tribunaux Militaires Internationaux à l'égard des personnes morales. D'autre part, il y a la nécessité de ne pas accabler collectivement les peuples des pays vaincus en sanctionnant individuellement les différents responsables de la barbarie de la Seconde Guerre Mondiale[469]. A la suite, les Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et de la Cour Pénale

[468] Jugement de Nuremberg, Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, du 14/11/1945- 1er/10/1946, Tome 8, p. 235.

[469] Les accords de Versailles du 28 juin 1919, ayant soldé la fin de la Première Guerre Mondiale, ont semblé sanctionner globalement tout le peuple allemand en imposant d'importantes réparations et des obligations qui ont été dure à supporter. Ce qui a servi de soubassement à l'idéologie nazie et donc a ouvert la voie vers la Seconde Guerre Mondiale.

Internationale ont persisté dans cette voie en excluant toute idée d'une responsabilité collective des entités non étatiques.

Ce refus *a priori* ne fait, pour nous, face à aucun obstacle juridique objectif infranchissable car l'argument principal avancé lors des négociations ayant conduit à la signature du Statut de Rome est celui d'une absence d'un consensus à l'échelle internationale. Or dans la majorité des Etats parties à ce statut, la responsabilité pénale des personnes morales est une réalité. Aussi le contexte actuel n'est plus le même que celui de l'après-guerre. En effet la quasi-totalité des conflits armés actuels sont l'œuvre de GANE coupables des pires exactions. Il est donc logique de mettre le droit en conformité avec les réalités du moment.

Face à l'admission partielle de la responsabilité en DIH (Chapitre 1), le droit international oppose une irresponsabilité totale en ce qui concerne le DIDH non seulement à l'égard des individus mais aussi en ce qui concerne les GANE (chapitre 2).

Chapitre 1 L'admission partielle

Les juridictions pénales *ad hoc*, principalement le TPIY et le TPIR, ont réalisé une importante œuvre d'adaptation du DIH à la réalité des conflits armés et surtout aux CANI. Cependant malgré cet apport inestimable, cette œuvre a un goût d'inachevé en ce sens qu'elle ne produit pas toutes les conséquences attendues notamment compte tenu de la place prépondérante des GANE dans les conflits armés actuels. En effet, ceux-ci ont, non seulement, atteint un haut degré de sophistication dans leur organisation, mais aussi, ils arrivent à un déchainement de la violence quasi industriel. De plus certaines infractions visées par les statuts des différentes juridictions pénales internationales nécessitent forcément des actions collectives, une coordination, bref une structure pour les planifier et les exécuter.

A l'heure actuelle, l'impossibilité d'engager la responsabilité pénale internationale du GANE, contrairement à la responsabilité pénale individuelle qui est surexploitée, semble cristalliser une situation en déphasage total avec les réalités du droit des conflits armés surtout non internationaux. Si les responsabilités individuelles sont admises (Section I) cela semble être tout le contraire de la responsabilité du GANE (Section II).

Section 1 L'acceptation des responsabilités individuelles

Les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ainsi que la Cour pénale internationale se sont déjà déclarés compétents pour juger les membres des groupes armés non étatiques pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et actes de génocide. Depuis son entrée en force en 1945 devant les Tribunaux Militaires Internationaux (TMI), la responsabilité pénale individuelle est devenue le porte étendard du système international de la responsabilité (Paragraphe 1). Il existe également d'autres types de responsabilités individuelles reposant néanmoins sur d'autres fondements (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La responsabilité individuelle des combattants adultes

Proclamée pour la première fois par le Traité de Versailles de 1919, consacrée ensuite par les Tribunaux Militaires Internationaux de l'après Seconde Guerre Mondiale, la responsabilité pénale individuelle est devenue aujourd'hui l'élément central du système pénal international à travers, notamment, le succès croissant, depuis les années 90, des tribunaux pénaux internationaux (B) au point de supplanter toutes les autres formes de responsabilité (A).

A La primauté de la responsabilité individuelle

Traditionnellement l'on a considéré que le moyen le plus efficace pour mettre en œuvre le droit international est de s'en prendre directement et exclusivement à l'Etat. Actuellement, tout se passe, à l'inverse, comme si la responsabilité pénale individuelle procède d'un constat historique d'échec du droit international et notamment de la responsabilité étatique. En effet l'on s'est convaincu que la responsabilité de l'Etat, précisément parce qu'elle n'affecte pas les responsables, reste illusoire et surtout n'est pas de nature à prévenir la récidive des comportements sanctionnés. Dès lors, le constat s'est vite imposé, que c'est seulement en punissant les hommes qui commettent ces crimes que les dispositions du droit international peuvent être respectées. Là où la dissuasion à l'égard des Etats est trop diffuse et partagée, l'individu sera au contraire prompt à réagir à la perspective d'une sanction le ciblant directement. La responsabilité pénale individuelle est ici justifiée par un principe d'effectivité et aussi par la banalisation des crimes les plus abominables contre lesquels une réponse appropriée doit être apportée. L'érection d'une responsabilité individuelle s'est donc imposée comme évidence pour faire face à cette situation. La particularité de la « rupture de Nuremberg est bien d'introduire l'individu en tant que tel et non plus en tant que parcelle d'un tout, et surtout de le faire apparaître comme sujet

de droit »[470]. Les TPI *ad hoc* ont ainsi continué dans le sillage des TMI et en allant encore plus loin.

Désormais, la responsabilité pénale individuelle n'est plus exclusivement celle des grands décideurs civils ou militaires, elle est celle des divers exécutants qu'ils aient été gardiens, soldats médecin, chanteur ou autres[471]. En effet le TPIY a, très tôt, précisé que « la responsabilité à titre individuel de l'accusé se fonde sur les articles 1 et 7.1 du statut, qui donnent pleinement compétence à ce Tribunal pour juger non seulement de grands criminels comme à Nuremberg, mais encore des exécutants »[472]. Le TPIR avait, dans premier temps, rejeté cette ouverture. Dans l'affaire *Akayesu*, les juges avaient considéré que seuls les décideurs, civils comme militaires, étaient susceptibles d'être internationalement pénalement responsables[473]. La chambre d'appel a refusé cette interprétation et s'est finalement alignée sur la conception défendue par le TPIY[474]. Le Statut de la CPI a également consacré l'idée d'une responsabilité pénale individuelle de l'exécutant notamment à son article 25§2[475]. Cependant sa position initiale avait été identique à celles du TPIY et du TPIR. En effet dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*, la chambre préliminaire I a décidé que « le seuil supplémentaire de gravité prévu à l'article 17-1 du Statut est destiné à garantir que la cour n'ouvre des affaires que contre les plus hauts dirigeants suspectés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de la compétence de la cour et qui auraient été commis dans toute situation faisant l'objet d'une enquête »[476]. Cette interprétation restrictive

[470] MEGRET (F), « les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », In *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2 Volume 71, pp. 83-136, précisément p. 86.
[471] Voir TPIY*, Le procureur c. Goran JELISIC*, jugement, IT-95-10, du 14 décembre 1999, pour la responsabilité d'un gardien dans un camp de détention ; TPIR, Le Procureur c. Simon BIKINDI, Jugement, ICTR-2001-72-T, du 2 décembre 2008.
[472] TPIY, *Le Procureur c. Erdemovic*, Chambre I, Jugement, IT-96-22, du 29 novembre 1996, §. 83. Dans le même sens TPIY, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, Jugement, IT-96-21, 16 novembre 1998, §. 176.
[473] TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, Chambre I, Jugement, ICTR 96-4, 2 septembre 1998, §. 631.
[474] TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, Appel, ICTR 96-4, 1er juin 2001, §. 436.
[475] Article 25§2 CPI « Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut (…) ».
[476] Chambre préliminaire I, décision relative à la décision de la chambre préliminaire I, du 10 février 2006, et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, 24 février 2006, §§50 et 53.

n'a pas résisté longtemps bien qu'elle vise à recentrer les actions de la Cour contre les plus hauts responsables suspectés des faits les plus graves. En effet, la chambre d'appel a finalement désavoué la chambre préliminaire[477].

Désormais l'accent mis sur la responsabilité individuelle semble plus en ligne avec une certaine idée de la toute-puissance de l'individu, de mieux en mieux informé de ses devoirs et obligations internationaux et qui, éventuellement, se « cache » derrière le souverain pour assouvir ses desseins criminels[478]. Dès lors on peut concevoir le renoncement graduel du droit international à l'attribution d'une responsabilité collective comme relevant avant tout d'un mouvement de modernisation pénale de très longue haleine, visant à rejeter celle-ci comme excessivement primitive et rudimentaire[479]. A ce titre, l'idée de responsabilité individuelle est bien entendu puissamment véhiculée par le droit pénal moderne lui-même, dont l'irruption dans la sphère internationale se traduit nécessairement par un resserrement de la notion de responsabilité autour de l'individu.

B L'importance cruciale de la responsabilité individuelle dans le système actuel

On peut d'emblée affirmer qu'on assiste à une domination de la responsabilité pénale individuelle dans le système de répression internationale actuel où elle semble être l'alfa et l'oméga. Le système actuel tel qu'il est configuré permet une individualisation à l'extrême de la sanction pénale. Cela se constate même dans le cadre des crimes de masse où les juges s'acharnent à cibler les individus alors même que sans la synergie de groupe et la mutualisation des efforts, de telles barbaries ne pouvaient être commises.

La responsabilité pénale individuelle en droit international traduit bien une forme d'idéologie individualiste, dont non seulement elle est issue, mais qu'elle contribue

[477] Appel, arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision préliminaire I, *Situation en RDC*, ICC-01/04, 13 juillet 2006, §§73-79.
[478] MEGRET (F), « les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », Op. Cit., p. 92.
[479] Voir à ce sujet la responsabilité de Guillaume II d'Allemagne lors du Traité de Versailles dont l'art. 227 évoquait une « offense suprême envers la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ».

à propager. Cette analyse vient fortement perturber la construction classique dans laquelle l'individu était soit un simple particulier relevant uniquement de son Etat ou en tous cas du droit interne, soit un agent de l'Etat dont les actes, même *ultra vires*, étaient absorbés par le souverain, qui en endossait la responsabilité sur le plan international[480].

Or la responsabilité pénale individuelle n'exclut pas juridiquement la responsabilité internationale collective du GANE. Mais la marginalisation des responsabilités collectives résulte moins du droit strict que de la sorte d'hégémonie qu'exerce la responsabilité pénale individuelle dans les consciences. Tout porte à croire que des crimes comme le génocide sont bien, et avant tout, des phénomènes collectifs, auxquels viennent s'adjoindre des individus de manière plus ou moins volontaire ou opportuniste, bien plus que des phénomènes agrégatifs dérivant d'une multitude de décisions individuelles non coordonnées. Un rapport complexe d'adaptation à un phénomène de foule, enraciné dans des dynamiques sociales profondes, paraît dès lors crucial. Dans ces conditions, il est « difficile, voire absurde (…) de décrire un génocide, des crimes de guerre (…), des crimes contre l'humanité (…) par une somme de décisions individuelles non liées, sans aucune forme de coordination »[481].

L'individualisme de la justice pénale internationale risque fort dès lors de dénigrer ou, à tout le moins, de normativement passer sous silence les effets collectifs et institutionnels, les idées et les idéologies, les structures et conditions matérielles. Il existe à ce propos un décalage entre le caractère hégémonique et totalisant de la justice pénale internationale, et le fait qu'elle ne traite effectivement et en tous les cas officiellement que d'une seule question : celle de la culpabilité individuelle.

---

[480] Voir à ce sujet l'art. 91 PA I qui dispose que « La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées ». Dans le même sens voir *affaire Caire, France c. Mexique,* Sentence Arbitrale du 7 juin 1929*, RSA V*, p. 516-534 plus précisément p. 531 : « les deux officiers, même s'ils doivent être censés avoir agi en dehors de leur compétence, ce qui n'est nullement certain, et même si leurs supérieurs ont lancé un contre-ordre, ont engagé la responsabilité de l'État, comme s'étant couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition ».

[481] MEGRET (F), « les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », Op. Cit., p. 103.

Or celle-ci a principalement pour vocation, s'agissant du moins des crimes contre l'humanité et du génocide, de rattacher des individus à des épisodes plus vastes en les déclarant coupables d'y avoir participé. Elle aboutit cependant souvent, en tant que processus narratif, à faire exactement le contraire c'est-à-dire, à rattacher des épisodes criminels à des individus en les faisant apparaître comme leur cause principale. Un des dangers serait de sur-magnifier les responsabilités individuelles, tout en ayant tendance à nier, et donc nécessairement à dédouaner certaines responsabilités collectives.

La responsabilité individuelle pourrait en outre s'avérer plus généralement injuste. Elle semble magnifier le sujet individuel, alors que celui-ci est parfois trop imbriqué dans des dynamiques collectives pour pouvoir toujours l'en distinguer facilement. Il y a là une juridicisation des vases communicants, comme si la responsabilité individuelle déplaçait insensiblement celle collective.

C'est dès lors à bon droit que le dictum de Nuremberg selon lequel les crimes de droit international sont commis par des individus et non pas par des entités abstraites a été amplement critiqué, au motif d'une part que les crimes individuels sont inévitablement commis avec, grâce et à travers ces fameuses « entités abstraites », et d'autre part que ces « entités abstraites » ne devraient pas échapper, du seul fait de la reconnaissance d'une responsabilité individuelle, à toute responsabilité propre. Car le risque serait bien de passer à côté de l'essentiel, c'est-à-dire la spécificité du crime de droit international, historiquement et analytiquement, comme crime collectif.

Il est possible qu'à l'heure de la mondialisation et d'un regain d'influence des acteurs non étatiques, le droit international s'adapte. Il y aurait quelque danger à se faire le gardien du droit pénal international tel qu'il a toujours été notamment en matière de génocide, de crime contre l'humanité. Il paraît très difficile de faire l'économie d'une responsabilité collective, *a fortiori* lorsque la responsabilité individuelle suggérée est celle de membres des plus hauts échelons de la collectivité. En réalité, tout porte à croire que l'identification de responsabilités individuelles sans responsabilité de l'entité non étatique serait inefficace. Derrière la réticence à punir celle-ci se dégage une réelle méfiance à l'égard de l'idée de

responsabilité collective aboutissant à « punir » une population. L'épouvantail de Versailles continue à détourner les juristes de toute réflexion plus poussée sur les conditions, justement, dans lesquelles une population, directement via son organisation, pourrait être légitimement rendue redevable de ses actes[482].

Sous couvert de juger une pure responsabilité individuelle, donc, la justice pénale internationale ne peut s'affranchir d'un effort d'élucidation des responsabilités collectives.

Il faut aussi signaler que le système des TPI est organisé de sorte à limiter la responsabilité pénale internationale aux seules personnes physiques. Ainsi malgré l'évidente participation des personnes morales à la réalisation de certaines infractions, leur responsabilité n'a pu être mise en cause[483].

Paragraphe 2 Des implications individuelles diverses

L'admission de la responsabilité individuelle entraines des conséquences variées selon les acteurs. En effet, malgré les multiples interdictions, la participation directe des enfants-soldats aux hostilités est devenu un problème majeur pour les tribunaux chargés de la répression des violations du droit des conflits armés. Mais ces tribunaux ne connaissent pas des infractions commises par des enfants-soldats, cette règle est érigée en un principe immuable du droit international (A). De même, le supérieur hiérarchique ou le commandant peut voir sa responsabilité engagée en cas de violation du droit des conflit armé (B)

[482] MEGRET (F), « les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », Op. Cit., p. 117.

[483] Ainsi aucune des entreprises ayant fourni, en connaissance de cause, le gaz Zyklon B aux nazis ou les sociétés de communication qui ont encouragé le génocide au Rwanda n'ont été reconnues pénalement responsable par les juridictions qui ont eu à juger les actes commis durant ces périodes sombres de l'Histoire de l'humanité. Voir également dans le même sens DE FROUVILLE (O), *Droit International Pénal*, Op., Cit., p. 345.

A La situation particulière des enfants-soldats

La responsabilité pénale d'un enfant-soldat pour des crimes internationaux n'est pas exclue par le droit international. Aucune convention n'interdit que des enfants puissent être poursuivis, jugés, condamnés et astreints à exécuter la peine prononcée. S'agissant de la condamnation, les Conventions de Genève et leurs Protocole Additionnels sont unanimes. Ils interdisent de prononcer une peine de mort contre une personne âgée de moins de dix-huit ans au moment de la commission des faits[484]. Ils interdisent également l'exécution de telles peines lorsque les faits ont eu lieu pendant la minorité du prévenu.

Néanmoins il n'existe aucun consensus relativement à l'âge de l'engagement de la responsabilité des mineurs dans le système international. Il est toujours difficile d'appréhender un phénomène qui varie en fonction des spécificités de l'enfant. En effet « chaque enfant atteint la maturité psychologique, l'autonomie et le discernement nécessaire à la commission d'un crime à un âge différent »[485]. Dès lors c'est aux Etats qu'est laissé le dernier mot pour établir une limite d'âge qui ne soit ni trop élevée ni trop basse, celle-ci devant être liée à la capacité psychologique de l'enfant[486]. C'est peut-être pour cette raison que les juridictions pénales internationales, dans leur statut, sont restées silencieuses sur l'âge de la responsabilité pénale à l'exception notable du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone (ci-après TSSL). Le statut de ce dernier est la seule disposition à prévoir explicitement la responsabilité pénale des mineurs : l'article 7§1 Statut TSSL autorise celui-ci à juger les enfants soldats de 15-18 ans au moment des faits tandis que d'autres dispositions prévoient certains aménagements de procédure, ébauchant une sorte de justice pénale pour enfants. Ces dispositions avaient pour objectif de sanctionner les enfants-soldats ayant sévi en Sierra Leone. Elles furent vivement critiquées, les associations de défense des droits des enfants arguant du

[484] Voir l'Article 68 al. 4 CG IV qui a été la première convention internationale à poser cette interdiction ; 6§4 PA II ; Article 37a) Convention relative aux droits des enfants ; Article 1-1 2e Protocole Additionnel au PIDCP.
[485] CUMIN (D), *Le droit de la guerre*, Vol. 2, L'Harmattan, Paris, 2016, pp. 640-641.
[486] Voir les Règles minima des NU concernant l'administration de la justice des mineurs « Règles de Pékin » adoptées par l'AGNU le 29 novembre 1985.

fait qu'ils étaient en réalité tout autant victimes des adultes que des bourreaux et que les vrais responsables étaient les adultes qui les avaient instrumentalisés. Par la suite, le Procureur décida de lui-même de ne pas en faire usage et de ne poursuivre aucun enfant. Finalement, le tribunal a, conformément à l'article 1er de son statut, poursuivi « les personnes qui portent la plus lourde responsabilité des violations graves du DIH et du droit Sierra-léonais ».

En revanche le Statut de la CPI, en son article 26 exclut, sa compétence à l'égard « d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime ». Malgré l'absence de consensus à ce sujet il est utile de préciser que cet article ne signifie pas que les mineurs ne devraient pas être tenus responsables de crimes internationaux. Il précise uniquement le champ de compétence personnelle de la cour qui n'est pas compétente à l'égard des mineurs. Cette restriction pourrait poser problème à la CPI. En effet, l'article 8 du Statut de la CPI considère qu'un crime de guerre est constitué si un enfant de moins de 15 ans est recruté au sein d'une force armée. *A contrario*, cette disposition permet l'enrôlement d'un mineur de 15-17 ans dans des forces armées. Dès lors, un mineur âgé de 15 ans mais de moins de 18 ans pourrait être l'auteur d'un crime de guerre, mais la CPI devra se reconnaitre incompétente pour le juger. Cependant, de tels crimes sont punissables devant les juridictions nationales. De même, la CPI peut poursuivre un supérieur pour des crimes internationaux commis par ses subordonnés mineurs.

B La responsabilité du supérieur hiérarchique

La responsabilité du supérieur hiérarchique est une « responsabilité *sui generis »*[487]. Ainsi dans sa formulation actuelle, sa construction a été faite par trois vagues successives[488]. Si déjà en 1919, un rapport préconisait de poursuivre tous

[487] DE FROUVILLE (O), *Droit international pénal*, Pédone, Paris, 2012, p. 398.

[488] Il faut cependant préciser que la règle du Commandement responsable est très ancienne car on la retrouve dans le Règlement de La Haye de 1907 annexé à la Convention IV dont l'article 1er, qui définit le champ d'application du Règlement, prévoit que celui-ci s'appliquera non seulement à l'armée mais aussi aux milices et aux corps de volontaire, à condition que ceux-ci respectent un certain nombre de conditions, et notamment « d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ». Pour aller plus loin sur les origines, voir TPIY, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, jugement, IT-96-21-T, 16 novembre 1998, §§ 333 et suivants.

ceux qui « ont ordonné ou se sont abstenus de prévenir ou réprimer les violations des lois et de coutumes de la guerre alors qu'ils en avaient eu connaissance ou qu'ils en avaient le pouvoir d'intervenir »[489], c'est la jurisprudence des Tribunaux Militaires Internationaux de l'après Seconde Guerre Mondiale qui a définitivement posé les bases sur lesquelles repose encore cet édifice[490]. Celles-ci ont été confortées par les dispositions du Protocole Additionnel I de 1977. Les statuts et la jurisprudence des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la CPI sont venus apporter la touche finale à cette construction[491]. Dès lors, la responsabilité du supérieur hiérarchique s'analyse en deux mouvements. D'une part le supérieur hiérarchique voit sa responsabilité engager en cas d'agissement propre du supérieur. Dans ce cas elle se conjugue en une responsabilité individuelle classique comme nous l'avons évoquée plus haut. D'autre part le supérieur hiérarchique peut engager sa responsabilité pour des faits commis par ses subordonnés. Cette seconde forme de responsabilité est la plus significative car elle est une responsabilité pour le fait d'autrui, et donc répond à des conditions différentes.

La responsabilité du supérieur hiérarchique peut résulter de la perpétration soit d'un crime, il est alors le commettant, soit du lien qui existe entre le comportement du supérieur hiérarchique et un crime commis par ses subordonnés. Dans ce second cas, le comportement peut consister soit en un acte positif ou une omission. A ce niveau, sans « emprunter sa qualité d'auteur à celui de l'infraction principale »[492], le supérieur hiérarchique est responsable sur la base de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique. Continuant sur cette même lancée, le TPIY, dans l'affaire *Celebici* de 1998, s'est pour la première fois prononcé, par une analyse exhaustive, sur la place de cette doctrine dans le droit international coutumier, et déjà consacré par la jurisprudence des Tribunaux Militaires Internationaux de l'après Seconde Guerre Mondiale. Après avoir défini

[489] *Rapport de l'International Commission on the Resonsability of the Others of War an on Enforcement of Penalties*, in *AJIL*, Vol. 95, 1920, p. 121.
[490] Voir particulièrement le jugement *Yamashita*, rendu par la Commission militaire des Etats Unis de Manille, le 7/12/1945, LRTWC, Vol. IV, p. 35. Pour l'utilisation d'une doctrine équivalente à celle de la Responsabilité du Supérieur Hiérarchique, voir Shigemitsu lors du procès de Tokyo.
[491] Art. 7 TPIY, 6 TPIR et Art. 25 et 28 CPI.
[492] DE ANDRADE (A), « les supérieurs hiérarchiques », in ASCENSIO (H), DECAUX (E) et PELLET (A), *Droit International Pénal*, 1ere édition, CEDIN, Paris X, Pédone, 2000, p. 205.

les deux types de responsabilités : celle directe, qui consiste en des actes positifs, et celle indirecte, individuelle ou stricte qui relève des omissions, le TPIY déclare qu'un supérieur hiérarchique « peut être tenu personnellement responsable non seulement pour avoir ordonné, provoqué ou planifié des actes criminels qui ont été accomplis par ses subordonnés, mais aussi pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour prévenir ou sanctionner les agissements délictueux de ses subordonnés »[493]. De même il poursuit en ces termes « le principe de la responsabilité pénale individuelle des supérieurs pour ne pas avoir empêché ou réprimé les crimes commis par leurs subordonnés fait partie intégrante du droit international coutumier »[494].

Au regard du droit pénal, la responsabilité du supérieur hiérarchique est identique à la responsabilité pénale du fait d'autrui. Ici le commandant est sanctionné car il n'est pas parvenu « à mettre fin aux meurtres illicites et à prendre les mesures appropriées pour empêcher leur récidive, en ce sens le commandant a manqué à son devoir, ce qui imposait de mettre en cause sa responsabilité »[495].

Cette responsabilité du commandant s'articule et se fonde clairement sur la relation entre le supérieur et le subordonné et sur la responsabilité du commandant pour les actes commis par des membres de ses troupes. C'est une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui qui régit et assure la discipline militaire[496]. L'admission de cette responsabilité a donné lieu à des différences d'appréciation au sein même des TPI.

Les juges du TPIR ont dû s'employer pour contrecarrer la position des premiers juges. En effet la chambre d'appel dans l'affaire *Bagilishema* a déclaré qu'il est « préférable que les chambres de première instance s'abstiennent totalement de décrire la responsabilité du supérieur hiérarchique en termes de négligence »[497].

---

[493] TPIY, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, Op. Cit., §. 333.
[494] TPIY, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, Op. Cit., §§. 335-343.
[495] TPIY, *Le Procureur c. Krajisnik*, IT-00-39, motifs de la décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence du TPIY soulevée par l'accusé, Chambre de première instance III, 22/09/2000, §. 21.
[496] TPIY, affaire *Mucic et consorts*, Op. Cit. Jugement de première instance I, 16/11/1998, §. 647. (voir aussi §. 331).
[497] TPIR, *Le Procureur c. Bagilishema*, ICTR-695-1, Motifs de l'arrêt, Chambre d'appel, 3/07/2002, §. 897.

Alors qu'au début une faute était requise pour engager la responsabilité du supérieur, cette exigence est désormais abandonnée car le supérieur n'est plus reconnu coupable d'un crime international, mais plutôt d'un fait personnel qui lui est imputable en tant que supérieur, à savoir le manquement à ses obligations de prévenir et de punir. Les TPI exigent une omission du supérieur hiérarchique car sa responsabilité est « le corollaire de son obligation d'agir, cette responsabilité est donc une responsabilité pour omission de prévenir ou punir des crimes commis par ses subordonnés. Il s'agit d'une responsabilité « *sui generis* » et distincte de celle visée à l'article 7,1) du Statut »[498].

En procédant ainsi, le TPIY rejoint les positions du TMI de Nuremberg[499] et de la Commission de Droit International (ci-après CDI). Celle-ci, dans son commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, déclare qu'un « individu n'encourt une responsabilité pénale pour omission que dans le cas où il existe une obligation juridique d'agir et où la non-exécution de cette obligation conduit à un crime »[500]. Il est évident qu'on ne « peut établir la responsabilité d'une violation par omission qu'à l'égard d'une personne qui s'est abstenue d'agir alors qu'elle était en devoir de le faire »[501].

Cette position est approuvée par une partie de la doctrine aux yeux de laquelle, elle respecte plus le principe de la personnalité des peines. Aussi, elle favorise plus la distinction de la « responsabilité du participant de la responsabilité du supérieur hiérarchique »[502].

Le droit international humanitaire prend en compte le fait que les combattants agissent dans le cadre d'une organisation ou d'unités hiérarchisées. Il impose des

---

[498] TPIY, Le *Procureur c. Hadzihasanovic et Kubura*, IT-01-47, Jugement, Chambre de première instance II, 15/03/2006, §. 75. Voir aussi TPIY, *Le Procureur c. Oric*, IT-03-68, Jugement, Chambre de première instance II, 30/06/2006, §. 293. Également dans le même sens voir TPIY, *Le Procureur c. Delic*, IT-04-83, Jugement, Chambre de première instance I, 15/09/2008, §. 55.

[499] Voir Tribunal Militaire des Etats-Unis, Nuremberg (Allemagne), *Von Leeb et autres* (German High Command Trial), 28/10/1948, *I.L.R.*, Vol. 15, Case n° 119, p.387.

[500] Rapport de la CDI sur les travaux de sa 48e session, (A/51/10), Ann. CDI, 1996, Vol. II, 2e partie, Commentaire de l'article 6 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, §. 3, p. 26.

[501] Commentaire des PA, p. 1034, §. 3537.

[502] VAURS-CHAUMETTE (A-L), Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ? Paris, Pédone, 2009, p. 461.

obligations précises aux commandants. Toutefois, l'obéissance aux ordres d'un supérieur ne peut pas faire écran à la responsabilité pénale individuelle pour les violations graves du droit humanitaire commises par un combattant. Les individus restent personnellement responsables des crimes commis, même s'ils ont agi sur ordre. Tout criminel de guerre est donc personnellement et pénalement responsable de ses actes[503]. Ainsi la jurisprudence actuelle des TPI confirme l'interprétation restrictive de la contrainte et de l'ordre des supérieurs comme circonstance atténuante s'agissant de la responsabilité pénale individuelle. En effet, le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour ait été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale[504].

Si le principe des responsabilités individuelles est profondément ancré dans la pratique des TPI, celui des responsabilités collectives doit encore franchir les obstacles car pour le moment elles ne sont pas admises.

Section 2 Le refus d'une responsabilité collective

Il est admis que des entités autres que les personnes physiques contribuent à la commission de crimes de droit international. Pour nous elles sont indispensables à la commission de certains crimes et pour adopter une rhétorique pénaliste, nous dirons qu'elles sont l'arme du crime. Mais hélas aujourd'hui encore, l'affirmation du Procureur américain Jackson (R), lors du Procès de Nuremberg, demeure d'actualité car « la compétence du tribunal ne s'étend qu'aux personnes et le statut ne prend pas ce terme au sens large, comme le font parfois certains Actes pour y inclure d'autres personnes que les personnes physiques »[505]. Le TPIY persiste dans ce sens. En effet le Juge RODRIGUEZ (A) « considère qu'il est essentiel

[503] Voir la Convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de guerre et les art. 3 ; CGI art. 49 ; CGII art. 50 ; CGIII art. 129 ; CGIV art. 146 ; PI art. 75.4b, 86, 87.

[504] Des exonérations sont possibles pour cette responsabilité mais de façon limitée. Voir les art. 26, 30, 31 et 33 du statut de Rome. Elles protègent les personnes qui avaient moins de 18 ans au moment des faits, celles qui ne disposaient pas de toutes leurs facultés mentales, celles qui ont agi dans le cadre d'une légitime défense proportionnée, ou sous la contrainte d'une menace de mort imminente, ou d'une atteinte grave et imminente à leur intégrité physique.

[505] Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, du 14/11/1945- 1er/10/1946, Tome 8, p. 359.

de faire la part de ce qui pourrait être une responsabilité collective de ce qui est une responsabilité individuelle. Le Tribunal n'est pas destiné à traiter d'une éventuelle responsabilité collective. Ce qui m'intéresse dans chacun des procès que j'ai à juger dans cette enceinte, c'est de vérifier si les éléments de preuve qui nous ont été soumis permettent de déclarer un accusé coupable. Je veux juger un accusé. Je ne juge pas un peuple. Oui, il y a eu en ex-Yougoslavie des attaques contre des populations civiles. Oui il y a eu des massacres, des persécutions. Oui certains de ces crimes ont été commis par des forces serbes. Mais, pour paraphraser les mots d'un grand humaniste, j'estime que ce serait insulter le peuple serbe et trahir la notion de société civile que d'assimiler ce mal à l'identité serbe. Il serait cependant tout aussi monstrueux de ne donner aucun nom à ce mal, car cela pourrait être offensant pour les Serbes. En juillet 1995, Général Krstic, vous avez adhéré au mal »[506].

Sans s'engager sur la voie d'une admission de la responsabilité collective (§2), le droit international a tenté, de diverses manières, de prendre en compte le phénomène collectif dans la répression des infractions de masse (§1).

Paragraphe 1 Le faux semblant de l'Entreprise Criminelle Commune

La responsabilité individuelle est devenue un principe classique du droit international pénal, il en est d'ailleurs « la pierre angulaire »[507]. Le droit international pénal essaye de concilier le respect de cette règle fondamentale avec les crimes de masse dans un apparent détachement notamment en ce qui concerne les crimes de guerre, les crimes de génocide et les crimes contre l'humanité. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux reflète les tentatives de reformulation des conditions de la responsabilité face à la réalité des

[506] Juge Almiro RODRIGUEZ, cité dans Première condamnation pour génocide par le Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie : Radislav Krstic condamné à 46 ans d'emprisonnement, La Haye, 2 août 2001.
[507] *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 48e session*, 6 mai- 26 juillet 1996, p. 19.

crimes de masse perpétrés très souvent à l'occasion de conflit armé et adossés à des structures administratives ou militaires. Dès lors les modes traditionnels d'imputation de la responsabilité montrent leur limite et n'arrivent pas à rendre compte de la réalité, notamment en ce qui concerne la diversité des formes de participation et la qualification des rôles des différents participants. Les TPI ont donc dû inventer des techniques pour faire face à cette réalité[508].

A Les pérégrinations du concept

Le concept d'Entreprise Criminelle Commune se décline en trois composantes, chacune avec ses spécificités[509]. Depuis son avènement l'entreprise criminelle commune, (ci-après ECC), tente de concilier son postulat de départ (1) avec une logique collective trop dépendante de facteurs individuels (2).

1 Le postulat de départ

Depuis sa consécration par l'arrêt *Tadic* du 15 juillet 1999, il est désormais admis que la commission d'un crime qui relève de la compétence du tribunal « peut revêtir la forme d'une participation à la réalisation d'un dessein ou d'un but commun »[510]. Cette notion est une invention des TPI et plus spécifiquement du TPIY, car elle ne figure pas explicitement dans leurs statuts. La chambre d'appel du TPIY l'a dégagée de l'article 7§1 du Statut du TPIY, tout en identifiant sa source

[508] Au lendemain de la SGM, le Statut de Londres avait prévu deux catégories inédites de fautifs au sein d'un groupe en incriminant de manière autonome, d'une part, le complot, d'autre part, l'appartenance à une organisation criminelle. Cette procédure ayant été contestée n'a pas été reprise par les TPI contemporains. Néanmoins ces tribunaux ont élargi le champ matériel de la participation par une lecture extensive des textes. Dès lors un individu participant sciemment à un projet collectif, de nature criminelle, est responsable en tant qu'auteur des infractions résultant de ce projet, y compris celles dépassant son cadre initial dès lors qu'elles en constituent des conséquences naturelles prévisibles. Même cette idée a été reçue diversement par les différents TPI, certes avec la même idée mais sous des appellations différentes. Pour aller plus loin sur cette question voir BEAUVAIS (P) et KHALIFA (A.F), « Les modes collectifs de participation à l'infraction », In ASCENSIO (H) et autres, *Droit international pénal*, 2e édition, Pédone, Paris, 2012, 1279 p., plus précisément p. 504. Dans le même sens voir DE FROUVILLE (O), *Droit International Pénal*, Pédone, Paris, 2012, 523 p., plus précisément p. 356.

[509] L'arrêt *Tadic* distingue trois types d'ECC : la forme élémentaire, ECC I ; la forme systémique, ICC II s'appliquant aux crimes commis en détention, et la forme élargie, ECC III s'appliquant aux crimes non prévus dans le plan mais en constituant une conséquence naturelle et prévisible.

[510] TPIY, *Le Procureur c. Tadic*, appel, IT-94-1, 15/07/1995, §. 188.

dans le droit coutumier[511]. Cette doctrine a pour ambition d'appréhender beaucoup plus convenablement les crimes de masse que ne pouvait le permettre une application stricte du principe de responsabilité individuelle. Elle demeure néanmoins une forme de participation individuelle car le postulat de départ n'a jamais varié malgré la nécessité d'une pluralité des participants à l'infraction. Cette pluralité est certes nécessaire, mais il n'est pas besoin de prouver l'appartenance individuelle des différents participants à l'infraction, à l'Entreprise Criminelle Commune. Il faut dans tous les cas un but commun, un projet, un dessein ou un objectif commun et qui consiste à commettre un des crimes visés dans le Statut ou en implique sa perpétration. Ce projet doit présenter trois caractéristiques fondamentales.

Il se distingue d'abord du plan ou de toute autre forme de préméditation car comme l'a relevé le TPIY dans l'arrêt *Tadic* de 1999 « le projet peut se concrétiser de manière inopinée et se déduire du fait que plusieurs individus agissent de concert en vue de mettre à exécution une entreprise criminelle commune »[512].

Cette spontanéité n'implique pas, ensuite, l'existence d'un accord entre l'auteur physique de l'acte et les différents membres de l'Entreprise Criminelle Commune[513] malgré la constatation de l'existence d'un système de mauvais traitements caractérisé par une institution ou un établissement de détention de personnes dans lequel sont commis, de manière manifestement organisée, des crimes de mauvais traitements à grande échelle[514]. Mais il semble que ce qui est nécessaire et indispensable c'est la preuve de l'existence d'un accord plus ou moins formel entre l'ensemble des participants plus que leur adhésion au système[515].

[511] DE FROUVILLE (O), *droit international pénal*, Op. Cit., p. 355.
[512] TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999, §§. 187 et suivants.
[513] TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-A, 17 septembre 2003, §§95-97.
[514] TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvocka et consorts*, Jugement, IT-98-30/1-T, 2 novembre 2001 §320. TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvocka et consorts*, Appel, IT-98-30/1-A, 28 février 2005, §§ 118-119.
[515] TPIY, Appel, arrêt, Krnojelac, IT-97-25, 17/09/2003, §. 96.

Enfin, le caractère évolutif du but peut ne plus présenter les mêmes caractéristiques que celles initialement recherchées[516]. Cette évolution peut parfois être difficile à cerner, notamment en cas de pluralité de buts communs ou lorsque ceux-ci se recoupent sans se confondre, ce qui « suppose une définition stricte du but commun »[517].

La participation à l'entreprise criminelle commune n'implique pas nécessairement la consommation d'un des crimes spécifiques visés dans le Statut, même s'il peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution en vue de la réalisation du projet ou objectif commun. Dès lors, la présence physique de l'accusé lors de la commission de l'infraction n'est pas indispensable, et sa participation peut aussi être une action ou une omission. Cette composante de l'Entreprise Criminelle Commune est d'une grande importance car elle décrit la contribution personnelle de l'agent à l'infraction, son implication[518]. Celle-ci peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution à la réalisation des objectifs criminels[519]. Le TSSL a même incriminé une participation intellectuelle à une des formes de l'Entreprise Criminelle Commune pour le rôle joué par l'accusé dans la formation[520] et la propagation de l'idéologie du RUF[521].

Cette participation doit être importante et ce même si elle n'est pas substantielle. Elle doit rendre l'entreprise plus efficace ou faciliter sa bonne marche sans accroc. A l'origine le degré de participation n'a pas été abordé dans la jurisprudence *Tadic* de 1999. Ce n'est que deux ans plus tard que la solution a été posée par la chambre

[516] Voir, TPIY, *Le Procureur c. krajisnik*, jugement, IT-00-39-T, 27 septembre 2006, §.1089 et suivant s'agissant des notions de crimes initiaux et crimes ajoutés. Voir également dans le même sens TSSL, Jugement RUF, *Sesay, Kallon, Gbao*, 2/3/2009, § 259.
[517] TPIY, arrêt *Krnojelac*, Op. Cit., §. 116.
[518] TPIY, arrêt Tadic, Op. Cit. 1999, § 227.
[519] TPIR, *Le Procureur c. Milomir Stakic*, arrêt, IT-97-24-A, 22 mars 2006, §. 64.
[520] Le Revolutionary United Front, ou Front Révolutionnaire Uni, est un groupe armé fondé par Foday SANKOH. Il a été le principal acteur de la guerre civile en Sierra Léone de 1991 en 2002.
[521] TSSL, *Le Procureur c. Sesay*, C, jugement RUF, SCSL-04-15-T, 2 mars 2009, §§2009-2049.

de première instance dans son jugement *Kvocka* du 2 novembre 2001[522]. Mais ce jugement a été censuré par la chambre d'appel[523].

Sous ses différentes formes, l'Entreprise Criminelle Commune essaye d'individualiser une infraction commise par un groupe d'individus dépendant les uns des autres dans la commission de l'infraction.

2 Une logique collective trop dépendante des facteurs individuels

Œuvre des TPI *ad hoc*, principalement du TPIY et du TPIR notamment à cause des hécatombes auxquelles ces conflits ont donné lieu, cette doctrine est remise en cause par le Statut de la CPI. En effet le TPIY avait, un temps, pensé trouver un fondement de l'Entreprise Criminelle Commune dans le statut de Rome. Sa jurisprudence s'est vite appuyée sur les dispositions de l'article 25§3 Statut de la CPI. *Prima faciès*, on peut penser que le Statut de la CPI reprend cette doctrine du TPIY, qui ajoute dans son jugement *Furundzija*, en se référant à l'article 25§3, que le Statut de Rome distingue « entre la participation à une entreprise ou un dessin criminel commun, d'une part, et la complicité, d'autre part »[524]. Dans l'arrêt *Tadic* de 1999, la chambre d'appel considère qu'une « notion essentiellement similaire a été consacrée par la suite dans l'article 25-3-d »[525]. Mais cette interprétation du TPIY a été contredite dans les premières décisions de la CPI qui, lui préfère la notion de co-action déplaçant par là même le fondement à l'article 25§3-a[526].

« L'Entreprise Criminelle Commune permet d'appréhender la commission collective des grands crimes internationaux sans se soustraire, formellement, au principe de la responsabilité pénale individuelle, mais en contournant l'exigence

[522] TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvocka et consorts*, jugement, IT-98-30/1-T, 2 novembre 2001, §§ 308-309.
[523] TPIY, *Le Procureur c Kvocka et consorts*, arrêt, IT-98-30/1-A, 28 février 2005, §. 97 et 187 et suivants.
[524]TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija,* jugement, IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, *§*. 216.
[525] Arrêt Tadic, 1999, Op. Cit.§. 222.
[526] Voir également dans le même sens Chambre Préliminaires I, Décision sur la confirmation des charges contre *Katanga et Ngudjolo Chui*, 30/09/2008, §§ 466 et suivants,

classique de réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction »[527]. C'est donc pour la nécessité d'assurer une très grande répression des actes abominables, commis en Ex-Yougoslavie, au Rwanda ou en Sierra Léone, qui a conduit à l'élaboration de cette doctrine. Or il est bien admis, depuis longtemps en droit pénal, que la fin ne justifie pas les moyens : la garantie des droits fondamentaux et la protection des libertés individuelles, formalisées notamment dans le principe de la légalité pénale, ne sauraient être sacrifiées aux seuls besoins de la répression, aussi justifiée soit-elle devant l'horreur des crimes de masses. Dès lors les critiques se sont faites nombreuses à l'égard de cette doctrine, qui malgré son grand succès au sein des TPI *ad hoc*[528]*,* n'a pas convaincu tout le monde à l'intérieur même de ces instances[529].

De plus, « l'Entreprise Criminelle Commune est distincte de la responsabilité des personnes morales : elle n'envisage que la responsabilité des personnes physiques (…) »[530]. Malheureusement, comme toujours en droit international, plus on s'éloigne de toute forme étatique ou quasi étatique et moins il est possible d'établir objectivement les modalités de rattachement d'une personne à un groupe alors même que cette appartenance est l'aspect essentiel de cette imputation. Or, non seulement les TPI ne fournissent aucun critère positif à ce lien de rattachement, mais ils n'hésitent pas à souligner que les participants ne doivent pas obligatoirement relever d'une structure, ce qui ouvre la voie à une extension arbitraire de la catégorie de personnes considérées comme des membres du

[527] BEAUVAIS (P) et KHALIFA (A.F.), « Les modes collectifs de participation à l'infraction », pp.503-515, plus précisément p.510, in *Droit international pénal*, Sous la direction ASCENCIO (H), DECAUX (E) et PELLET (A), 2e édition révisée, Op. Cit.

[528] Il faut préciser que le relatif succès de l'ECC est dû au fait que parfois, certains juges ont exercé dans plusieurs tribunaux ad hoc et ont donc pu porter avec eux cette doctrine hors des TPI. On peut citer l'exemple du regretté juge CASSESE Antonio qui avait exercé au TPIY et TSL. Entre le 1er janvier 2000 et le 1er janvier 2012, le TPIY a appliqué la théorie de l'ECC à 82 personnes sur 109, le TSSL à 13 personnes et le tribunaux cambodgiens à 5 reprises, Cf. BEAUVAIS (P) et KHALIFA (A.F.), « Les modes collectifs de participation à l'infraction », Op. Cit., p. 510.

[529] Voir à l'opinion dissidente du juge SCHOMBURG à l'arrêt du TPIY en appel *Matric*, IT-95-11 du 8/10/2008, §§. 5-9, pour qui ce concept est infondé et confus. Dans le même sens voir opinion séparée du juge LINDHOLM, TPIY, jugement *Simic*, IT-95-9, du 17/10/2003, §§. 2-5 qui, lui, pointe son inutilité. Dans une autre opinion dissidente, jointe à l'arrêt *Krajinski* §. 26 Op. Cit., le juge SHAHUBUDDEN va plus loin en pensant que c'est juste une querelle de mots et non une différence substantielle avec la notion de co-action.

[530] De FROUVILLE (O), *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2012, p. 375.

groupe[531]. Cette faille a pour conséquence immédiate d'affaiblir l'élément matériel, le projet criminel, qu'il est censé consolider en lui conférant sa cohérence. Elle vient ainsi accroitre son imprévisibilité comme mode de commission de l'infraction. De plus, s'agissant de la participation à l'Entreprise Criminelle Commune, l'exigence d'un seuil requis de participation dénote d'une certaine imprécision du lien de causalité qui est exigé entre les agissements et le résultat du projet criminel[532].

La troisième forme de l'Entreprise Criminelle Commune est celle qui concentre les plus vives critiques qui sont adressées à cette doctrine. En effet, elle est assimilée à une forme de responsabilité pour fait d'autrui ou même à une forme de responsabilité collective, dès lors qu'est mise en cause la responsabilité d'un participant à une Entreprise Criminelle Commune alors même que les résultats dépassent le projet initial. Or certaines infractions, les plus graves du droit pénal comme le génocide, requièrent un dol spécial et non un simple dol éventuel. Cette situation a conduit le TPIY à apporter une précision car « l'amalgame fait entre la troisième variante de l'entreprise criminelle commune et le génocide aurait pour effet de diluer le dol spécial au point de le faire disparaitre », ce qui est incompatible avec la définition historique de ce crime[533]. Toujours dans la même logique de correction, la chambre d'appel du TSL a qualifié d'anomalie juridique les risques d'élargissement de l'élément moral par le truchement d'un nouveau mode de participation. Elle a dès lors procédé à une restriction du champ d'application de cette troisième forme de l'Entreprise Criminelle Commune car « la meilleure approche, en droit international pénal, consiste à éviter la condamnation, sur la base de l'Entreprise Criminelle Commune III, de crimes qui, à l'instar du terrorisme, nécessitent une intention spécifique. En d'autres termes, il n'est pas suffisant, pour conclure à sa culpabilité, qu'un individu accusé de participation à une Entreprise Criminelle Commune ait prévu l'éventualité que les crimes visés par l'objectif

[531] ZAHAR (A) et SLUITER (G), *International Criminal Law : A critical introduction*, OUP, Oxford, 2008, 508p., plus précisément p. 234.
[532] TPIY, *Le Procureur c. Milan Milutinovic et consorts*, jugement, IT-05-87, 26 février 2009, §103.
[533] TPIY, *Le Procureur c*. *Stakic*, jugement, Op. Cit., §. 530.

commun puissent, le cas échéant, donner lieu à la commission d'un acte terroriste par un autre participant à l'entreprise criminelle »[534].

Ces différentes exigences renforcent encore plus l'encrage individualiste de la vision de la responsabilité découlant de l'Entreprise Criminelle Commune. Elles rendent vaines et même impossible toute possibilité de rapprochement entre l'Entreprise Criminelle Commune et la responsabilité du GANE.

B L'impossible rapprochement avec la responsabilité du GANE

Des différences substantielles surgissent dès lors qu'on tente un rapprochement entre la logique qui sous-tend la doctrine de l'Entreprise Criminelle Commune et celle de la responsabilité pénale internationale des personnes morales.

D'une part si la doctrine de l'Entreprise Criminelle Commune a été critiquée, c'est parce qu'elle a voulu individualiser des comportements de masse qui nécessitent forcément une grande concertation. Or elle ne permet pas, malgré ses différentes formes, d'analyser globalement ce phénomène. Rompant avec l'attitude des TPI, la CPI se tourne désormais vers la notion de contrôle joint sur le crime. Cependant l'objectif demeure identique, à savoir la lutte contre l'impunité des dirigeants ou cadres politiques et militaires soupçonnés de crime de masse.

La conséquence qui en découle, d'autre part, est qu'elle ne change rien à la situation. En effet il existe déjà des outils prévus à cet effet pour appréhender des comportements individuels même, dans le cadre d'une participation collective. De même, elle ne va pas si loin pour exiger une structuration de l'action collective alors même que dans le cadre de certains types d'infractions la somme totale des actions individualisées n'auraient pas abouti au même résultat.

La CPI semble vouloir revenir aux fondamentaux, en recentrant le débat sur le mode de participation à la commission de l'infraction autour de deux figures traditionnelles que sont l'auteur et le complice. Ce recentrage a permis à la CPI de substituer la notion de « contrôle conjoint » à celle de l'Entreprise Criminelle Commune. Cependant ces deux notions demeurent distinctes puisque l'exigence

[534] TSL, App., décision préjudicielle n° STL-11-01/I, 16/02/2011, §§. 248-249.

d'une contribution essentielle impose que la participation ait constituée une condition *sine qua non* de la survenance du résultat. Néanmoins, comme l'Entreprise Criminelle Commune, la notion de contrôle conjoint entraine une extension de la notion d'auteur, afin de mieux appréhender la diversité des participants aux crimes de masse.

Globalement, le contrôle conjoint ou l'Entreprise Criminelle Commune, tous deux étant des créations jurisprudentielles, permettent certes de combler une partie des lacunes du droit international pénal. Cependant cette création demeure fragile dès lors qu'elle est « détachée des ordres juridiques étatiques-de leurs règles, de leurs traditions et de leurs garanties façonnées au cours des siècles- qui apparait au grand jour. En raison de sources limitées, les juges internationaux ont dû combler progressivement ce vide juridique au moyen des précédents judiciaires, mais au risque d'une réelle incertitude légale »[535].

Paragraphe 2 L'absence d'une responsabilité internationale du GANE pour violation du DIH

En l'état du droit positif, aucune base juridique ne permet, sur la base du droit international de condamner un GANE pour un crime de droit international humanitaire. Cette situation découle d'une part de la construction inaboutie des juges des TMI de l'après SGM (A) et de l'autre, elle repose sur un manque de pragmatisme quasiment inébranlable (B).

A La construction inaboutie des Tribunaux Militaires Internationaux de l'après-guerre

A la fin de la Seconde Guerre Mondiale, lorsqu'il a fallu juger les responsables des atrocités, l'on s'est rendu compte de l'ampleur de la participation de certains grands groupes industriels et politiques. Leur degré de participation et l'importance capitale de celle-ci dans l'accomplissement des projets, macabres,

[535] BEAUVAIS (P) et KHALIFA (A.F), Op. Cit., p. 514.

nazis rendaient inéluctable la mise en cause de leur responsabilité par les Tribunaux Militaires Internationaux, car toutes les conditions semblaient être réunies pour cet effet. Hélas tel ne fut pas le cas.

En temps normal, le propre des personnes morales est d'imposer une dissociation entre les personnes qui les incarnent et la structure en tant que telle. Ainsi les personnes morales ne se confondent pas avec la personne des individus qui les incarnent. De même, une personne morale n'est pas créée dans l'optique de perpétrer des crimes. Ainsi la personne morale se distingue d'une organisation criminelle qui, elle, est spécialement mise en place avec l'objectif principal de commettre des actes réprimés par la loi. Ainsi ces dernières se distinguent par la nature criminelle de leur activité : tandis qu'une entreprise procède à un commerce licite, les organisations criminelles exercent une activité constitutive d'un crime. Néanmoins une société régulièrement constituée peut commettre des crimes de droit international dans le cadre de ses activités licites, afin d'atteindre un objectif licite, généralement un profit financier. Cela étant, la responsabilité pénale des entreprises n'a jamais pu être consacrée en droit international pénal qui considère que *societas delinquere non potest*[536]. Ce sont donc les personnes qui l'incarnent qui posent les actes répréhensibles, ils doivent en assumer la responsabilité. Cette logique a prévalu lors des procès de Nuremberg concernant les crimes nazis lors de la Seconde Guerre Mondiale.

Au moment de juger l'industrie du crime mise en place par les nazis, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, c'est le Tribunal Militaire International de Nuremberg qui a connu des situations impliquant des personnes morales.

D'abord la première concernait le groupe *industriel Flick kommanditgesellschaft* qui, pour augmenter sa productivité en charbon et en fer, avait spolié les biens industriels des Etats occupés et fonctionnait selon un système esclavagiste. Mais seuls le président et propriétaire du groupe, et ses collaborateurs furent visés par l'acte d'accusation. Bien que le lien avec l'entreprise fût soulignée, les actes ont

[536] La société ne peut se tromper.

été attribués aux personnes physiques car la personne morale n'était pas partie au procès[537].

Ensuite dans l'affaire *Krupp*, aciérie fondée en 1811 devenue société anonyme en 1902, le Tribunal considère qu'elle a contribué au réarmement des forces militaires allemandes et procédé à des réquisitions qui lui étaient en partie attribuables. Selon les juges, les crimes de droit international ont été commis à la fois par la société et par certains de ses membres. Cependant, le Tribunal ne reconnut la responsabilité que des hauts responsables qui avaient personnellement et activement participé à la commission de l'infraction[538].

Enfin, ce raisonnement a été confirmé et précisé dans une autre affaire dite *IG Farben* conglomérat, réunissant huit des plus grandes entreprises allemandes de chimie. Ce regroupement a localisé ses centres de productions et d'expérimentation à proximité et au sein même des camps de concentration mais, a aussi spolié et utilisé les biens situés sur les territoires contrôlés par les nazis. Au cours du procès, les juges ont considéré qu'une personne morale pouvait commettre des infractions[539]. Mais ils ont estimé que ces infractions étaient également attribuables aux dirigeants du conglomérat, en précisant que seuls les individus ayant participé sciemment aux actes criminels pouvaient être sanctionnés[540] car le conglomérat n'est qu'un instrument utilisé par les dirigeants pour commettre les crimes[541].

La posture adoptée par les Tribunaux Militaires Internationaux va être confirmée par les juridictions pénales internationales[542]. Cependant comme pour les Tribunaux Militaires Internationaux, les Juridictions pénales internationales sont confrontées aux mêmes limites *ratione personae*. Ainsi dans l'un des procès devant le TPIR, la question de la responsabilité des groupes, notamment celle de deux médias la Radiotélévision des Mille Collines et le journal Kangura, a été soulevée.

[537] *Flick and Others*, 22 décembre 1947, TWC, Vol. VI.
[538] *Krupp and Others*, 30 juin 1948, IRL, Vol. 15, Case n° 24.
[539] *Krauch and Others*, IG Farben Trial, 29 juillet 1948, TWC, Vol. III, p. 1153.
[540] *Krauch and Others*, IG Farben Trial, 29 juillet 1948, TWC, Vol. III, p. 1141.
[541] *Krauch and Others*, IG Farben Trial, 29 juillet 1948, TWC, Vol. III, p.1108.
[542] Article 6 TPIY, Article 5 TPIR, Article 6 TSSL, Article 25 CPI.

Les juges ont expressément admis que ces médias avaient contribué à la commission des crimes de génocide au Rwanda[543]. Mais comme pour les Tribunaux Militaires Internationaux, à défaut d'une responsabilité sur les personnes morales, ce sont les individus qui ont été sanctionnées[544].

Face à cette triste réalité, l'affirmation de l'exclusion de la responsabilité pénale internationale des personnes morales a été plus délicate dans le Statut de la CPI car, les Etats étaient partagés sur la question[545]. Le Comité préparatoire avait, dans un premier temps, essayé de prendre en compte la thèse française favorable à la reconnaissance de la responsabilité de la personne morale. Finalement, lors de l'adoption du statut de la CPI, le projet considérait que le comportement criminel était celui de l'individu, mais que sa responsabilité pouvait entraîner celle de la société à laquelle il appartenait[546]. Mais cette disposition n'a pas été retenue lors de l'adoption du Statut de Rome, en raison de l'absence de reconnaissance unanime par les législations nationales de la responsabilité pénale des personnes morales.

Si, derrière le voile des questions juridiques qu'elles soulèvent, il n'y avait pas des hommes et des femmes victimes de quelques-unes des plus graves violations de leurs droits qui puissent s'imaginer, on pourrait croire la nécessité d'admettre la responsabilité des GANE comme secondaire. En effet dans toutes ces situations, ci-dessus évoquées, la responsabilité de l'entité non étatique est indéniable. Mais l'engagement de sa responsabilité est repoussé du fait de l'absence de compétence de ces tribunaux sur cette question. Or la diversification de ces violations rend anachronique le système international actuel axé sur la

[543] TPIR*, Le Procureur c/ Nahimana et consorts*, ICTR-99-52-, 28 novembre 2007, §. 502.
[544] Cf. TPIR, Chambre I, Jugement, *Le Procureur c/ Serugendo*, ICRT-05-84, 12 juin 2006. Voir également TPIR, Chambre I, Jugement, *Le Procureur c/Ruggiu*, ICRT-97-32, 1er juin 2000.
[545] Une proposition française relative à la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales a été soutenue par plusieurs Etats dont l'Algérie, la Tunisie, la Tanzanie, la Corée du Sud ou la Jordanie. Mais d'autres pays se sont montrés réticents comme l'Argentine, l'Australie, la Chine, la Thaïlande, de l'Egypte ou le Venezuela entre autres cf. A/AC.249/1998/DP. 14, p.14.
[546] Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, 14 avril 1998, A/CONF.183/2/Add. 1, p. 50 et pp. 124-125. Voir tout particulièrement les articles 6, 23-5 et 76 du projet de statut.

responsabilisation de l'État, et appelle à d'autres types de réponses qui dépasseraient celles qui opposent simplement l'individu à la puissance publique[547].

Le droit international actuel doit appréhender la question de la responsabilité

B Le manque de pragmatisme

Nous pouvons clairement affirmer que tant d'occasions ont été ratées pour reconnaitre et établir une responsabilité internationale des GANE. Depuis le retour des tribunaux pénaux internationaux et malgré le fort activisme dramatique des GANE, les promoteurs de ces juridictions n'ont pas jugé utile de les inclure dans le champ de compétence de celles-ci alors même que dans plusieurs situations conflictuelles les agissements des GANE appelaient à une autre réaction.

Que ce soit dans l'Est de la République Démocratique du Congo, en Sierra Leone, au Libéria ou au Sud-Soudan, l'implication des GANE dans le déchainement industrielle de la violence n'a pas fait changer d'avis sur la responsabilité internationale de ces entités non étatiques. Les statuts des tribunaux pénaux internationaux continuent de les ignorer, signe d'un manque de pragmatisme. Ce conservatisme ne s'explique plus car le moment est venu de parvenir à un changement de paradigme. Les GANE se sont imposés par la force des choses dans la sphère des conflits armés. La meilleure attitude est de les prendre en compte car l'on ne peut plus continuer à les ignorer. En effet comme nous l'avons évoqué dans les lignes ci-dessus, certaines infractions ne peuvent être commises que dans le cadre d'un conflit armé et ont nécessairement besoin d'une action collective qui est impossible à mettre en œuvre sans l'existence du GANE.

Pour toutes ces raisons, nous pensons qu'il est désormais indispensable d'inclure les GANE dans le champ de compétence de la CPI ou de toute autre juridiction internationale compétente pour connaitre des situations dans lesquelles opèrent des GANE.

[547] CANÇADO TRINDADE (A. A), *Evolution du droit international au droit des gens*, Paris, Pedone, 2008, p. 22.

CONCLUSION

Dans le cadre de la répression internationale des violations du DIH, l'impossibilité d'engager la responsabilité internationale des GANE, donne un goût d'inachevé. En effet le droit international a su se réinventer pour ouvrir la voie à l'engagement de la responsabilité internationale individuelle des auteurs de certains faits alors même qu'il ne les reconnaissait pas comme étant ses sujets. Mais face aux GANE la réaction est toute autre. Certes, ils ne sont pas des acteurs principaux au même titre que les Etats. Mais il serait dangereux de nier leur rôle et leur place sur la scène internationale.

Néanmoins, le DIH offre une situation nettement plus reluisante que le DIDH. Là où le DIH accepte la mise en cause des responsabilités individuelles des membres ou des commandants des GANE, le DIDH refuse absolument toute idée de responsabilité découlant de la violation de ses dispositions sauf pour des organes étatiques.

Chapitre 2 : Le déni total

Depuis l'affirmation de son applicabilité en période de conflit armé, lors de la conférence de Téhéran, la question de la responsabilité des GANE pour violation du DIDH se pose de façon inévitable. En effet si les GANE sont tenus, autant que les forces armées étatiques, de respecter le DIH et le DIDH, il est logique qu'ils répondent de leurs actes en violation de chacune de ces deux branches. Or le droit international aborde le problème avec des attitudes différentes selon qu'on se trouve en DIH ou en DIDH. S'agissant du DIH, nous venons de l'aborder *supra*, il nous reste donc à aborder la question relativement à la responsabilité des GANE pour violation du DIDH.

Pour ce faire nous aborderons d'une part les conditions d'engagement de la responsabilité internationale en matière de DIDH (Section 1), applicable à l'Etat, pour montrer ensuite qu'elles sont applicables aux GANE (Section 2).

Section 1 Les conditions d'engagement de la responsabilité internationale pour violation du DIDH

Les droits de l'homme sont « un point d'observation privilégié sur la responsabilité des Etats »[548]. Mais l'appréciation de ce point exige des conditions préalables, dont la territorialité de la juridiction et la juridiction personnelle (§1), qui permettent d'apprécier la nature de l'acte posé par l'Etat (§2).

Paragraphe 1 Les juridictions exercées par l'Etat

La juridiction de l'Etat se décline en deux à savoir la juridiction territoriale (A) et la juridiction personnelle (B). Sous ces deux déclinaisons, le droit international impose à l'Etat qui les exerce de respecter et de faire respecter les droits de l'homme.

[548] MAZZESCHI (R.P), « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, 2008, Vol. 333, p.199.

A La juridiction territoriale

A l'origine, le DIDH est conçu pour le temps de paix et vise à régir les relations essentiellement internes entre l'Etat et ses résidents. Les dispositions sont ainsi confinées au territoire respectif des parties aux traités. Ainsi, la plupart des conventions du DIDH contiennent des limitations juridictionnelles ou font parfois référence au « territoire sous la juridiction »[549].

Le principe de la compétence territoriale implique une présomption, en faveur de l'Etat, de son exercice sur l'ensemble du territoire et sur les personnes qui s'y trouvent. Ainsi comme l'a rappelé la Cour EDH « du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale »[550]. Malgré l'absence d'une telle précision dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission africaine a néanmoins adopté une définition simple de la compétence *ratione loci* qu'elle semble considérer comme s'appliquant au territoire des Etats parties à la Charte[551]. Pendant un temps, l'article 2§1 du PIDCP[552] a semblé apporté une restriction puisqu'il ne reconnait l'applicabilité des droits garantis dans le Pacte qu'aux personnes « se trouvant sur le territoire relevant de la compétence » des Etats parties. Mais le Comité des droits de l'homme a fait disparaitre, à travers sa jurisprudence, cette limitation territoriale. Il a estimé que cet article n'implique pas que les Etats parties

[549] Cf., Articles 1er CEDH, CADH, Art. 2§1 PIDCP, Art. 3 Charte Arabe des droits de l'homme. Cependant, il faut préciser que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le PIDESC ne contiennent aucune disposition équivalentes précisant la juridiction territoriale.

[550] Cour EDH (GC), *Bankovic c. Belgique et autres Etats membres de l'OTAN*, décision d'irrecevabilité du 12 décembre 2001, §§. 59 et suivants. Voir également Cour EDH, *Khan c. Royaume Uni*, décision d'irrecevabilité du 28 janvier 2014, §§. 24-29.

[551] Comm. ADHP, *Lawyers for Human Rights c. Swaziland,* décision des 27avril- 11 mai 2005, §. 46. Voir dans le même la jurisprudence de la Comm. Interaméricaine des DH, *Alfredo ARRESSE et autres c. Argentine*, décision d'irrecevabilité du 5 novembre 2013, §. 38.

[552] Art. 2§1 PIDCP « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

ne peuvent pas être tenus pour responsables des violations du Pacte commises en dehors de leur territoire[553].

Cependant des situations exceptionnelles peuvent intervenir faisant ainsi perdre à l'Etat le contrôle effectif d'une partie de son territoire au profit d'un autre. Il en est ainsi « en cas de situations de situations de guerre, d'occupation militaire de rébellion ou de tentatives de sécession, l'Etat concerné peut légitimement soutenir qu'il n'exerce pas de compétence juridictionnelle sur une partie de son territoire et échapper à l'engagement de sa responsabilité pour les violations des droits de l'homme qui y sont commises (…) »[554]. Il pèse ici une lourde charge de la preuve contre l'Etat défendeur qui doit démontrer qu'il n'opère plus, au moment de la violation, un contrôle effectif sur la partie du territoire où a lieu cette violation. Une telle preuve entraine des conséquences politiques considérables. En effet compte tenu du lien très fort existant entre la souveraineté et le principe de la territorialité de la juridiction, cela équivaut à accepter la perte de souveraineté sur une partie de son propre territoire. Dans le cadre d'un conflit armé surtout non international, cette reconnaissance peut matérialiser la défaite de la partie gouvernementale de fait de la perte de cette partie de son territoire. C'est pour cette raison qu'elle est manipulée, avec précaution, par la partie étatique malgré une réalité qui tend à prouver le contraire[555].

Mais même dans le cas d'une acceptation de cette perte de contrôle par l'Etat, les organes de contrôle des DH sont vigilants par rapport à une telle déclaration. En effet les organes manient extrêmement prudemment cet argument. Ils essayent de nuancer la situation surtout lorsqu'un Etat n'est pas en mesure d'exercer son autorité sur l'ensemble de son territoire en considérant qu'il « ne cesse pas pour autant d'exercer sa juridiction au sens de l'article 1 de la Convention sur la partie du territoire momentanément soumise à une autorité locale soutenue par des forces de rébellion ou par un autre Etat ». Une telle « situation factuelle a

[553] *Burgos c. Uruguay*, CDH, 29/07/1981, §. 12.3
[554] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Op. Cit., p.675.
[555] Voir les arrêts Cour EDH (GC), *Chypre c. Turquie*, arrêt du10 mai 2001, §. 78, Cour EDH *Loizidou c Turquie,* arrêt du 18 décembre 1996, voir également Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 23 mars 1995, exceptions préliminaires.

néanmoins pour effet de réduire la portée de cette juridiction, en ce sens que l'engagement souscrit par l'Etat contractant en vertu de l'article 1 doit être examiné par la Cour uniquement à la lumière des obligations de l'Etat à l'égard des personnes qui se trouvent sur son territoire (…) »[556].

A priori la présomption territoriale est tellement forte qu'il faut des situations exceptionnelles pour la renverser car le souci majeure des organes de contrôle est d'éviter de créer un vide juridique privant ainsi les victimes de leurs droits. Cela montre clairement que, dans ces affaires, l'effectivité prévaut sur la limite territoire.

B La juridiction personnelle

La juridiction personnelle est la capacité effective qu'à un Etat de violer les droits d'un individu. Une fois que cette relation est établie, peu importe de savoir où se trouve cette personne. Le Comité des droits de l'homme précise ainsi qu'un Etat partie doit « respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou sous son contrôle effectif les droits reconnus dans le pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire »[557]. Ainsi, une simple présence militaire ne saurait suffire, il faut en plus que l'Etat exerce un contrôle. En effet, la Cour EDH apporte une précision supplémentaire en affirmant que « l'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée »[558]. Sur cette question de l'application extraterritoriale des droits de l'homme, la Cour EDH semble opérer une lecture traduisant une conception ordinaire et essentiellement territoriale de la juridiction des Etats[559].

Ce raisonnement tend à rendre la juridiction personnelle exceptionnelle notamment lorsque les actes sont « accomplis à l'étranger par des agents

[556] Cour EDH (GC), *Ilascu et autres c. Moldava et Russie*, arrêt du 8 juillet 2004 ; 332-335.
[557] *Observation générale n°31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, CDH, 2004, §. 10.
[558] Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, exceptions préliminaires, §. 62.
[559] Cour EDH, *Bankovic c. Belgique et 16 autres Etats*, 12 décembre 2001, §. 61.

diplomatiques ou consulaires, ou à bord d'aéronefs immatriculés dans l'Etat en cause ou de navire battant son pavillon »[560]. En effet, pour la Cour EDH, la Convention EDH n'a vocation qu'à s'appliquer dans un espace juridique, un espace géographique bien délimité. Elle permet ainsi de ne pas confondre la question de savoir si un individu relève de la juridiction d'un Etat contractant et celle de savoir si l'intéressé peut être réputé victime d'une violation de droits garantis par la Convention. Cette position de la Cour EDH a été remise en cause sous deux aspects car face aux incertitudes liées à sa jurisprudence, l'on s'est demandé si le critère de compétence territoriale n'est en train de supplanter celui du critère personnelle.

« D'une part, le terme juridiction en DIDH ne renvoie pas à la question savoir quand un Etat peut légalement exercer ses compétences. Autrement dit, le terme juridiction, en DIDH, ne répond pas à la question de savoir si l'Etat avait la compétence de faire tel acte, mais bien plutôt à celle de savoir si ou quand les conséquences pour une personne d'un acte ou d'une omission d'un Etat peuvent conduire à une violation de la Convention EDH (…). D'autre part le critère de l'espace juridique européen est critiquable dans la mesure où il peut laisser supposer que la Convention EDH ne pourrait s'appliquer extraterritorialement que dans l'espace juridique européen »[561].

L'on ne saurait oublier que les droits de l'homme sont inhérents à la personne humaine et que de ce fait, les obligations étatiques en la matière ne dépendent pas de la localisation géographique d'une personne mais de l'exercice par l'Etat d'une autorité sur cette personne ou sur le territoire où elle se trouve. Pour mettre fin à toutes ces incertitudes, et clarifier sa position, la Cour EDH délimite strictement la notion d'espace juridique européen en affirmant « qu'un Etat contractant qui, par le biais de ses forces armées, occupe le territoire d'un autre doit en principe être tenu pour responsable au regard de la Convention des violations des droits de

[560] Cour EDH, arrêt *Bankovic*, Op. Cit., §. 73.

[561] GAGGIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, *Op. Cit*., p. 138. Voir également GONDEK (M), « Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights : Territorial focus in the Age of Globalisation ? », in *Netherlands International Law Review*, Vol. LII, 2005, pp. 349-387, p.371 et suivants.

l'homme qui y sont perpétrés car, sinon les habitants de ce territoire seraient privés des droits et libertés dont ils jouissaient jusque-là et il y aurait une solution de continuité dans la protection de ces droits et libertés au sein de l'espace juridique de la Convention. Toutefois, s'il est important d'établir la juridiction de l'Etat occupant dans ce type de cas, cela ne veut pas dire, *a contrario*, que la juridiction au sens de l'article 1 ne puisse jamais exister hors du territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe. La Cour n'a jamais appliqué semblable restriction dans sa jurisprudence »[562]. La Cour EDH semble désormais accepter qu'un Etat puisse être tenu pour responsable de violations de la Convention commises par ses agents en territoire étranger même en l'absence de contrôle territorial effectif[563].

La plupart des situations ci-dessus évoquées ont un lien avec une situation de conflit armé où le DIH est susceptible d'être appliqué. Dès lors les organes de contrôle ont ajouté au critère territorial un critère d'effectivité à la manière du DIH. Les clauses imposant une limite de juridiction, contenues dans les traités du DIDH, ont ainsi été interprétées d'une façon permettant l'application extraterritoriale des droits qui y sont garantis[564].

Il faut désormais analyser la nature des actes ou omissions attribuables à l'Etat.

Paragraphe 2 La nature des actes imputables

Le DIDH impose des obligations de faire ou de ne pas faire qui permettent d'apprécier le comportement étatique. Ainsi nous évoquerons la dichotomie entre obligations négatives (B) et obligations positives (A) qui correspond, en matière de violation de celles-ci, à la dichotomie entre fait illicite et responsabilité pour action et fait illicite et responsabilité pour omission.

[562] Cour EDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, 07 juillet 2011, §. 142.
[563] Voir Cour EDH, Öcalan c. Turquie, 12 mars 2003, §. 93 « Le requérant dès sa remise par les agents Kenyans aux agents Turcs, s'est effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevait donc de la juridiction de cet Etat aux fins de l'article 1 de la Convention même si, en l'occurrence, la Turquie a exercé son autorité en dehors de son territoire ».
[564] GAGGIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, *Op. Cit*., p. 131.

A Les obligations positives

Par obligations internationales positives on entend les obligations internationales dans lesquelles on demande à l'Etat d'accomplir certaines actions ou certaines prestations ; à savoir, obligations de faire ou obligations d'intervention. Dans le secteur des droits de l'homme, les obligations positives sont surtout envisagées comme des obligations de l'Etat de favoriser la réalisation des droits et des libertés individuelles. Relativement au droit à la vie des personnes sous sa juridiction, l'obligation positive comporte une dimension matérielle. Celle-ci comporte également plusieurs aspects comme l'obligation de protection individuelle ou d'une protection générale en faveur de l'ensemble de la population[565]. L'Etat doit également adopter les mesures générales afin de prévenir les atteintes arbitraires à la vie des personnes sous sa juridiction.

Compte tenu de l'évolution du DIDH c'est une évolution prévisible et attendue que les obligations positives des Etats deviennent désormais plus importantes, quoique plus problématiques, par rapport aux obligations négatives. Dans le passé, notamment à l'époque des droits de l'homme dits de première génération, qui étaient les droits civils et politiques, il y avait la tendance à concevoir les obligations des Etats surtout comme des obligations négatives ou d'abstention, et l'on donnait bien peu de place aux obligations positives des Etats.

Ces changements et ce regain d'importance font suite à la mutation de l'architecture des droits de l'homme. En effet ce n'est qu'à une époque plus récente qu'on a compris l'importance des obligations positives aussi dans le secteur des droits de l'homme de première génération. Mais c'est surtout avec l'importance accrue des droits de l'homme de deuxième et troisième génération qu'on a mieux compris l'importance des obligations positives imposées aux Etats. Au contraire, l'importance croissante des obligations positives des Etats en matière de droits de l'homme est une réalité incontestable, mais aussi, en même temps,

[565] Cour EDH, *Bljakaj c. Croatie*, arrêt du 18 septembre 2014, §. 120.

un défi très important pour l'avenir du droit international des droits de l'homme. En effet cela signifie que l'ordre international ne se borne pas à établir des règles sur ce que les Etats ne doivent pas faire contre les personnes humaines, mais il veut aussi établir ce que les Etats doivent faire en faveur des personnes humaines. Ainsi, il existe des obligations positives procédurales qui constituent un volet important de celles-ci, ce qui se vérifie car en cas d'atteinte à la vie l'Etat est censé prendre des mesures procédurales. « Cette dimension est le résultat d'une construction prétorienne que partage la majorité des organes de protection et s'ajoute aux obligations négatives et à l'aspect substantiel de l'obligation positive examinés ci-dessus. Il faut que l'ordre juridique national offre des moyens procéduraux utilisables par la victime ou ses ayants droits mais pour cela, encore faut-il que la lumière ait été faite sur les faits à l'origine de la violation, d'où l'importance fondamentale de l'enquête »[566]. Tout le processus d'élucidation doit être conduit de façon méticuleuse pour donner une existence effective à cette obligation. Le moindre manquement à l'un de ces éléments équivaut à une violation globale de l'obligation.

Selon le Professeur MAZZESCHI (R.P) « le problème des obligations positives relatives aux droits de l'homme est surtout intéressant du point de vue de la violation de ces obligations et donc dans l'optique du fait illicite et de la responsabilité de l'Etat. Autrement dit, le point le plus important ce n'est pas de comprendre quelles règles internationales relatives aux droits de l'homme contiennent des obligations positives imposées aux Etats ; le plus important c'est de comprendre ce que les différentes obligations positives requièrent de l'Etat pour être exécutées parfaitement. Et par conséquent comprendre si, quand et en quelles circonstances se produit exactement leur violation de la part de l'Etat »[567]. La situation se complique lorsque l'Etat tout en faisant semblant de remplir ses engagements ne se donne pas les moyens de parvenir aux résultats escomptés. En effet les obligations positives nécessitent la mise en œuvre d'une multitude de

[566] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 828.

[567] MAZZESCHI (R. P.), « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, T. 333, 2009, pp. 187-496, plus précisément p. 189.

moyens pour rendre effectives ces obligations. Dans un autre sens l'on attend la même diligence pour la mise en œuvre des obligations négatives.

B Les obligations négatives

On entend par obligations négatives celles dans lesquelles une entité s'abstient de certaines actions, à savoir, obligations de ne pas faire ou obligations de non-ingérence. Dans le secteur des droits de l'homme, où le rapport typique s'instaure entre l'Etat et l'individu, les obligations négatives sont surtout envisagées comme des obligations d'abstention à l'égard de la sphère des droits et des libertés individuelles.

Ainsi définies elles semblent être aisément déterminables notamment dans le domaine du droit à la vie, de la torture, des traitements inhumains et dégradants car l'obligation négative implique une abstention de poser l'acte ainsi prohibé. Dès lors il appartient au débiteur de telles obligations de prendre les dispositions nécessaires pour se conformer à ses obligations. Ainsi lorsqu'il violation d'obligations négatives il doit prendre des mesures positives pour faire cesser de telles violations. On arrive alors à la cohabitation d'obligations positives et négatives dans le cadre d'une même obligation rendant ainsi difficile la compréhension d'une telle distinction. S'opposant à cette vision binaire, une partie de la doctrine conteste la validité et l'utilité de cette distinction. L'on observe que dans nombre de cas la distinction entre obligations négatives et positives apparaît nuancée. Un autre auteur parle de nature relativement négative ou relativement positive ou intermédiaire des éléments qui apparaissent dans l'exécution de chaque droit de l'homme[568]. « En fait, nous ne pensons pas qu'on puisse partager ces thèses qui tendent à relativiser excessivement la différence entre obligations négatives et obligations positives. A notre avis, tout en tenant compte de ce que nous avons déjà dit à propos d'un certain relativisme des distinctions juridiques, la

[568] SHUE (H), « The Interdependence of Duties », dans ALSTON (P) et TOMASEVSKI (K) (dir.), *The Right to Food,* Dordrecht, 1984, p. 84. Voir aussi SEPULVEDA (M. M), *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Anvers, Oxford, New York, 2003, p. 124.

différence entre une conduite étatique d'action et une conduite d'omission est presque toujours claire et nette »[569].

Pour notre part, nous pensons que cette distinction est bénéfique non seulement pour une bonne compréhension de la question mais également tout aussi importante pour sa bonne mise en œuvre. Elle doit permettre de jauger la capacité du GANE à tenir ses troupes notamment pour que celles-ci ne commettent pas des exactions sommaires et extrajudiciaires. En effet dans les conflits armés, y compris ceux relevant du PA II, il peut arriver que le GANE ne dispose pas des structures pouvant lui permettre d'assumer toutes les obligations étatiques. Par exemple dans le cadre du droit à l'intégrité physique, l'obligation qui pèse sur le débiteur est négative en ce sens qu'elle l'oblige à s'abstenir d'infliger de tels traitements aux personnes relevant de sa juridiction.

Les conditions de mise en jeu de la responsabilité internationale pour violation des du DIDH mise à la charge des Etats peuvent, selon nous, être remplies par les GANE notamment dans le cadre d'un CANI soumis au PA II comme nous allons le démontrer *infra*.

Section 2 La possibilité extension aux GANE

L'applicabilité du DIDH en période de conflit armé ouvre la voie à la possibilité d'engager la responsabilité du GANE pour violation des obligations directement issues de cette branche du droit international.

Pour ce faire nous appliquerons la question en tenant compte des spécificités des GANE. Ainsi, nous évoquerons d'une part la capacité du GANE d'exercer une certaine compétence territoriale (§1) et de l'autre la compétence personnelle (§2).

[569] MAZZESCHI (R. P.), « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *Op. Cit*., p. 225.

Paragraphe 1 La compétence territoriale exercée par le GANE

Malgré des preuves évidentes de son existence, la compétence territoriale est encore plus difficilement admise que dans le cadre d'une opposition entre Etats. Ainsi nonobstant la réalité d'une telle maitrise (A), son usage est hautement sensible (B).

A La maitrise territoriale du GANE

La hantise des organes de protection des différentes conventions du DIDH est de laisser les personnes habitant ces territoires sans possibilité d'exercer des recours à la suite des violations de leurs droits.

Dans le cadre de certains CANI, surtout lorsque le PA II trouve application, le GANE dispose d'une assise territoriale qui lui permet d'exercer *de facto* certaines prérogatives étatiques. Certes l'Etat ne perd pas la souveraineté internationale sur cette partie de son territoire du fait de sa perte au profit du GANE. Mais il est évident qu'il n'est plus en mesure d'exercer son autorité cette partie de son territoire.

Dès lors le respect des dispositions du DIDH incombe donc au GANE. En effet malgré les précautions terminologiques prises, en parlant d'abus ou d'atrocités au lieu de violations du DIDH à proprement parler, il ne s'agit pas moins d'obligations à la charge des GANE qui sont des conséquences de l'application du PA II[570]. Ainsi dans l'optique d'une compétence territoriale, les violations des obligations positives et négatives doivent être imputable au GANE exerçant le contrôle sur cette portion du territoire comme cela a été le cas lors des conflits au Sri Lanka, en Côte d'Ivoire, en Colombie ou au Soudan. Dans toutes ces situations, les insurgés sont parvenus à un contrôle territorial tel qu'il leur est possible d'exercer une compétence juridictionnelle *de facto* pendant une période relativement longue.

[570] GAGGIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Op. Cit., p. 150.

Ce contrôle permet ainsi au GANE de mettre en œuvre les obligations imposées par le PAII notamment en ses Titres II et IV. Dès lors l'Etat belligérant doit être déchargé de cette responsabilité sur la partie du territoire qui échappe à son contrôle. L'application de ces dispositions se trouve faciliter par la similitude entre ces obligations et celles imposées par le DIH. En « un mot aucune personne quelle que soit sa situation, ne peut être privée de la protection juridique de ses droits de l'homme fondamentaux et auxquels il ne peut être dérogé »[571]. En conséquence, il y a lieu d'imputer au GANE, contrôlant une partie du territoire étatique, les violations commises par ses forces sur cette partie du territoire. Cependant l'acceptation d'une telle éventualité, sur le plan international, est loin d'être acquise vue l'importance la question.

B Une question extrêmement sensible

Dans le cadre d'un CANI, les Etats ont toujours tendance à nier la réalité. Dès lors il relève presque de l'impossible que de voir un Etat reconnaitre la perte d'une partie de son territoire au profit des insurgés car l'admettre équivaudrait à acter une telle réalité. Cette question devient encore plus délicate pour les instances de supervision des instruments du DIDH.

Pour celles-ci la question revêt une importance hautement sensible. Elle matérialise, peut-être, une réalité que l'Etat se force de nier et donne également un semblant d'existence internationale au GANE. Ce n'est donc pas étonnant que son usage soit non seulement parcimonieux mais également extrêmement précautionneux et uniquement en faveur d'autres entités étatiques notamment dans le cadre d'une occupation militaire[572]. En effet s'il est possible d'admettre une application extraterritoriale des instruments du DIDH, nous pensons que le même mécanisme pour être utilisé pour engager la responsabilité du GANE.

[571] SASSOLI (M) et BOUVIER (A), *Un droit dans la guerre ?* Genève, CICR, 2003, Vol. 1, p. 1864. Voir également Comm. IADH, *Détenus à Guantanamo Bay, Cuba*, décision sur la demande de mesures conservatoires, 12 mars 2002.

[572] Voir en ce sens CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 09 juillet 2004, §§. 107-113, CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, Arrêt, 19 décembre 2005, §. 216, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie,* du 18 décembre 1996, la Cour EDH §. 56.

Par ailleurs, il faut se rendre à l'évidence, dans certains conflits armés la réalité de l'emprise territoriale du GANE est incontestable et de toutes les façons le PA II lui confère déjà des obligations qui se recoupent avec des dispositions du DIDH. Dès lors la crainte d'entériner une partition territoriale ou accorder une reconnaissance internationale ou une légitimité à la lutte du GANE ne peuvent être des arguments solides pour refuser l'exercice de la compétence territoriale au GANE.

De plus la négation de la compétence territoriale ne prive pas le GANE de la possibilité d'exercer la compétence personnelle à l'égard des populations établies sur les zones qu'il occupe.

Paragraphe 2 La compétence personnelle

La compétence territoriale permet de présumer l'exercice, sur l'ensemble de ce territoire, de la compétence juridictionnelle et sur les personnes qui s'y trouvent (A). Elle se matérialise par la poursuite des violations massives des droits de l'homme par les TPI (B).

A L'exercice de la compétence personnelle

Les organes de supervision des instruments du DIDH font preuve d'une grande ingéniosité pour étendre la protection de ces instruments à des victimes de peur qu'elles se retrouvent dans une zone grise. Ainsi les Comités des droits de l'homme et contre la torture ont centré leur attention sur les personnes placées sous la juridiction et le contrôle effectif de l'État où que ce soit. Autrement dit la finalité de cette construction est la protection de la personne.

En appliquant la même logique à des GANE, agissant dans le cadre d'un CANI soumis au PA II, celui-ci est obliger d'assurer, dans la partie qu'il contrôle, le respect des droits et des libertés garantis par les instruments du DIDH applicables. Cette obligation est donc une conséquence du contrôle qu'il exerce sur la région[573]. Dès lors il est tenu à l'égard des personnes qui y sont établies.

[573] Cour EDH, *Loizidou c Turquie*, arrêt du 23 mars 1995, §. 62.

Cette compétence personnelle, résultant de la capacité à violer les droits des individus, doit ouvrir la voie à la mise en cause de la responsabilité. Malheureusement, et c'est le cas dans beaucoup de CANI, les violations des droits fondamentaux de la personnes sont tellement massives qu'il est difficile de les ignorer. Dès lors la compétence personnelle devient une réalité indéniable et les violations doivent être mises à la charge du GANE car elles ont lieu sur la portion de territoire sous son contrôle et commises par ses forces.

En reprenant la même logique que nous avons développé plus haut à propos du DIH, nous pensons que les GANE, doit assumer les agissements de leur troupes sur le terrain. Ainsi ils doivent répondre, comme cela devrait l'être pour le DIH aussi, internationalement de toutes ces violations.

B La poursuite internationale des violations massives des droits de l'homme

Depuis le renouveau des TPI, la prise en compte des violations du DIDH dans le cadre des conflits armés est devenue une réalité malgré l'absence de responsabilité pénale internationale dans les instruments du DIDH. Le TPIY, dont le statut ne contient aucune référence au DIDH, a commencé par dire que les instruments du DIDH ont fortement contribué à éroder le concept de souveraineté dans les CANI et que ce dernier ne peut plus, en conséquence, être invoqué pour empêcher la poursuite des violations graves des droits de l'homme[574]. Ainsi l'absence de souveraineté internationale d'un GANE sur la partie du territoire qu'il contrôle ne saurait être un obstacle infranchissable pour la mise en cause de sa responsabilité internationale pour violation du DIDH.

De plus dans le conflit en Ex-Yougoslavie, où l'œuvre des GANE a été particulièrement meurtrière, le TPIY s'est fréquemment inspiré du DIDH en ce qui concerne la torture, les traitements inhumains comme crimes de guerre et crime

[574] Voir TPIY, *Le Procureur c. Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 02 octobre 1995 §§. 55 et 58.

contre l'humanité[575]. Dans le contexte des crimes contre l'humanité, la référence a été plus abondante et comme le remarque monsieur CURRAT (P), ils ont été moulés sur les droits de l'homme[576]. Aussi dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*, la CPI le déclare coupable pour avoir recruté et enrôlé des enfants de moins de 15 ans et pour les avoir fait participer activement aux hostilités. Pour ce faire la CPI a fait référence à certains instruments internationaux relevant du DIDH interdisant le recrutement de mineurs d'un certain âge[577]. Globalement, les références au DIDH concerne plus les crimes contre l'humanité compte tenu des liens qu'ils entretiennent particulièrement ceux relatifs au DIDH.

Certaines de ces violations flagrantes et graves du DIDH présentent une gravité telle qu'elles doivent être imputables au GANE car elles ne peuvent, objectivement, être l'œuvre de personnes individuelles sans réelle coordination entre elles. Il en est de même pour les actes de génocide et certains crimes contre l'humanité. Comme nous l'avons fait pour le DIH, nous pensons que rien ne s'oppose à une mise en cause de la responsabilité internationale d'un GANE pour violation du DIDH.

En réalité ici plus qu'ailleurs, notamment compte tenu de l'extrême sensibilité de la matière, les lignes ne vont pas bouger de sitôt car les Etats n'en veulent pas. Même dans le Statut de la CPI, qui semble offrir la définition la plus complète et la plus actuelle des crimes internationaux et dont les composantes sont essentiellement des violations du DIDH, la prise en compte de cette réalité n'a commencé à être amorcée.

---

[575] Voir TPIY, *Le Procureur c. Furundzija,* 10 décembre 1998, §§. 143 et suivants, TPIY, *Le Procureur c. Celebici*, 16 novembre 1998, §§. 462 et suivants, TPIR, *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, 21 mai 1999, §. 622.

[576] CURRAT (P), *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, Genève/ Zürich/ Bâle, Schulthess, 2006, 806p, plus précisément p. 745 et suivant.

[577] Voir *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, décisions sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §§. 245 et 310 ; Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Chambre de première instance, 14 mars 2012.

CONCLUSION

Pendant longtemps le principe de territorialité est un des éléments clefs de l'application du DIDH. Cette conception repose sur l'idée que les titulaires de droits de l'homme que l'État a l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre ne peuvent être que les personnes vivant sur son territoire, parce qu'elles sont placées directement sous sa juridiction. Le DIDH est donc considéré comme essentiellement territorial. Mais depuis quelques années l'œuvre progressiste des organes de supervision des instruments du DIDH a permis de relativiser la vision rigoriste de cette branche du droit international. Ainsi l'on doit pouvoir envisager la responsabilité directe du GANE pour violation du DIDH. Pour ce faire, en nous référant aux notions de compétences personnelle et territoriale, nous avons pu tracer le cadre dans lequel un GANE peut être susceptible d'engager sa responsabilité pour violation du DIDH. Mais pour le moment cela fait face à un rejet qui est loin d'être remis en cause.

TITRE 2 : Des éléments d'une responsabilité internationale des Groupes Armés Non Etatiques

La théorie de la responsabilité internationale est en crise à la fois pour des raisons théoriques et pour des raisons pratiques[578]. Le droit de la responsabilité internationale cache en vérité les profondes mutations de la Communauté Internationale contemporaine et ses contradictions reflètent celles de cette Société. Ces dernières font que la question de la responsabilité directe du Groupe Armé Non Etatique a, le plus souvent, été traitée sous l'angle de la responsabilité de l'Etat. Et sur ce point, les solutions sont connues. D'une part, l'Etat n'est responsable des violations commises par les insurgés que si ces derniers réussissent à prendre le pouvoir[579]. Dans le cas contraire, leurs actes sont assimilés à ceux de particuliers et ne sont pas imputables à l'Etat[580]. D'autre part, si l'insurrection triomphe, l'Etat est responsable non seulement des faits commis par l'ancien gouvernement, mais aussi de ceux commis par les insurgés[581].

Pour nous cette logique, qui est admise de façon constante, est discutable car elle nous parait incohérente[582]. En effet il peut arriver que le mouvement

[578] VIRALLY (M), « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*., Tome 183, 1983-V, p.225.
[579] Voir, CIJ, *Affaire relatif au Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran*, *Etats-Unis c. Iran*, 24 mai 1980, §§. 56-68.
[580] Voir, CPJI, *Affaire Solis, Etats-Unis c. Mexique*, 3 octobre 1928.
[581] Voir les articles 14 et 15 du *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats*, *Annuaire CDI*, 1975, II, pp. 97 et suivants. Ce projet a été écarté par le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement* adopté lors de la 53e session de la CDI en 2001.
[582] DAVID (E), « si la responsabilité de l'Etat est fondée sur le comportement de ceux qui prétendent le représenter, l'Etat devrait répondre des faits imputables au gouvernement comme aux insurgés même si ceux-ci ne triomphent pas, puisqu'à l'instar du gouvernement, les insurgés se considèrent comme les représentants légitimes de l'Etats ou de la partie d'Etat qu'ils contrôlent : on pourrait supprimer l'article 14 et ne conserver que l'article 15 du projet de la CDI, lequel article s'appliquerait quel que soit le vainqueur. On éviterait ainsi de faire deux poids deux mesures selon que l'insurrection l'emporte ou non. Si au contraire, on estime que la responsabilité de l'Etat repose sur ceux qui le représentent réellement, la présomption de représentativité devrait découler de l'effectivité, c'est-à-dire, celle du vainqueur : l'Etat ne devrait répondre que des faits commis par la partie triomphante, gouvernement et insurgés : on conserverait l'article 14 et l'on supprimerait

insurrectionnel n'accède pas au pouvoir tout en ayant une parfaite maitrise d'une partie du territoire pendant une longue durée[583]. Il faut par conséquent solder ce cas car « les organes qui font partie des structures du mouvement insurrectionnel et qui agissent en son nom ne sont à aucun titre des organes de l'Etat (…), mais en tant qu'organes d'un mouvement insurrectionnel, ils peuvent adopter des comportements susceptibles d'engager la responsabilité internationale du mouvement insurrectionnel lui-même »[584].

A diverses occasions, il a été rappelé aux GANE leur responsabilité à la suite de violations du droit international par leurs membres. Mais les mesures prises sont en décalage avec la gravité des actes que ceux-ci sont soupçonnés d'avoir commis. Nous pensons qu'il est possible, même en l'état actuel, de poser les jalons de la mise en cause de la responsabilité internationale directe des GANE. Ainsi, nous préciserons les contours de cette responsabilité (Chapitre 1) avant d'apporter correctifs indispensables pour une mise en œuvre efficace de cette responsabilité (Chapitre 2)

l'article 15 (…) », *Principes du droit des conflits armés*, 5e édition, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 740, note de bas de page n°3.

[583] On peut citer à titre d'exemple le Hezbollah libanais, toujours actif depuis sa création en 1982, les FARC avant les accords de paix de La Havane de 2016, ayant mis fin à une insurrection qui a duré 53 ans, ou les tigres Tamouls du LTTE au Sri Lanka créé en 1976 avant leur défaite de 2009, tous ces mouvement se sont distingués par leur longue durée de vie sans pour autant parvenir à prendre les rênes du pays.

[584] *Annuaire CDI*, 1975, II, pp. 109 et suivants, cette position a été confirmée en seconde lecture, (*Rapport CDI,* 2001, doc. ONU A/56/10, fr., p. 125) mais n'a pas été intégrée dans le projet d'articles car le thème portait sur la responsabilité des Etats. Ce projet a été écarté par le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement* adopté lors de la 53e session de la CDI en 2001.

CHAPITRE 1 : Les contours de la responsabilité internationale du Groupe Armé Non Etatique

Parce que les sociétés évoluent, le droit les accompagne. C'est son dessein le plus fondamental. Pourtant, pour des raisons contestables que nous évoquions depuis le début de notre étude, les Etats rechignent encore à inclure les Groupes Armés Non Etatiques (ci-après GANE) dans l'espace juridique international. En effet comme le dénonce le professeur CLAPHAM (A) « l'approche traditionnelle, selon laquelle le droit international exclut les acteurs armés non étatiques de la liste des sujets qui lui conviennent, n'est pas seulement inutile, mais également dangereuse »[585].

Initialement hors du champ du droit international, car non sujets de droit et par conséquent étrangers à toute conclusion de traité, ces GANE incarnent une réalité de plus en plus pressante qui ne peut plus, décemment, échapper aux mécanismes permettant d'assurer le respect des droits de l'homme comme du DIH. Dès lors la question se complexifie lorsqu'elle tend à établir la responsabilité internationale des GANE eux-mêmes. En effet un schéma logique de la responsabilité internationale, fondé sur un acte illicite, l'imputation à un sujet du droit international, un dommage et la réparation, a été élaboré[586]. Le Professeur REUTER (P) considère que « cette unité de la théorie de la responsabilité internationale est une des conquêtes les plus précieuses du droit international ; elle doit donc être maintenue »[587]. Mais cette époque où le droit de la responsabilité se présentait en un bloc unitaire semble révolue. L'expansion du domaine de la responsabilité internationale apparait sous une forme plus perfectionnée mais éclatée, notamment dans certains domaines comme la responsabilité des Etats, des

[585] CLAPHAM (A) , « The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement », 2010, p.3. Disponible sur SSRN : http://ssrn.com/abstract=1569636, (dernière consultation le 15 août 2016), notre traduction.
[586] « C'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer », C.P.J.I, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, 13 septembre 1928.
[587] REUTER (P), « Principes de droit international public », *RCADI*, Tome 103, 1961-II, p.585.

organisations internationales, des individus ou la responsabilité pour violation des droits de l'homme.

Pour nous, en empruntant les outils déjà disponibles pour l'engagement de la responsabilité d'un sujet de droit international, il serait possible de fonder la responsabilité internationale du GANE. En effet, il faut deux éléments pour mettre en jeu la responsabilité en droit international à savoir le fait illicite et l'imputabilité à un sujet du droit international. Nous évoquerons successivement l'acte illicite (Section 1) et l'imputation à un sujet du droit international (Section 2).

Section 1 Le fait illicite : La violation d'une obligation internationale du GANE

Vouloir engager la responsabilité internationale du GANE implique pour nous de démontrer l'existence d'obligations, issues du DIH et du DIDH, directement à sa charge car comme l'a reconnu le Tribunal Special pour la Sierra Leone « Il est bien établi que toutes les parties à un conflit armé, qu'elles soient des États ou des acteurs non étatiques, sont liées par le droit international humanitaire, même si seuls les États peuvent devenir parties à des traités internationaux »[588]. Notre démarche vise à démontrer le fondement des obligations pesant sur le GANE, c'est-à-dire prouver que ce dernier est, directement ou indirectement, lié par les dispositions du DIH et du DIDH applicables aux CANI sans l'intermédiaire de l'Etat. En effet comme le souligne KLEFFNER (J. F), « les réponses apportées dépendront des arguments avancés pour expliquer quelles règles sont applicables ou non, ce qui, à son tour, déterminera quelle conduite engage la responsabilité collective d'un groupe armé organisé (…) »[589].

Tout comportement du GANE n'engage pas sa responsabilité. Cette dernière ne sera engagée que si l'acte, consistant en une action ou omission constitue une violation d'une obligation internationale. En d'autres termes, il y a inconformité

[588] TSSL, *Le Procureur c. Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72, 31 mai 2004, §. 22, notre traduction.
[589] KLEFFNER (J.F), « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *RICR*, Volume 93, 2011, p.142.

entre le fait du GANE et ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle qu'en soit l'origine ou la nature. L'obligation peut donc être établie par une norme coutumière, conventionnelle, voire aussi par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international (§1). Cette démarche est aussi valable pour le DIDH (§2)

Paragraphe 1 La justiciabilité du DIH à l'égard du GANE

Les GANE sont doublement liés par le DIH. Ils le sont non seulement au titre du droit conventionnel (A), mais aussi au titre du droit coutumier (B)

A Les différents modes d'engagement du GANE

Les GANE peuvent être liés par le droit conventionnel par deux canaux différents. D'un côté ils peuvent l'être par le biais des conventions internationales (2) et de l'autre ils le sont par le biais d'un accord exprès de leur part (1).

1 Une justiciabilité découlant du consentement exprimé par le groupe rebelle

A l'heure actuelle c'est le moyen le plus sûr, juridiquement, pour lier un GANE. En effet, qu'il s'agisse de déclarations unilatérales, d'accords *ad hoc* ou de code de conduite, la théorie selon laquelle un GANE peut être lié par l'expression de son consentement à des normes de DIH est sans doute l'une des plus à même d'assurer l'effectivité de ce droit[590]. Dès lors que les GANE ne peuvent juridiquement négocier et signer un Traité, elle est une voie très efficace visant à les intégrer dans un processus d'adhésion aux normes du DIH. Une telle possibilité est expressément abordée par l'article 3 commun lorsqu'il affirme que : « les Parties au conflit

[590] Voy. Par exemple Declaration of 23 May 1968 in Kampala by the rebel Biafran authorities ; Declaration of 16 June 1977 by Joshua Nkomo of the African National Congress and the Zimbabwean African People's Union (ANC-ZAPU); Declaration of 8 September 1977 by Ndabaningi Sithole of the African National. Congress (ANC, Zimbabwe); Declaration of 23 September 1977 by Bishop Muzorewa of the United African National Council (UANC); Declaration of 25 July 1980 by the Uniao National para a Independencia Total de Angola (UNITA); Declaration of 28 November 1980 by the African National Congress (ANC, South Africa); Declaration of the South West Africa People's Organization (SWAPO); UNITA (Angola) Declaration of 5 April 1988; Declaration in June 1988 by John Garang (Sudan); Declaration of 6 October 1988 in Geneva by SWAPO; Declaration of the Rwandese Patriotic Front of 22 October 1992.

s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention ». Cette pratique est désormais admise même si des conditions drastiques encadrent sa mise en place.

Le TPIY a déclaré, concernant les accords *ad hoc*, qu'il « est autorisé à appliquer, outre le droit international coutumier, tout traité qui : i) lie incontestablement les Parties à la date de la commission du crime ; et ii) ne s'oppose pas ou ne déroge pas aux normes impératives du droit international, comme dans le cas de la plupart des règles coutumières du droit international humanitaire »[591]. Il est donc admis que le GANE s'engage à respecter toute convention du DIH. Cette possibilité élargit substantiellement la base du droit applicable et lie ainsi le GANE à une multitude de conventions. Dès lors, toutes les fois que les membres du GANE violent ces obligations, le fait internationalement illicite est constitué et si ces faits lui sont imputés, sa responsabilité peut ainsi être engagée. Cette capacité, du GANE, à se lier par le DIH a un fondement coutumier comme semble l'affirmer la Commission d'enquête sur le Darfour. Selon elle les mouvements en lutte contre le gouvernement soudanais « possèdent, au regard du droit international coutumier, la capacité de conclure des accords contraignants aux yeux du droit international et ont, avec le gouvernement, conclu divers accords de ce type aux termes desquels ils se sont engagés notamment à respecter le droit humanitaire »[592]. Malgré les risques de manipulation de la part du GANE, ces pratiques sont bénéfiques dans le cadre d'un engagement de la responsabilité du GANE.

Nous ne sous-estimons pas le fait que le GANE puisse déguiser sous cette opération une véritable action de communication visant à polir ou redorer une image qui serait déjà fortement écornée sur le terrain. Mais assez logiquement, un GANE en quête de légitimité qui prend pareil engagement aura davantage tendance à le respecter, en pratique, beaucoup plus que si les mêmes règles lui sont imposées alors même qu'il n'a pu contribuer à leur conception. En effet l'on espère que l'inclusion des GANE dans le développement et l'accroissement des instruments

[591] TPIY, *Le Procureur c. Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, §143.
[592] *Rapport sur la Commission internationale d'enquête sur le Darfour*, *Op. Cit*., §§. 173-174.

contraignants peut priver ceux-ci des arguments qu'ils utilisent pour justifier leur manquement. Il faut le souligner, ces engagements peuvent « donner une indication sur les points de vue des groupes armés sur les normes humanitaires et constituer un point de départ utile pour engager le dialogue avec les groupes armés sur des questions humanitaires »[593].

Dans la pratique, il est plus facile d'obtenir le respect d'un droit par l'engagement de la volonté de celui à qui l'on s'adresse, plutôt que d'invoquer des théories juridiques parfois complexes. En effet dans le cadre d'une insurrection, les GANE se battent aussi bien sur le front que sur les médias pour essayer de justifier et légitimer leur cause.

Dans certains cas, les groupes armés peuvent même souhaiter être perçus comme étant plus respectueux des normes internationales que l'État contre lequel ils se battent. Ainsi lors de la seconde rencontre des signatures de l'Acte d'engagement de l'Appel de Genève sur les mines terrestres anti personnelles, Madame ITTO (A), adjointe au secrétaire général du Sudan People's Liberation Movement (ci-après SPLM), explique que l'image est importante pour les groupes armés[594]. Selon Mao Tsé-toung, ne pas traiter l'adversaire correctement le renforce plus que cela ne l'affaiblit : « Nous avançons notre mission qui consiste à détruire l'ennemi en faisant de la propagande parmi ses troupes, en traitant ses soldats que nous avons capturés avec considération et en prenant soin de ses blessés qui tombent entre nos mains. Si nous échouons dans ces domaines, nous renforçons la solidarité chez

[593] SIVAKUMARAN (S), « Lessons for the law of armed conflict from commitments of armed groups : identification of legitimate targets and prisoners of war », *International Review of the Red Cross*, Volume 93, n°882, juin 2011, pp. 463-482, notre traduction.

[594] BANGERTER (O.), « Les raisons pour les groupes armés de choisir de respecter le Droit international humanitaire, ou pas. », *International Review of the Red Cross,* Vol. 93, N° 882, juin 2011, pp. 353-384. Selon la représentante de ce mouvement, celui-ci a réalisé à un certain moment de sa lutte qu'il ne pouvait pas à la fois proclamer qu'il luttait pour la population du Soudan et ne pas les protéger, y compris contre ses propres troupes. Elle a ensuite affirmé que le SPLM s'est engagé publiquement à respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme pour cette raison et a pris des mesures dans ce sens. La plupart des groupes armés pensent que leur but, leur raison de mener un combat, doit bénéficier à leur pays, à leur peuple et/ou à la population en général.

l'ennemi »[595]. Pour y parvenir, ils sont généralement enclins à s'engager à respecter les conventions internationales[596] malgré les réticences étatiques[597].

Malgré celles-ci, l'engagement des GANE à se lier à d'importantes dispositions du DIH permet de renforcer la couverture juridique des CANI car elle permet de les engager plus que ne le font les dispositions conventionnelles.

A ce niveau le GANE contracte une obligation internationale dont la violation constitue en même temps une infraction au droit des conflits armés. Cette opération peut également se réaliser en ce qui concerne les dispositions du DIH conventionnel.

2 Une justiciabilité directement issue du droit des dispositions des conventions du DIH

Depuis la reconnaissance internationale de 1949, par l'article 3 commun, les GANE doivent assumer des obligations qui leur sont imposées sans qu'ils ne soient parties à ces conventions. Ainsi logiquement, une conformité des GANE avec le DIH présuppose que ceux-ci sont liés par ce dernier[598]. Dans le cadre de ses activités hostiles, le GANE est donc tenu de se conformer aux dispositions du DIH applicables en la matière. Contrairement aux dispositions du droit national qui incriminent l'insurrection, celles applicables aux conflits armés répriment les violations de ses prescriptions. Ainsi la simple participation aux hostilités n'est pas interdite par le droit international. Pour fonder la justiciabilité du DIH conventionnel aux GANE, plusieurs théories ont été élaborées en ce sens.

[595] Cité d'après BANGERTER (O.), « Les raisons pour les groupes armés de choisir de respecter le Droit international humanitaire, ou pas. », *op. cit.,* p. 368.
[596] RYNGAERT (C.), « Human Rights Obligations of Armed Groups », *Revue belge de droit international,* 2009, pp. 355-381.
[597] CLAPHAM (A.), « Extending the International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups », *Journal of International Criminal Justice,* 2008, p. 924.
[598] SASSÒLI (M.), « Taking armed groups seriously : ways to improve their compliance with international humanitarian law », *International Humanitarian Legal Studies,* Vol. 1, 2010, p. 12.

Depuis le bouleversement de 1949, le DIH est largement codifié par les Quatre Conventions de Genève[599] ainsi que ses deux Protocoles Additionnels de 1977[600]. Selon ces textes, et plus précisément la partie qui s'applique aux CANI, il ne peut y avoir aucun doute que les GANE sont tenus de le respecter, étant donné que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève s'adresse à « chacune des Parties au conflit ». Ainsi l'affirmation selon laquelle les GANE sont tenus de respecter les dispositions de l'article 3 commun se fonde sur une combinaison entre la ratification universelle des conventions de Genève et l'acceptation par toutes les parties de leur consolidation en droit international[601]. D'autres théories ont également été évoquées pour fonder la justiciabilité du DIH à l'égard des GANE.

Si les Conventions elles-mêmes imposent directement des droits et des obligations aux individus et aux GANE, le Conseil de sécurité de l'ONU a également affirmé à plusieurs reprises que toutes les parties à un conflit armé sont tenues de se conformer à leurs obligations en DIH et en particulier, celles prévues par les Conventions de Genève[602]. Le Conseil de Sécurité des Nations Unies présume donc que ces acteurs non-étatiques ont des obligations en droit international directement à leur charge. Selon certains auteurs, l'effet direct de telles règles permettrait de justifier leur caractère obligatoire vis-à-vis des acteurs non-étatiques[603]. Cependant, cette théorie de l'effet direct pose des problèmes sur le plan de l'effectivité. En effet, elle ne permet pas de légitimer aux yeux des GANE le fait que des dispositions conventionnelles leur soient imposées par l'ordre

[599] La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, (Convention de Genève I) ; La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armés sur mer du 12 août 1949, (Convention de Genève II) ; La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, (Convention de Genève III) ; La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, (Convention IV).
[600] Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 1977 (Protocole I) et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 aout 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux, 1977 (Protocole II).
[601] CLAPHAM (A) , « The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement », *Op. Cit*., p. 8.
[602] Exemple : Résolution 1214 (1998), 8 décembre 1998, préambule, paragraphe 12 , par rapport à l'Afghanistan.
[603] D'ASPREMONT (J.) et DE HEMPTINNE (J.), *Droit international humanitaire,* Pédone, Paris, 2012, p. 99.

international. Cette difficulté se retrouve également au niveau de la théorie de la compétence législative.

Selon celle-ci, l'État qui ratifie une convention de DIH agit au nom et pour le compte de tous ceux qui sont assujettis à son pouvoir, y compris les personnes susceptibles de s'insurger ou de se rebeller contre lui[604]. L'engagement pris par un État s'applique non seulement au gouvernement mais aussi à toutes les personnes morales et privées sur le territoire national de cet Etat et, leur impose des obligations. Autrement dit, l'État engage *ipso facto* tous ses administrés[605]. Selon les auteurs[606] qui prônent la théorie de la compétence législatives, les Etats voudraient que cette compétence « englobe le droit de leur imposer des obligations qui découlent du droit international, même s'ils prennent les armes contre cet État ou contre d'autres GANE en son sein »[607]. Cette théorie est potentiellement dangereuse car le risque de son rejet est grand. Le GANE peut être tenté de rejeter et violer allègrement les dispositions du DIH en les confondant avec l'ordre étatique qu'il combat. Pour nous, les questions d'effectivité ne doivent pas primer sur celles de légitimité. Plus le GANE se sentira lié par les dispositions et mieux il les respectera car, les acteurs non-étatiques rejettent généralement l'ordre juridique interne en place, qu'ils combattent d'ailleurs par des moyens que celui-ci n'autorise guère. Partant, il est vain d'essayer de justifier le respect d'obligations de DIH par le truchement du droit interne.

Une autre approche, souvent défendue en doctrine, est celle dite du gouvernement de fait ou de l'effectivité[608]. Elle revient à affirmer que, dès l'instant où il contrôle une partie du territoire national, un GANE constitue un gouvernement de fait et est, par conséquent, tenu de respecter les conventions du

[604] SIVAKUMARAN (S.), « Binding Armed Opposition Groups », *International and Comparative Law Quarterly,* 2006, pp. 369-394.
[605] D'ASPREMONT (J.) et DE HEMPTINNE (J.), *Droit international humanitaire, op.cit.,* p. 98.
[606] MOIR (L), *The Law of Internal Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 53-54 ; SIVAKUMARAN (S), « Binding armed opposition groups », *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 55, 2006, pp. 381-393.
[607] KLEFFNER (J.F), « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *Op. Cit*., p. 141.
[608]

droit humanitaire le concernant[609]. Un groupe armé qui exerce un tel contrôle sur une partie du territoire peut exercer des prérogatives incombant à la puissance publique, qui sont d'ailleurs nécessaires pour mettre en œuvre certaines obligations humanitaires, notamment en matière de détention ou de répression. Un des problèmes de cette théorie est que pour considérer qu'un GANE exerce *de facto* des fonctions gouvernementales, il lui faut au moins exercer un contrôle relativement stable sur une partie du territoire de l'État et un contrôle sur des personnes et qu'il existe en plus en son sein des organes pouvant remplacer ceux de l'État dans l'exercice de l'autorité publique. Ce type de situation devrait être assez proche de situations qui atteignent le seuil élevé d'applicabilité du PA II. Comme on le sait, c'est un seuil qui n'est pas toujours atteint dans les CANI. S'il ne l'est pas, l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales ne peut pas être invoqué pour démontrer la justiciabilité du DIH aux GANE. Néanmoins, lorsqu'un tel contrôle est établi et que le PA II trouve à s'appliquer, il devient fondamental et indispensable que cela entraine des conséquences à l'égard du GANE. Ce dernier doit donc respecter les obligations qu'imposent cet instruments et ce sur toutes les parties du territoire qui sont sous son contrôle et à l'égard des personnes qui y vivent. La violation de ces prescriptions doit ouvrir la voie à la mise en cause de la responsabilité du GANE.

Dans la même logique, le GANE devient également débiteur des obligations qu'il aurait eu à assumer s'il était lui-même au pouvoir puisque son ambition est de renverser le pouvoir en place. Cette conception se fonde sur le principe dit du rebelle triomphant selon lequel l'État est responsable pour les faits internationalement illicites accomplis par des rebelles qui en deviennent le gouvernement[610]. Si tel est le cas, selon les tenants de cette théorie, il serait logique que ces rebelles soient liés par le DIH dès le moment où ils engagent une lutte armée pour accéder au pouvoir. Cette construction théorique est demeurée peu répandue. Certains contestent cette théorie et ne voient pas comment on

[609] CLAPHAM (A.), « Human Rights obligations of non-state actors in conflict situations », *International Review of the Red Cross,* Vol. 88, N° 863, septembre 2006, p. 491.
[610] Voir l'article 10, *Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, 2001.

pourrait déduire logiquement des desseins d'un GANE ou de la règle du « rebelle triomphant », bien connue du droit international, une base juridique sérieuse pour obliger ce groupe à respecter le DIH. Dans cette optique, certains soutiennent que de tels droits fondamentaux doivent être respectés par tous les acteurs concernés par un conflit armé, qu'ils soient étatiques ou non, indépendamment de leur consentement. Il en résulterait qu'en cherchant à s'emparer de tout ou partie du territoire d'un État ou de son pouvoir, un groupe ne saurait priver les individus qui sont placés sous son autorité des droits essentiels que ceux-ci tirent directement des conventions de droit humanitaire[611].

Pour nous cette règle « du rebelle triomphant » vise *in fine* à faire reposer sur l'Etat la responsabilité d'actes commis par un GANE. Or nous, nous défendons la thèse selon laquelle le GANE doit assumer les conséquences de ses agissements. C'est pour cette raison que nous le rejetons car étant inadaptée.

Qu'ils acceptent directement, par le biais d'accords spéciaux *ad hoc*, ou indirectement, par la voie des conventions du DIH en vigueur, la justiciabilité du droit des conflits armés à l'égard des GANE permet de poser le premier jalon d'une construction qui a tout autant besoin du fondement coutumier de la justiciabilité du DIH à l'égard du GANE.

B Le fondement coutumier de la justiciabilité du DIH à l'égard des GANE

S'il est difficile pour un traité de lier d'autres organes que ceux l'ayant ratifié en l'absence d'une acceptation expresse, la coutume, elle, joue un rôle prépondérant dans l'attribution d'obligations susceptibles de lier des GANE et d'entraîner leur responsabilité. Contrairement au droit conventionnel, la coutume émane d'une pratique générale acceptée comme étant le droit. En matière de CANI, les règles issues du droit coutumier sont beaucoup plus détaillées que celles du droit conventionnel.

[611] RASULOV (A.), « Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties : Is there a Case for Automaticity? », *European Journal of International Law,* 2003, pp. 141-170.

Parmi les nombreux principes dégagés par le CICR, un se réfère au respect du DIH et édicte que « chaque partie au conflit doit respecter et faire respecter le DIH par ses forces armées ainsi que par les autres personnes ou groupes agissant en fait sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle »[612]. Il y aurait donc une obligation émanant du droit international coutumier dans le chef des GANE de se conformer aux prescriptions du DIH qui leur sont applicables. Ce principe fut d'ailleurs, comme le rappelle le CICR, reconnu à plusieurs reprises par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale et la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme. Dès lors, « la coutume peut être opposable au-delà des États, non seulement aux groupes d'opposition armés, mais également à d'autres acteurs et individus non étatiques »[613].

Il ne fait plus de doute maintenant que les prescriptions de l'article 3 commun aux conventions de Genève reflètent intégralement le droit international coutumier. Dans le même ordre d'idée, une liste a été adressée, au sein du Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, au Secrétaire général des Nations Unies. Si seules les « règles coutumières gouvernant les conflits armés internes qui trouvent application dans le conflit armé dont le Darfour est actuellement le théâtre »[614] sont répertoriées, il n'empêche qu'elles trouvent à s'appliquer dans pratiquement toutes les situations de CANI. Les règles sont les suivantes :

> « a) Distinction entre combattants et civils et protection des civils, notamment des atteintes à la vie et à l'intégrité de la personne, du meurtre en particulier (cette règle a été réaffirmée dans certains accords conclus par le Gouvernement soudanais avec les rebelles;
>
> b) Interdiction des attaques délibérées contre les civils ;
>
> c) Interdiction des attaques aveugles contre les civils, même s'il se trouve parmi eux quelques éléments armés ;

[612] HENCKAERTS (J-M) et DOSWALD-BECK (L), *Droit international coutumier*, Vol. 1, *Op. Cit*., p. 651.
[613] BETHLEHEM (D), *«* The methodological framework of the study *»,* in WILMSHURST (E) et BREUA (S), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 3-14*.*
[614] *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour* au Secrétaire Général des Nations Unies du 25 janvier 2005, § 166.

d) Interdiction des attaques visant à répandre la terreur parmi les civils ;

e) Interdiction de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ;

f) Interdiction des attaques contre des biens de caractère civil ;

g) Obligation de prendre des précautions pour minimiser les pertes et dommages indirects causés par ces attaques, chaque partie devant faire tout son possible pour veiller à ce que les cibles soient des objectifs militaires et choisir des moyens ou méthodes de combat qui minimisent les pertes civiles ;

h) Obligation de veiller à ce que les attaques d'objectifs militaires ne causent pas indirectement à la population civile des pertes disproportionnées par rapport à l'avantage militaire escompté ;

Interdiction de causer des destructions et des dégâts non justifiés par des nécessités militaires ;

j) Interdiction de détruire des objets indispensables à la survie de la population civile ;

k) Interdiction d'attaquer des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses ;

l) Protection des biens culturels et des lieux de culte ;

m) Interdiction des transferts forcés de population ;

n) Interdiction de la torture et de toute peine ou traitement cruel ou inhumain ;

o) Interdiction des atteintes à la dignité des personnes, en particulier des traitements humiliants et dégradants, dont le viol et les violences sexuelles ;

p) Interdiction de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ;

q) Interdiction d'infliger des mauvais traitements aux combattants ennemis hors de combat et obligation de traiter humainement les combattants ennemis capturés ;

r) Interdiction de prononcer des condamnations et de procéder à des exécutions sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par la communauté mondiale ;

s) Interdiction des châtiments collectifs ;

t) Interdiction de la prise d'otages ;

u) Interdiction des actes de terrorisme ;

v) Interdiction du pillage ;

w) Obligation de protéger les blessés et les malades ;

x) Interdiction d'employer des enfants de moins de 15 ans dans les hostilités armées »[615].

La thèse selon laquelle la coutume lie également les GANE se fonde sur le postulat selon lequel le DIH a un caractère contraignant à leur égard indépendamment de leur volonté ou même contre leur volonté. L'incertitude entourant la prise en compte de la pratique des GANE[616], comme pratique nous conduit à chercher de nouveaux moyens d'inciter ces groupes armés à se conformer non seulement au DIH mais aussi aux dispositions du DIDH.

Paragraphe 2 La justiciabilité du DIDH à l'égard du GANE

La même logique utilisée pour lier les GANE en DIH peut être reproduite à ce niveau pour les lier au DIDH notamment par le biais des accords spéciaux ou des codes de conduites par lesquelles ils s'engagent à respecter les dispositions du DIDH. Ainsi à ce niveau nous évoquerons le droit coutumier (A) et le *jus cogens* (B) pour démontrer la justiciabilité du DIDH à l'égard des GANE.

A L'apport du droit coutumier

Le DIDH est une branche du droit international essentiellement écrite qui laisse peu de place au droit non-écrit, contrairement au DIH. En effet, historiquement et contrairement au DIH, les DH ont été pendant longtemps considérés comme applicables aux seuls Etats. On constate dès lors que les traités, excepté à de très rares occasions, ne s'adressent pas à ces groupes même si cette position

[615] Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général du 25 janvier 2005, §. 166.
[616] HENCKAERTS (J-M) et DOSWALD-BECK (L), Droit international humanitaire coutumier Vol. I : règles, Op. Cit., p. LII.

commence à être adoucie[617]. Pour lier les GANE, ceux-ci doivent utiliser le canal des accords spéciaux comme ils le font pour les dispositions du DIH qui ne leur sont pas spécifiquement dédiés. Ces accords spéciaux ont vocation à provoquer l'application des dispositions du DIDH plus larges que les droits indérogeables, ces derniers s'appliquant *ipso facto* aux CANI sans même le consentement des GANE. Mais depuis un certain temps, l'approche est en pleine mutation.

Depuis quelques années l'on a constaté que des conventions, qui même si elles ne sont pas directement adressées aux GANE, « ont commencé à élaborer leur propre terminologie pour les acteurs armés non étatiques et ces termes ne dépendent pas des critères relativement exigeants énoncés dans le droit international humanitaire. Rien n'indique que le groupe doive être aussi organisé ou s'engager dans le niveau de violence requis pour pouvoir être considéré comme une « partie au conflit » au regard du droit international humanitaire »[618].

Pour pallier l'inexistence d'un consentement des GANE à ces instruments l'apport de la coutume au DIDH devient crucial car « la situation des groupes armés au regard du droit international des droits de l'homme reste au mieux incertaine et au pire inexistante »[619]. En matière de conflit armé les renvois au règles coutumières commencent à prendre une certaine ampleur. En utilisant « un néologisme, coutumiérisation, emprunté au Professeur PELLET[620] et qui renvoie à l'idée avancée par certains auteurs et organes de protection, selon laquelle les droits de l'homme ou à tout le moins une partie d'entre eux n'auraient pas uniquement une source conventionnelle mais également un fondement coutumier. Ce processus aurait pour avantage à la fois de durcir un droit jugé trop mou et surtout, de contourner l'exigence du consentement express de l'Etat posée en droit des traités »[621].

---

[617] Pour plus de détails sur cette question voir notre chapitre 2, du Titre 2 de la Première Partie, *supra*.
[618] CLAPHAM (A) , « The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement », Op. Cit., p. 26, notre traduction.
[619] MOFFET (L), « Beyond Attribution... », *Op. Cit*., p. 327, notre traduction.
[620] PELLET (A), « Droit-de-l'hommisme et droit international », *Revue des droits fondamentaux*, juillet-décembre 2001, p. 171.
[621] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2016, p. 132.

Le point qui retient notre attention ici est l'intérêt qu'ont les TPI pour ce sujet. Ainsi ils ont qualifié plusieurs droits de règles coutumières comme l'interdiction des traitements inhumains ou le droit à l'intégrité physique[622]. Dans la même logique le noyau dur des droits indérogeables à savoir la protection de la vie, l'interdiction des mauvais traitements, l'interdiction de l'esclavage et le principe de légalité des délits et des peines a été reconnu comme faisant partie du droit coutumier[623]. Face à des GANE qui ne sont pas censés être liés par les conventions pertinentes du DIDH, il existe ce canal pour constater leur comportements illicites du fait de la violation d'une obligation coutumière. En effet l'intérêt de cette coutumiérisation « vise à révéler, derrière la pléthore de textes internationaux (…), la matérialité d'un système international des droits de l'homme, un jus commune, comme l'expression de l'unité de la matière »[624].

Même si la question fait donc débat, il semble pourtant y avoir « un accord plus large parmi les spécialistes sur le fait que les normes relatives aux droits de l'homme peuvent s'appliquer aux GANE dans certaines circonstances, en particulier lorsqu'elles exercent une partie des fonctions gouvernementales et ont *de facto* une autorité sur une partie de la population. Ce sera normalement le cas lorsqu'un groupe armé contrôlera une certaine partie du territoire »[625]. C'est ce que reconnait la Commission d'enquête sur la Syrie qui a, dans un rapport de 2013, établi que « les groupes armés antigouvernementaux sont également responsables d'avoir utilisé des enfants de moins de 18 ans dans des hostilités, en violation du des dispositions, qui s'appliquent, selon ses termes, à des acteurs non étatiques. (...) Il a été établi que des groupes armés du gouvernement avaient violé le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans le conflit armé, auquel la République arabe syrienne

[622] TPIY, *Le Procureur c. Delalic et autres*, jugement IT-96-21-T, du 16 novembre 1998, §. 517 ; TPIY, *Le Procureur c. Furundzija*, jugement IT-95-17/1, du 10 décembre 1998, §.170.
[623] FLAUSS (J-F) et COHEN-JONATHAN (G) « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2001, pp. 427-428.
[624] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme, Op. Cit*., p. 135.
[625] BELLAL (A) et CASEY-MASLEN (S)., « Enhancing compliance with international law by armed non-state actors », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, 2011, p. 187, notre traduction.

est partie »[626]. Dans le même ordre d'idée, le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies a, en 2014, condamné avec fermeté « les violations systématiques et les violations des droits de l'homme et les violations du droit international humanitaire résultant d'actes terroristes commis par le soi-disant État islamique en Irak et au Levant »[627]. En 2015, la Commission d'enquête sur Gaza engageait dans son rapport[628] tous les acteurs non étatiques à respecter les droits de l'homme quand ces acteurs exercent des fonctions gouvernementales et de contrôle et que leurs agissements affectent les droits de l'homme des personnes placées sous leur contrôle. Elle va encore plus loin que cela en imposant à ces autorités locales *de facto* une obligation de protéger les droits de l'homme des manquements commis par des tiers sur la portion de territoire contrôlée. Sur ce dernier point, le Professeur CLAPHAM suggère qu'on « ne peut que se plaindre de l'incapacité du groupe armé à protéger la population là où il a non seulement l'obligation légale de le faire, mais aussi la capacité de prévenir et de punir les groupes armés non autorisés opérant dans sa sphère d'influence »[629]. Il y a moyen d'aller plus loin. Ainsi, une frange de cette même pratique internationale semble s'être émancipée de l'exigence d'une d'autorité de facto sur une portion territoriale. Comme le constate la Professeure ZEGVELD (L) la théorie imposant un pouvoir similaire à celui d'un gouvernement « est mitigé par la pratique qui veut que les groupes d'opposition armés manquent apparemment d'efficacité pour rendre compte de leurs violations des droits de l'homme »[630]. En 1997 déjà, la Commission des NU abondait dans ce sens en enjoignant à « toutes les parties en Somalie »[631] de respecter les droits de l'homme alors que bon nombre de ces groupes n'exerçaient aucun contrôle territorial.

---

[626] *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic* du 5 février 2013, §. 44 et p. 2 notre traduction.

[627] *Human Rights Council Resolution on the human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups* du 1 septembre 2014, notre traduction.

[628] Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution du 24 juin 2015.

[629] CLAPHAM (A), *The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors : The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement, Op. Cit., p. 9,* notre traduction.

[630] Zegveld (L), *Accountability of Armed Opposition Groupes in International Law* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, notre traduction.

[631] Résolution 1997/47 du Conseil économique et social, du 22 juillet 1997, §3.

Allez dans le sens de la reconnaissance d'une violation, plutôt que d'un abus, commise par le GANE présente un intérêt fondamental dans la perspective d'une attribution de la responsabilité internationale et des conséquences qui en découlent. Ainsi tous ces exemples permettent de démontrer qu'il existe un faisceau d'indices assez solide, pour fonder les obligations des GANE, issues du DIDH découlant directement de la coutume. Dès lors, le DIH et le DIDH constituent une législation qui régit les activités du GANE. Le fait illégal pouvant lui être imputable sera apprécié par rapport à ces dispositions.

La question de la justiciabilité de ces dispositions est donc fondamentale et indispensable dans l'optique d'un engagement de la responsabilité directe du GANE. Selon le Professeur CLAPHAM (A), malgré les dissensions entre doctrinaires, ces groupes sont déjà titulaires de telles obligations, même si leur étendue varie en fonction de différentes réalités : « il existe plusieurs voies par lesquelles ils peuvent déjà être tenus pour responsables. (...) l'étendue de leurs obligations dépend de quel type d'acteur non-étatique ils sont, du contexte dans lequel ils opèrent et des promesses pertinentes qu'ils font. En d'autres termes, la portée de leurs obligations dépend de leur capacité, de leur contexte et de leurs engagements »[632]. Plusieurs exemples récents ont ainsi été compilés illustrant ces nouvelles perspectives. Ceux-ci contredisent la théorie, avancée par certains, selon laquelle, si les mécanismes des droits de l'homme permettent de se référer au comportement des GANE, c'est pour en dénoncer des « abus » et non des « violations ». Ce distinguo terminologique, aberrant, n'a pas lieu d'être puisque la notion d' « abus » voudrait dire que le groupe est tenu uniquement par des normes morales alors qu'il semble acquis que celui-ci peut, au minimum, être lié par la coutume internationale, par le *jus cogens*, par des engagements unilatéraux ou encore par des normes découlant des droits de l'homme et transposées dans la législation interne.

[632] CLAPHAM, *Human Rights Obligations for Non-State-Actors : Where are We Now ?* non publié, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=2641390 p.1, notre traduction.

B L'apport du *jus cogens*

Au-delà de la coutume les GANE peuvent également être liés par des dispositions du DIDH par le biais des normes impératives du *jus cogens*. Malgré les critiques dont il a fait l'objet, ce concept a encore été réaffirmé[633]. C'est « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une norme de droit international général ayant le même caractère »[634]. Le concept de *jus cogens* n'est certes pas une source en soi du droit international car cette qualification a trait à la nature juridique de la règle quelle que soit la source. Néanmoins la forte valeur accordée aux droits bénéficiant de cette qualification fait en sorte qu'elles soient au même niveau que les droits indérogeables. C'est donc logiquement que leur deux contenus se recoupent sur certains droits comme l'interdiction de la torture, des traitement inhumains et dégradants ou l'interdiction de l'esclavage[635], même si elle comporte d'autres éléments qui ne figure pas dans celle des droits indérogeables[636].

Ce concept a ceci de particulier que, quittant progressivement son berceau qu'est le droit des traités, il est devenu, dans les écrits doctrinaux, « un principe-pivot d'un droit international nouveau, comme véhicule d'une modification structurelle de l'ordre juridique, voire comme réceptacle de toutes les normes fondamentales du monde international »[637]. C'est en ce sens que l'International Law Association a

[633] CIJ, *Affaires des Immunités juridictionnelles de l'Etat*, CIJ, 3 fév. 2012, Allemagne c. Italie, §. 89.
[634] Article 53 de la Convention de Vienne de 1969, voir également CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec. 1996, §. 83.
[635] Voir, TPIY, *Le Procureur c. Furundzija, Op. Cit*., §§ 144 à propos de la torture ; sur l'interdiction de l'esclavage sexuel comme norme du jus cogens, voir le Rapporteur spécial sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflits armés, rapport final du 22 juin 1998, E/CN. 4/Sub.2/1998/13, §§. 27 et suivants ; à propos de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Ceasar c. Trinité et Tobago*, arrêt du 11 mars 2005, Série C n° 123, §. 100.
[636] Les débats doctrinaux, sur la détermination du contenu de la liste des dispositions du *jus cogens*, sont encore intenses. Aussi varie-t-elle en fonction des auteurs voir en ce sens DELMAS-MARTY (M), *Revisiter, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, Le Seuil, Paris, 2012, p.39 qui veut y inclure les principes et droits fondamentaux protégés par le droit de l'OIT. MITCHELL (D.S), « The prohibition of rape in international humanitarian law as a norm of jus cogens : clarifying the doctrine », Duke Journal of Comparative an International law, 2004-2005, pp.219-257, lui veut inclure l'interdiction du viol en temps de conflit armés.
[637] KOLB (R), *Théories du jus cogens*, PUF, Paris/ Genève, Collection des publications de l'IUHEI, 2001.

avancé, dans son rapport datant de 2010[638], qu'indépendamment de la question de l'attribution directe d'obligations issues du DIDH, les GANE demeurent liés par les normes issues du *jus cogens*.

Les GANE sont directement liés, non seulement par la DIH mais aussi par le DIDH. Cette première étape franchie, devra être complétée par une qualité indispensable dans l'optique d'un engagement de la responsabilité internationale du GANE.

Section II Une responsabilité fondée sur la spécificité du GANE

Pour engager la responsabilité internationale du GANE, le fait international illicite doit lui être imputable. Dans le système de la responsabilité internationale, tel qu'il fonctionne actuellement, la qualité de sujet de droit international est indispensable à toute opération de rattachement que constitue l'imputabilité. Même si cette qualité de sujet de droit international n'est pas définitivement acquise, il existe un faisceau d'indices assez solide qui tend à prouver l'existence d'un sujet en gestation (§1). De même l'imputabilité, malgré les difficultés inhérentes à sa réalisation demeure une opération réalisable (§2).

Paragraphe 1 L'affirmation de la qualité de sujet de Droit International du GANE

Le débat sur la qualité de sujet des GANE continue sans aboutir à une position définitive (A). Si la qualité de sujet n'est plus taboue, elle se heurte, néanmoins, à la virulente opposition étatique qui se méfie d'un acteur qui le défie dans ce qu'il a de plus précieux. Pour faire face à ces craintes, il serait judicieux de limiter les effets de l'attribution de la qualité de sujet de droit international au GANE en lui conférant un statut particulier (B).

[638] International Law Association, *Non State Actors*, First Report of the Committee (Non- State Actors in International Law : Aims, Approach and scope of project and Legal issues), The Hague Conference 2010.

A Une qualité de sujet en phase d'acquisition

L'article 3 commun en reconnaissant les CANI a, en outre, ouvert une autre brèche dans l'armure d'une société internationale jadis totalement étatique. En effet, non seulement il met à la charge des parties au conflit des obligations, mais aussi il leur reconnait la possibilité de s'engager en DIH par la voie des accords spéciaux.

De plus, il y a lieu de rappeler que la caractéristique première d'un sujet de droit – ou, si l'on préfère, de la personnalité juridique – est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. Seul un sujet de droit peut être titulaire de droits et assumer des obligations, et tous les sujets de droit sont dans cette situation. Concrètement, les GANE sont donc des sujets du droit international car ils sont destinataires de certaines normes imposées par le DIH et même le DIDH. Ces normes mettent à leur charge des obligations. La matière des crimes internationaux en fournit un excellent exemple et leur confèrent des droits, ce qu'illustrent non seulement les traités relatifs à la protection des droits de l'homme, mais aussi de nombreux autres accords[639]. Dans la construction de la qualité de sujet de droit – l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations – n'est qu'un point de départ certes, mais ce point est indispensable. Le GANE possède donc le premier élément de la personnalité juridique, c'est-à-dire, la capacité lui permettant d'exercer certains droits et d'assumer certaines obligations dans le cadre de systèmes juridiques particuliers.

Un consensus basculant en faveur d'un tel système de responsabilité se manifeste progressivement. Ainsi « il est de plus en plus reconnu que ces groupes devraient être chargés de réparer les dommages causés ; pourtant aucune règle n'a jusqu'ici émergé »[640]. Le Professeur SASSOLI (M) abonde dans le même sens lorsqu'il affirme que « S'il est aujourd'hui indiscutable que les groupes armés sont responsables au niveau international des violations du DIH, les règles exactes en matière

[639]DOMINICE (Ch), « L'émergence de l'individu en droit international public », *Annales d'études internationales*, Genève, vol. 16, 1988, pp. 1-16.
[640]GAL-OR (N), RYNGAERT (C) et NOORTMANN (M), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place : Theoretical Considerations and Empirical Findings*, Leyde, Brill, 2015, p. 327 notre traduction.

d'attribution, de contenu et de mise en œuvre de cette responsabilité ne sont pas encore clarifiée »[641]. Comme le reconnaît la chambre d'appel du TPIY[642], les GANE sont également liés par le droit international coutumier. Le plupart des règles applicables dans les CANI ont un caractère coutumier. Les GANE auxquels s'adressent explicitement le DIH, sont des titulaires directs de droits et d'obligations internationaux. Nous pourrions dire, alors, que le DIH confère une personnalité juridique aux groupes armés. La provision de cette personnalité juridique internationale fonctionnelle permet que les GANE soient considérés comme ayant des droits et des obligations prévues par le DIH. Dans cette optique, le rapport de la Commission d'enquête internationale à propos du Darfour a affirmé que : « Tous les rebelles qui se sont dotés d'une certaine organisation, ont acquis une certaine stabilité et exercent un contrôle effectif sur une partie de territoire, jouissent de la personnalité morale internationale et sont dès lors tenus par les règles pertinentes du droit international coutumier gouvernant les conflits armés internes »[643]. Cette conception s'inscrit d'ailleurs dans la lignée de celle que défend la CIJ dans l'Avis consultatif relatif aux Dommages subis au service des Nations Unies : « les sujets de droit dans un système juridique ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »[644]. Rien n'interdit donc la coexistence de sujets divers du droit international, qui se distinguent par des statuts juridiques différents et une personnalité juridique plus ou moins affirmée[645]. La CIJ a déduit que le fait qu'une entité possède des obligations et des droits internationaux ne peut s'expliquer que si l'entité possède une mesure de personnalité internationale[646].

Le dernier élément dans la construction de la qualité de sujet est la capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale. Sur ce point, la

[641]SASSOLI (M), « Taking armed groups seriously : ways to improve their compliance with international humanitarian law », *Op. Cit*., p. 7 notre traduction.
[642] TPIY, *Le Procureur c. Tadic,* Chambre d'Appel, IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, §§. 94-127.
[643] La Commission d'enquête pour Darfour, *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, Rapport établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité en date du 18 septembre 2004,* 1 février 2005, S/2005/60, §. 172.
[644] CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, op.cit.,* §§ 178-179.
[645] DALLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public,* Paris, 8e, LGDJ, p. 445.
[646] CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies,* Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949, §§ 178-179.

situation du GANE est plus problématique. Dès lors des propositions ont été faites pour adoucir les rigueurs de ce principe tout particulièrement en droit international pénal.

Cette position est ainsi partiellement remise en cause. Il est aussi admis que, l'on peut être sujet du droit international pénal simplement si l'on peut agir au plan international parce que l'on a la capacité soit de déclencher le processus qui conduira à des sanctions pénales - c'est le cas des Etats - soit de les subir à la suite de la violation d'une règle posée au plan international- ce qui vaut pour les individus, quand bien même ils n'auraient pas eux-mêmes commis un crime de droit international mais l'auraient laissé commettre[647]. En effet, il existe des sujets de droit international qui ne peuvent déclencher une procédure internationale pénale, devant les juridictions pénales internationales, quand bien même ils sont les victimes d'un crime internationalement défini au regard du droit international pénal. Il en est ainsi de certaines organisations internationales et des individus. Mais ils peuvent être l'objet d'une sanction alors même qu'ils ont agi ou omis d'agir. A l'inverse, les Etats - qui peuvent se voir interdire certains comportements au plan international et qui en sont responsables, ne peuvent, pour l'instant en tout cas, être appelés à répondre de leurs actes devant des juges qui pourraient leur infliger une sanction pénale, et pourtant, quand bien même ils n'auraient subi aucun dommage. Ils peuvent ainsi actionner les procédures pénales internationales et demander des comptes aux auteurs des infractions internationalement définies. Ces règles sont donc modulables pour permettre de prendre en compte certaines réalités comme la particularité des GANE en tant que sujet de droit international.

B Un sujet particulier du Droit International

En affirmant que les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits et

[647] Voir en ce sens l'excellente thèse de VAURS CHAUMETTE (A-L), *Sujets du droit international pénal Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?* Pédone, Paris, 2009.

que leur nature dépend des besoins de la communauté, la CIJ nous permet, d'entrée, de planter le décor[648].

Nous disons clairement que les GANE n'ont pas vocation à concurrencer les Etats sur la scène internationale en les mettant sur un même pied d'égalité. En effet seuls les Etats ont la compétence de leur compétence, c'est-à-dire une compétence générale et globale. Ils sont les seuls et uniques sujets souverains sur la scène internationale actuelle. Les GANE, quant à eux sont des acteurs qui ne doivent leur existence qu'à la survenance d'un conflit armé. Ils sont spécifiques à cette période trouble, qui n'est qu'un intermède douloureux dans la vie des Etats, donc cantonnés à ces domaines-là avec d'autres domaines connexes. Dès lors il est acquis depuis fort longtemps que les sujets du droit international, à l'exception des Etats, sont bien souvent décrits comme des sujets non souverains. Cela vaut notamment pour les organisations internationales, les individus et aussi pour les GANE. Leur personnalité ne vaut que dans certaines limites. Il s'agit d'une personnalité fonctionnelle.

Une telle opinion suppose ainsi l'affirmation d'une théorie spéciale, des sujets, propre à justifier l'octroi d'un tel statut et de telles capacités qui ne peuvent l'être sur la base d'une conception rigide de la théorie de sujet de droit international[649]. Ainsi les GANE ou, à tout le moins, certains d'entre eux sont considérés comme des sujets du Droit International. Cette reconnaissance se base souvent sur de simples nécessités sociales ou soit du seul fait que les GANE soient soumis au DIH et qu'ils sont ainsi destinataires de droits et obligations relevant de ce droit[650]. Sont ainsi cités pour justifier la reconnaissance de la personnalité juridique aux GANE, leur capacité à entrer en relation conventionnelle avec d'autres sujets de Droit

[648] CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies,* Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949, p.8.
[649] Voir en ce sens, STEENBERGH (R.V), SIMMA (B), *Le droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?* Bruylant, Bruxelles, 2013, 356p.
[650] Voir KALALA (T), *Les résolutions de l'ONU et les destinataires non étatiques*, Bruxelles, Larcier, 2009, 351p. ; dans le même sens voir DABONE (Z), *Le Droit international Public relatif aux groupes armés non étatiques*, Université de Genève, L.G.D.J, Schulthess, Paris, Bâle, 2012, 419p. ; plus précisément p. 149.

International, en passant des accords de paix ou en signant des actes dans lesquels ils reconnaissent être soumis au DIH et au DIDH.

Quoi qu'il en soit, il est admis que les groupes armés sont aptes à être titulaires de droits et obligations relevant du DIH. Il conviendrait logiquement d'en déduire, une volonté implicite des Etats de leur reconnaitre la qualité de sujet de droit des gens, une telle volonté constituant, on le sait, une condition *sine qua non* d'attribution de la personnalité juridique internationale. Mais « une telle conclusion ne peut être soutenue que moyennant l'absence de volonté contraire exprimée par les sujets primaires du Droit International. Or, de nombreux éléments semblent confirmer l'existence d'une telle volonté contraire. Celle-ci implique ainsi une sorte de rupture du lien *a priori* consubstantiel entre l'aptitude à être titulaire de droits et obligations relevant d'un certain ordre juridique et la qualité de sujet de droit au sein de cet ordre »[651].

Parmi ces éléments figure la clause mentionnée *in fine* à l'article 3 commun. Celle-ci vise, entre autres, à rassurer les Etats quant au fait que l'application de cet article n'entrainerait, de leur part, aucune reconnaissance de belligérance vis-à-vis de groupe armé contre lequel il lutte. Il est donc clair que, par cette clause, les Etats s'opposent à ce que les groupes armés visés à l'article 3 commun bénéficient du statut de belligérant et, par conséquent, des droits ou capacités que leur conférerait une reconnaissance de belligérance. Une telle situation les mettraient ainsi au même diapason que les Etats à cet égard. Ce refus implique-t-il également le refus d'une personnalité juridique internationale en faveur des groupes armés ? Un tel raisonnement peut se comprendre dans le cadre d'un CANI uniquement soumis à l'article 3 commun. Il devient plus difficile à tenir dans le cadre d'un CANI couvert par le PA II. En effet les rigoureuses conditions de ce dernier implique que le GANE dispose d'une structure plus solide, d'un contrôle territorial mieux établi et d'une population désormais sous son contrôle.

S'il est vrai que l'objet premier de la reconnaissance de belligérance n'est pas de conférer le statut de sujet de droit des gens aux insurgés mais plutôt de prévoir

[651] STEENBERGH (R.V), SIMMA (B), *Le droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ? Op. Cit*., p. 51.

l'application d'un régime spécifique relatif au droit de la guerre, cette reconnaissance implique nécessairement l'attribution d'un tel statut. Elle est donc indissociablement liée à la question de l'attribution d'une personnalité juridique internationale dans le chef des insurgés[652]. Cela dit l'enseignement le plus intéressant tient à ce qu'elle constitue sans doute l'une des illustrations qui expriment le mieux cette idée, déjà évoquée, d'une rupture du lien, entre le fait d'être titulaire de droits et d'obligations relevant du Droit International, comme le sont indéniablement les groupes armés, et celui d'être sujet du droit des gens, comme ne le seraient pas de tels groupes en raison d'une volonté contraire ou, à tout le moins, d'une certaine réticence exprimée à cet égard par les Etats.

En réalité, un tel raisonnement correspond à une interprétation littérale, possible, de la clause de l'article 3 commun : l'applicabilité de ce dernier aux GANE, impliquant que ceux-ci sont liés par les obligations prévues par cet article, relevant nécessairement du Droit International. Cela ne signifierait toutefois pas, contrairement à ce qui devrait en principe être le cas, que ces groupes jouissent de la personnalité juridique internationale. La clause exprimerait ainsi, à l'endroit des groupes armés, une sorte d'exception au principe établi plus haut, selon lequel la volonté des sujets primaires de conférer la qualité de sujet du droit des gens à une entité peut *a priori* se déduire de l'octroi à celle-ci de droits et obligations relevant

[652] Dans le cadre de ses travaux relatifs au droit des traités, la CDI a également identifié comme entité non étatique jouissant de la personnalité juridique internationale et apte à conclure des traités, les insurgés ayant fait l'objet d'une reconnaissance de belligérance. De plus dans son rapport de 1962, elle précise que « par l'expression 'autres sujets' du Droit International', également capables de conclure des accords internationaux, elle entend avant tout désigner les OI, ne laisser subsister aucun doute à propos du Saint-Siège et prévoir les cas les plus spéciaux tels que celui d'insurgés qui bénéficient d'un certain degré de reconnaissance, voir *Rapport de la quatorzième session de la CDI*, 24-29/6/1962, p. 180, §2. Cependant il est intéressant de constater que si lors des débats sur l'adoption de l'art.3 commun ladite clause ne montre pas d'opposition visant expressément l'attribution d'une personnalité juridique internationale aux groupes armés, il en va différemment des discussions tenues lors de l'adoption du PAII. Certains Etats ont ainsi envisagé le statut juridique des parties, que l'application du protocole ne pouvait modifier en vertu de cette clause, comme directement lié à la question de la personnalité juridique, cette personnalité étant toujours régie par le droit national s'agissant des groupes armés et ne pouvait en aucun cas avoir une dimension internationale. Plus récemment, certains Etats ont également interprété la fameuse clause de l'art.3 commun comme empêchant que l'application de cet article ne soit assimilée à une reconnaissance non seulement de la qualité de « belligérant » mais également et plus précisément d'une personnalité juridique internationale.

du Droit International. La clause aurait, en tous les cas, pour effet de rendre ce principe inapplicable en ce qui concerne les groupes armés.

Il ressort de ce qui précède que reconnaitre une personnalité juridique internationale ainsi qu'une capacité de s'engager internationalement dans le chef des groupes armés, en particulier pour ceux qui exercent un contrôle effectif sur un territoire, est difficilement conciliable avec toute théorie générale des sujets, principalement en raison du refus ou, à tout le moins, la réticence des Etats de leur conférer un tel statut. Ainsi il y a lieu d'affirmer une théorie spéciale des sujets, spécifique au DIH, dont le contenu dérogerait aux règles du Droit International général pertinentes. « Il convient néanmoins de s'interroger sur les effets juridiques utiles d'une théorie spéciale des sujets à l'endroit des GANE. Il n'est en effet pas certain qu'il y ait d'intérêt juridique spécifique à reconnaitre aux GANE une personnalité juridique internationale ainsi qu'une capacité de s'engager internationalement »[653].

Cet intérêt il est non seulement dans l'imputabilité des faits incriminés aux GANE mais aussi cela viserait ainsi à engager sa responsabilité et ainsi de leur faire supporter les dépens d'une condamnation au plan international.

Paragraphe 2 L'imputabilité des faits au GANE

Le droit international ne s'écarte pas du fondement de justice en matière de responsabilité. Il est dominé par le principe selon lequel « tout sujet engage sa responsabilité lorsqu'il méconnait une règle de droit »[654]. Il est temps d'appliquer ce principe aux GANE. En effet, la version provisoire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat était enrichie d'une disposition confirmant l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international.

[653] STEENBERGH (R.V), SIMMA (B), *Le droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ? Op. Cit*., p. 66.
[654] CPIJ, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów* (demande en indemnité), Série A.-N° 9,1927, p.29. Ce principe général du droit international a été codifié par la Commission du droit international dans ses projets d'articles sur la responsabilité de l'Etat en 2001 à son art.1 et des organisations internationales en 2011 à son art.3.

Une telle attribution peut se faire en l'absence de tout lien avec une entité étatique (A) et toutes les fois où les agissement émanent des membres du GANE (B).

A L'élément tiré de l'absence de contrôle étatique sur le GANE

Il est très difficilement concevable, en situation de conflit armé, de faire peser sur un Etat la responsabilité des actes commis par un GANE qui le combat. En effet lorsqu'il n'est pas établi que, sans l'aide d'une tierce partie, la commission des actes incriminés n'a pu être possible, les agissements visés doivent être imputés au GANE. Par conséquent, cela doit ouvrir la voie à une mise en cause directe de la responsabilité internationale du GANE. Certaines conditions doivent, néanmoins, être préalablement remplies.

Pour ce faire, la CIJ exige que « toutes les modalités de participation des USA qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les USA ont ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit international humanitaire (…). Ces actes auraient fort bien pu être commis par la force Contra en dehors du contrôle des USA. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif de l'opération militaire ou paramilitaire au cours desquelles les violations en question se seraient produites »[655]. Nous pouvons dès lors déduire de ces propos que du moment où l'aide de la partie étatique n'a pas été indispensable à la commission des actes incriminés ou que celle-ci ne les a pas imposés ou empressement exigés du GANE, ce dernier agit en son nom propre et pour son compte. Donc pas de contrôle effectif pas de responsabilité étatique, dans ce cas la seule responsabilité envisageable est celle du GANE car même sans aucune aide extérieure, il a les moyens de commettre de tels actes qui relèvent au final de sa propre stratégie. Dans le cadre de cette affaire, malgré la très forte implication des USA dans l'organisation, le financement et l'approvisionnement des Contras, en plus de leur

[655] CIJ, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 janvier 1986, C.I.J., Recueil 1986, p. 14, §. 115.

aide dans le choix des objectifs militaires ou paramilitaires et dans la planification des opérations, n'ont pas été suffisants pour entrainer la mise en jeu de leur responsabilité. La Cour a décidé que même le contrôle global exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard ne signifierait pas par lui-même, sans preuve complémentaire, que les USA ont ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire[656].

La question de la responsabilité des GANE, accessoirement en lien direct avec celle de l'État pour des actions commises par eux agissant sous contrôle étatique, a été posée dans trois affaires majeures par la Cour internationale de justice. D'abord dans l'affaires des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* et contre celui-ci[657], la CIJ devait déterminer si les liens entre les contras et le gouvernement des États-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les contras à un organe du gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement. Le fait, pour un État, de former, de financer, d'armer ou de soutenir un GANE ne suffit pas pour que les actes et les violations commis par ce groupe armé soit imputable à l'État concerné. La CIJ exige pour cela un contrôle total, dit « effectif », qui implique la totale dépendance du groupe, ou bien que l'État ait donné directement l'ordre de commettre les actes criminels concernés. Si ce niveau de contrôle n'est pas atteint, l'État n'est pas responsable des actes commis par ces groupes mais il reste quand même responsable de son

[656] L'absence de fondement juridique à l'application par la CIJ du critère du contrôle effectif à des groupes militaires organisé suggère que la CIJ ait été motivée par des considérations d'ordre politique et pratique. Dans l'affaire Nicaragua, la CIJ avait retenu la responsabilité des Etats-Unis pour usage illicite de la force et violation de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique du Nicaragua. Un tel jugement contre la première puissance mondiale était déjà en soit un accomplissement majeur et un acte judiciaire audacieux ; de sorte qu'engager la responsabilité des Etats-Unis pour des crimes de guerre commis par les contras était potentiellement perçu par la CIJ comme une détermination de trop, ou du moins un pas qu'elle n'était pas disposée à franchir. Pourtant, l'animosité des Etats-Unis à l'encontre de la CIJ était à son comble avant même la date de délivrance du jugement sur le fond : les Etats-Unis s'étaient retirés de la procédure immédiatement après que la Cour se soit déclarée compétente pour entendre de l'affaire, et, moins d'une année plus tard, les Etats-Unis mirent fin à leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ.

[657] CIJ, *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

propre comportement, notamment si son soutien au groupe armé est en soi illégal ou si l'État est informé des violations commises par ce groupe.

Ensuite dans l'affaire *Génocide*, la CIJ a dû déterminer si les actes de génocide commis pendant la guerre en ex-Yougoslavie par les groupes armés, qui n'étaient pas des organes de l'État de Serbie-Monténégro, pouvaient être attribués à cet État et engager sa responsabilité internationale au regard du contrôle qu'il exerçait sur ces groupes. Dans cette affaire, la CIJ refuse de reconnaître la validité du concept de contrôle global, développé sur ce sujet par le TPIY, pour engager la responsabilité de l'État[658].

Enfin la CIJ s'est prononcée sur les différents critères et formes de la responsabilité de l'État dans le cas où il apporte son soutien à l'activité de GANE agissant à partir de son territoire sur celui d'un État voisin, mais aussi dans les cas où il tolère ces agissements et dans celui où il est impuissant à contrôler l'activité de ces groupes. La CIJ précise que le fait pour le gouvernement congolais de tolérer la présence de groupes rebelles anti-ougandais sur son territoire est un manquement à l'obligation de vigilance qui incombe à la RDC au titre des règles de relations amicales entre États mais ne permet pas d'imputer à l'État la responsabilité des actes commis par ces groupes[659].

Si un temps la jurisprudence internationale est apparue divisée sur la question de l'attribution à l'Etat de faits commis par des personnes ou entités non étatiques, ces dissensions se sont désormais aplanies. Alors que la CIJ applique un degré de contrôle dit « effectif », le TPIY a pris une position diamétralement opposée, en adoptant le critère du « contrôle global »[660].

---

[658] CIJ, *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43.

[659] CIJ*, République démocratique du Congo c. Ouganda*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168.

[660] Par l'expression « contrôle global », le Tribunal entend non seulement la participation de l'Etat au financement, équipement et entraînement du groupe armé, mais aussi sa participation à l'organisation, la coordination, ou la planification des opérations du groupe. La différence avec le critère du « contrôle effectif » réside dans le fait que le contrôle global ne requiert ni l'émission d'ordres ou d'instructions précises par l'Etat au groupe armé ni le contrôle de l'Etat au cours de chaque opération menée par le groupe. L'avantage du critère du contrôle global est significatif : il est en effet extrêmement difficile de prouver qu'un Etat a explicitement ordonné la commission de violations du DIH ou a effectivement contrôlé les opérations au cours desquelles ces violations ont eu lieu. Ceci est d'autant plus vrai pour les missions secrètes ou officieuses, telles que celles opérées par les Etats-Unis au Nicaragua ou par la Serbie en Bosnie-Herzégovine. En l'espèce, la chambre

Le fameux arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* de la CIJ avait établi le principe selon lequel l'Etat n'engage sa responsabilité, pour le fait d'acteurs non étatiques, que si l'Etat a ordonné la commission d'actes illicites ou si l'Etat avait le contrôle sur ces acteurs lors de la commission d'actes illicites. Le critère du « contrôle effectif » est ainsi établi. En l'espèce, il n'est pas prouvé que les USA ont explicitement ordonné la commission de ces crimes, ni qu'ils exercent le contrôle effectif sur les contras au cours des opérations où ces crimes ont été commis, la Cour écarte la responsabilité des Etats-Unis pour les actions des contras, mais retient néanmoins la responsabilité des Etats-Unis pour usage illicite de la force et violation de la souveraineté et l'indépendance politique du Nicaragua.

L'application du critère de contrôle global[661], par le TPIY, sème le doute sur la scène juridique internationale. Lorsque la CIJ a dû se prononcer à nouveau sur l'attribution à l'Etat de faits d'acteurs non étatiques, l'issue de l'affaire fut l'objet de grandes spéculations.

En appliquant de nouveau le critère du contrôle effectif au massacre de Srebrenica, la CIJ conclut naturellement que les crimes des forces serbes de Bosnie ne pouvaient pas être attribués à la Serbie du fait que celle-ci n'avait ni ordonné le

d'appel considéra que la Serbie n'exerçait pas un contrôle effectif sur les forces serbes de Bosnie mais que son contrôle global sur ces dernières suffisait à lui attribuer leurs actes et à transformer le conflit en conflit international. Cette approche fut probablement motivée par la nécessité du TPIY d'asseoir sa compétence et de renforcer la répression des crimes de guerre. De la même manière, dans l'affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie, la CIJ ne voulait probablement pas franchir le pas et déclarer un Etat responsable d'avoir commis le crime de génocide. La CIJ étant un organe juridictionnel soumis au consentement et au bon vouloir des Etats, un activisme judiciaire trop prononcé serait – semble-t-il – contre-productif pour l'activité de la Cour. Ces considérations, aussi réelles qu'elles soient, ne devraient cependant pas entraver la fonction première de la Cour, qui est de rendre la justice fondée sur le droit et des faits avérés. La retenue exercée par la Cour dans l'affaire du Génocide est d'autant plus frustrante lorsque l'on sait que de nombreuses preuves concluantes impliquaient la Serbie dans le massacre de Srebrenica, et que la CIJ avait refusé d'ordonner à la Serbie de les produire. Ces mêmes preuves avaient été dévoilées pendant le procès de Milosevic au TPIY et avaient été considérées par la chambre de première instance comme pouvant raisonnablement prouver la culpabilité de Milosevic.

[661] Six ans après l'arrêt affaires militaires au Nicaragua, le TPIY se trouva confronté à une question similaire. La chambre de première instance ainsi que la chambre d'appel du TPIY devaient déterminer si la République Fédérale de Yougoslavie (RFY) contrôlait les forces serbes de Bosnie pendant la guerre civile en Bosnie-Herzégovine (1992-1995). L'application du standard « Nicaragua » (contrôle effectif) par la chambre de première instance fut renversée par la chambre d'appel, qui adopta le critère différent, celui du « contrôle global ».

massacre, ni supervisé ou contrôlé les forces au moment du massacre[662]. Dans l'affaire du Génocide, la CIJ affirma que le critère du contrôle global repoussait excessivement les limites de la responsabilité des Etats, bien au-delà du principe selon lequel un Etat n'est responsable que de son propre comportement ou de celui de personnes qui agissent en son nom. Pourtant, le critère du contrôle global n'est pas aussi flexible qu'il n'y paraît, puisqu'il requiert non seulement le financement et le soutien global de l'Etat, mais surtout la preuve de sa participation avérée et déterminante dans la planification des activités du groupe.

Dans les deux cas, lorsque le critère choisi n'a pas abouti à faire attribuer les actes du GANE à un Etat, il devient évident que l'entité non étatique a agi pour son compte et en son nom. Il serait logique qu'elle assume ses actes car elle a des droits et des obligations, qui lui sont propres et qui découlent du DIH. La responsabilité est le « corolaire du droit »[663], le GANE peut donc être traduit devant des tribunaux dès que matériellement il a commis les actes qui sont reprochés et aussi qu'il n'était sous la dépendance d'aucune puissance étatique. Pour nous, il serait problématique à ce niveau de s'acharner à vouloir rattacher les actes d'un GANE à ceux d'un Etat. En effet, au risque de commettre un déni de justice, ces actes risquent d'échapper à la compétence des tribunaux. Certes, les responsabilités individuelles des membres ou des dirigeants de ces groupes sont effectivement engagées devant les Juridictions Pénales Internationales, mais celles-ci ne

[662] CIJ, *Croatie c. Serbie*, affaire dite du Génocide II, 26 fév. 2007§ 406 : « Il faut ensuite remarquer que le critère du 'contrôle global' présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un État n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom. Tel est le cas des actes accomplis par ses organes officiels, et aussi par des personnes ou entités qui, bien que le droit interne de l'État ne les reconnaisse pas formellement comme tels, doivent être assimilés à des organes de l'État parce qu'ils se trouvent placés sous sa dépendance totale. En dehors de ces cas, les actes commis par des personnes ou groupes de personnes - qui ne sont ni des organes de l'État ni assimilables à de tels organes - ne peuvent engager la responsabilité de l'État que si ces actes, à supposer qu'ils soient internationalement illicites, lui sont attribuables en vertu de la norme de droit international coutumier reflétée dans l'article 8 précité (§ 398). Tel est le cas lorsqu'un organe de l'État a fourni les instructions, ou donné les directives, sur la base desquelles les auteurs de l'acte illicite ont agi ou lorsqu'il a exercé un contrôle effectif sur l'action au cours de laquelle l'illicéité a été commise. A cet égard, le critère du 'contrôle global' est inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier. »

[663] DAILLIER (P), FORTEAU (M) et PELLET (A), *Droit International Public*, LGDJ, 2009, P. 848.

sauraient remplacer la responsabilité du GANE qui a son fondement propre et est distincte des autres déjà évoquées.

B L'élément tiré des agissements imputables au GANE

Dans les situations ci-dessus évoquées, la proximité entre des groupes armés non étatiques et certains Etats a instauré des situations floues. Mais lorsque cette proximité n'existe pas, on peut directement aborder les actes du GANE sans passer par le canal étatique. En effet, il existe des GANE dont la coopération avec certains Etats n'est pas aussi poussée que celle des Contras avec les USA ou des forces serbes de Bosnie avec la Serbie-Monténégro. Dès lors il devient impératif d'analyser le comportement des membres du GANE sans aucune considération de ses relations avec d'autres entités fussent-elles étatiques, car sur le terrain, le GANE dispose d'une très grande autonomie d'action et de décisions.

Pour ce faire, nous pensons que deux conditions principales doivent être vérifiées avant d'imputer la responsabilité des actes au GANE. Il s'agira de montrer, d'une part, que les actes ont été commis dans le cadre d'une action relevant du GANE et aussi si la personne qui a posé cet acte en est membre d'autre part. Accessoirement, dans le cadre d'un conflit armé relevant du PA II, les actes commis par des personnes agissant pour le nom et pour le compte du GANE doivent lui être imputés du fait du contrôle qu'il exerce sur le territoire.

Dans le cadre de ce type de conflit, soumis au PA II, le GANE doit assumer une multitude d'obligations. Or l'on se trouve dans un paradoxe où d'un côté, le droit international demande aux acteurs non-étatiques d'appliquer ledit droit mais de l'autre, il est discriminant à leur encontre. En l'état actuel du droit, même en cas de violation de ses obligations, le GANE ne risque pas de voir sa responsabilité engagée. On constate que le droit international ne reflète pas fidèlement la situation actuelle dans laquelle des acteurs non-étatiques ont un rôle de plus en plus important. Dès lors, l'on doit se demander de manière urgente comment engager le respect des groupes armés envers le droit international humanitaire de façon à ce que ceux-ci se sentent aussi responsables, en tant que Partie à un conflit

armé, de l'application et de la mise en œuvre de ce droit en passant par la répression, comme cela devrait l'être.

Ainsi au regard des différentes obligations imposées au GANE, surtout dans le cadre d'un conflit armé soumis au PA II, nous pensons qu'il doit assumer ses responsabilités pénalement devant une juridiction internationale comme c'est le cas pour ses membres. En effet sans GANE il ne peut y avoir de conflit armé non internationaux, qui sont majoritaires actuellement. Dès lors, si les agissements de ses membres se font en son nom et pour son compte, il doit voir sa responsabilité engagée. L'engagement d'une telle responsabilité ne devrait pas avoir pour finalité de mettre au même pied d'égalité une entité non étatique et un Etat, mais uniquement de leur faire assumer la part de leur responsabilité qui est actuellement sciemment ignorée par le droit international.

La responsabilité des acteurs non-étatiques est toujours en voie de développement. Il n'existe pas un for international devant lequel une victime individuelle, un État ou une organisation, peut engager la responsabilité d'un groupe armé en tant que personne morale.

Conclusion

L'architecture d'une responsabilité internationale des GANE se dessine assez clairement et ses partisans se font plus nombreux. En effet, les différents obstacles à sa mise en œuvre sont entrain de céder. Comme les Etats, les GANE ont des obligations internationales. Certes celles des premiers sont plus nombreuses, mais celles des seconds existent malgré tout. Aussi les GANE sont des sujets, particuliers, du droit international car ils n'ont pas vocation à être au même diapason que les Etats qui sont les sujets indispensables du droit international public. Cette base ainsi consolidée, seule demeure la question du fait international illicite qui doit découler de la violation des dispositions du DIH et du DIDH par des agents du GANE. Comme nous venons de le démontrer les GANE assument aussi des obligations du DIDH et DIH dont la violation peut constituer un fait illicite international devant déboucher sur la mise en cause de sa responsabilité.

Pour nous, même en menant cette opération de vérification conformément aux éléments du droit de la responsabilité étatique, les GANE doivent voir leur responsabilité engagée. Comme pour les Etats, on ne saurait vider ce contentieux par le jeu de la responsabilité des membres de ces GANE. La responsabilité du GANE n'est pas exclusive de celle de ses membres.

Reconnaitre la responsabilité du GANE doit ainsi ouvrir la voie à réparation pour les victimes. Celles-ci sont en effet les plus grandes oubliées du système pénal international actuel. Pour corriger cette anomalie, nous proposons d'adapter et de moduler la panoplie de sanctions infligées aux GANE pour permettre de remettre les victimes au centre du jeu.

Chapitre 2 L'insuffisance des sanctions infligées aux GANE

Depuis plus de quarante ans, et l'adoption des Protocoles Additionnels de 1977, les CANI ont considérablement changé de configuration et de structure. Ces conflits sont devenus particulièrement meurtriers et le déchainement de la violence semble atteindre son paroxysme. Mais le droit des conflits armés n'a pas connu une évolution similaire. Ainsi force est de constater qu'actuellement, le DIH et le DIDH ont du mal à mettre en place des mécanismes judiciaires internationaux spécifiques dont une victime peut se prévaloir pour obtenir la réparation qui lui est due à cause des violations de ses droits. En effet, nonobstant la violation des dispositions du DIH et du DIDH ou en violation d'accords passés entre belligérants, « ces actes ne sont que très difficilement constitutifs de responsabilité internationale dans le cas où leurs auteurs appartiendraient à des GANE »[664]. Malgré cela, les dernières années ont été marquées par une augmentation des poursuites pénales contre des individus devant des instances internationales pour répondre des violations graves du droit humanitaire et des droits de l'homme. En parallèle, les GANE ne sont soumis à aucune juridiction internationale compétente pour engager leur responsabilité. Néanmoins, lorsque leur agissements constituent une menace pour la paix ou violent les règles élémentaires du DIDH et du DIH, ces GANE font, parfois, face à des mesures contraignantes à leur égard (Section I). Cependant, celles-ci doivent être adaptées pour répondre aux réalités du moment et ainsi faciliter la mise en œuvre concrète des mesures favorables aux victimes (Section II).

[664] PRIETO SANJUAN (R.A), « Les groupes armés non étatiques comme destinataires des sanctions n'impliquant pas l'emploi de la force », In *Mélanges en hommage au Professeur TAVERNIER* (P), pp. 315-329, plus précisément p. 315. Voir également la thèse soutenue par le même auteur PRIETO SANJUAN (R.A), *Contribution à l'étude de la responsabilité internationale des entités non étatiques participant à un conflit armé non international*, Thèse, Paris 2 Panthéon-Assas, 2000.

Section 1 Un dispositif à perfectionner

Face aux atrocités commises dans le cadre des conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques, les réponses ont été dans un double sens à savoir l'imposition de mesures visant directement les GANE d'une part, et d'autre part ces mesures visent les hauts responsables de ces structures dans le but de mettre fin à ces agissements répréhensibles. La mesure la plus emblématique parmi celles-ci est sans doute l'embargo (§1) à laquelle se sont greffées d'autres types de mesures regroupant des restrictions de tout genre (§2).

Paragraphe 1 Les sanctions globales

L'embargo est un acte ayant une forte charge symbolique en ce qu'il permet d'exprimer la profonde réprobation de la Communauté Internationale face aux graves agissements, d'une entité étatique ou non étatique, qui sont contraires au DIH et au DIDH dans le cadre d'un conflit armé. Visant initialement les entités étatiques, cette mesure est désormais prise à l'encontre des entités non étatiques (A). Néanmoins, pour nous, son bilan est mitigé (B).

A L'application de l'embargo à des GANE

Le premier exemple concernant les entités non étatiques, de l'ère moderne, concerne la Rhodésie du Sud, actuel Zimbabwe. Il fait suite à la déclaration d'indépendance, de cette ancienne colonie britannique le 11 novembre 1965, qui installe un régime minoritaire et raciste calqué sur le modèle de l'Apartheid déjà en vigueur en Afrique du Sud voisine. La Résolution 216, en date du 12 novembre 1965, du Conseil de Sécurité des Nations Unies condamne non seulement cet acte mais aussi prie les autres Etats de ne pas reconnaitre le régime autoproclamé et de lui refuser toute assistance. Le Conseil de Sécurité va poursuivre son œuvre de construction en précisant, dans sa Résolution 217 du 20 novembre 1965, un peu plus les termes de sa menace. Ainsi il demande à l'ancienne puissance colonisatrice de prendre toutes les mesures appropriées pour mettre fin à ce régime. Il réitère

la même demande aux autres Etats pour rompre toutes relations économiques avec lui. Concrètement, cela équivaut à un embargo. Le Conseil de Sécurité, conformément au Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies, demande à la défunte Organisation de l'Unité Africaine (ci-après OUA)[665] de l'aider à l'application de cette résolution. Dans la foulée l'OUA décide de mettre en œuvre des sanctions économiques immédiates et menace même de rompre ses relations diplomatiques avec la Grande Bretagne au cas où cette dernière n'écrase pas la rébellion.[666]

Ce « précédent Rhodésien »[667] est en réalité une sanction d'un comportement d'un entité non étatique. En effet, ces mesures n'ont été prises qu'après le constat de la menace, contre la paix et la sécurité internationale, que représente la situation en Rhodésie du Sud. Le Conseil de Sécurité des Nations Unies, dans sa résolution 232 du 16 décembre 1966, se réfère expressément aux articles 39 et 41 de la Charte pour imposer des mesures visant les importations et les exportations, ainsi que l'aide économique et financière à la Rhodésie du Sud. Un peu plus tard le Conseil de Sécurité des Nations Unies procède à un renforcement des sanctions qui deviennent alors globales et totales. Ainsi dans ses Résolutions, 253 du 29 mai 1968 et 277 du 18 mars 1970, il interdit toute relation commerciale et financière avec ce pays notamment les investissements, les communications aériennes et terrestres. Il s'agit là en réalité d'une première tentative « pour faire sortir le Chapitre VII du musée des institutions internationales »[668]. Néanmoins, il faut le signaler, ce n'est pas à l'encontre d'une entité étatique que ces mesures sont adressées mais bien à l'égard d'une entité non étatique à savoir les autorités de l'autoproclamée Rhodésie du Sud que des mesures institutionnelles de contrainte

[665] En 1963, les États africains indépendants créèrent l'Organisation de l'unité africaine (OUA) à Addis-Abeba en Éthiopie. A la fin des années 90, cette dernière va entamer une phase de réadaptions de ses institution pour faire face aux mutations et aux bouleversements de la scène internationale. Ainsi L'on arrive à l'adoption de la Déclaration de Syrte (Libye) du 9 septembre 1999, qui prévoit la création de l'Union africaine (U.A) . Son Acte Constitutif est adopté lors du Sommet de Lomé au Togo le 11 juillet 2000. Il entre en vigueur en mai 2001. La 38ème Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA, tenue le 9 juillet 2002, à Durban, en Afrique du Sud, proclame la naissance officielle de l'Union africaine. Elle compte actuellement 55 Etats membres au 30 juillet 2018.

[666] Voir Session extraordinaire du Conseil des Ministres de l'OUA, à Addis-Abeba, in ROUSSEAU (Ch), « Chronique », *RGDIP*, 1967, p. 474.

[667] Cette expression est empruntée à PRIETO SANJUAN (R.A), « Les groupes armés non étatiques comme destinataires des sanctions n'impliquant pas l'emploi de la force », *Op. Cit*., p. 318.

[668] COLLIARD (Cl. A), *Institutions internationales*, 5e édition, Dalloz, Paris, 1970, n°409, p. 390.

ont été décidées. Ces mesures vont demeurer isolées pendant de longues années et coïncident avec le blocage intervenu au sein du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

Pendant presque trois décennies, la Guerre Froide s'est déroulée sans confrontation directe entre les leaders des deux blocs. Néanmoins, cet affrontement s'est déroulé par l'intermédiaire d'entités sous-traitées par chacun d'eux. Dès lors chaque bloc s'érige en protecteur de ses alliés sur le terrain en usant de tous les moyens pour bloquer toute sanction au niveau international, particulièrement au sein des Nations Unies. Cette situation a conduit à une paralysie de son organe exécutif, qu'est le Conseil de Sécurité, et ce jusqu'à la fin de la Guerre Froide après la Chute du Mur de Berlin. L'on a dès lors assisté à un regain d'activité du Conseil de Sécurité des Nations Unies qui va particulièrement sévir contre des GANE tout aussi actif en cette décennie 90 et après[669].

Les premières mesures, de cette nouvelle, ère visent des entités non étatiques qui violent les engagements qu'elles ont prises dans le cadre d'accord de cessez-le-feu ou de sortie de crise *post* conflit armé. En effet, les Khmers Rouge[670] et l'Union Nationale pour l'Indépendance Totale de l'Angola (ci-après UNITA)[671] vont subir des mesures particulièrement contraignantes pour les amener à respecter les obligations qu'ils ont souscrits. Si la situation au Cambodge était déjà en voie de résolution, le conflit angolais lui va regagner en intensité. Le Conseil de Sécurité des Nations Unies et l'OUA vont, chacun de son côté, condamner l'UNITA en lui infligeant des sanctions très lourdes. Ainsi dans sa Résolution du Caire du 30 juin 1993, l'OUA condamne l'UNITA en tant que responsable de massacres et de la destruction d'infrastructures sociales. Sous sa recommandation, le Conseil de Sécurité des Nations Unies adopte la Résolution 851, du 15 juillet 1993,

[669]Utilisés à deux reprises seulement pendant la période de la Guerre froide (contre les régimes racistes de Rhodésie du Sud et de l'Afrique du Sud, l'ONU y a eu recours 27 fois de 1990 à 2007.

[670] Voir les Accords de Paris, du 23 octobre 1990, adoptés sur la base du partage du pouvoir et d'une administration intérimaire assurée par l'ONU dits plan Evans. Ainsi en application de ces accords est mis sur pied l'Autorité provisionnelle des NU au Cambodge (APRONUC) qui devait assurer la période de transition. Dans le même sens voir les Résolutions S/Rés. 766 du 21 juillet 1992, 783 du 13 octobre 1992 et 792 du 30 novembre 1992.

[671] Voir les Accords de Bicesse (Portugal) du 1er mai 1991 conclus alors que la situation sur le terrain était particulièrement volatile.

condamnant l'UNITA pour violation des accords et du droit humanitaire. Le Conseil de Sécurité des Nations Unies invoque expressément le Chapitre VII de la Charte et décide de l'interdiction de la vente ou de la provision d'armements, ou d'assistance militaire à l'UNITA, de même que de pétrole et de produits pétroliers à destination du territoire Angolais et ce, par tout moyen : terrestre, aérien ou maritime. Dans la même lignée, le conflit armé en Sierra Leone va donner l'occasion d'exposer une large coordination entre les différents acteurs internationaux en vue de contraindre les GANE, en lice, à respecter le droit international.

C'est d'abord l'organisation régionale, la Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest (ci-après CEDEAO), qui a imposé les mesures nécessaires par l'imposition d'un embargo général et total assuré par un blocus maritime, aérien et terrestre ainsi que l'interdiction de transactions commerciales et d'importations en provenance et à destination de ce pays[672]. Ensuite elle a remonté le problème au niveau continental[673] et enfin au niveau universel[674].

Tous ces exemples démontrent que cette mesure a pour objectif de sanctionner des agissements d'un GANE qui sont en contradiction avec des engagements qu'il a souscrit mais aussi découlant du DIH et du DIDH. C'est donc une forme de responsabilité qui ne dit pas son nom, informelle et en tous les cas non juridictionnelle car prononcée par des entités éminemment politiques et non juridictionnelles. Néanmoins nous les prenons en compte pour démontrer qu'il existe bien une forme de sanction à l'égard des GANE pour non-respect du DIH, du DIDH mais également tout engagement contribuant à instaurer ou réinstaurer une paix durable. Mais il faut relativiser la portée de cette mesure.

Elle ne peut être efficace que si elle est appliquée strictement et simultanément avec d'autres types de mesures coercitives. Or pendant longtemps ces mesures ont été appliquées exclusivement. D'où les résultat mitigés qu'elles ont entrainé car

[672] Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, Abuja (République Fédérale du Nigéria), le 29 août 1997.
[673] Trente-troisième Sommet de l'OUA, Harare, du 2-4 juin 1997.
[674] Voir S/Rés. 1156 du 16 mars et 1171 du 5 juin 1998.

parfois sa mise en œuvre demande une réelle volonté et beaucoup de moyens d'où les difficultés que nous allons aborder dans la partie qui suit.

B Une mesure aux résultats mitigés

Les embargos font débat. Leur manque d'efficacité a été souvent stigmatisé et les cas de leurs violations sont nombreux. Le manque de respect pour un outil qui est ce que les Nations unies ont de plus contraignant pour réduire un conflit - mis à part le recours à la force armée - pose le problème de l'amélioration nécessaire de son usage.

Si l'embargo peut, dans certains cas, apparaître comme un outil performant qui perturbe les approvisionnements et les trafics des GANE, il ne faut pas oublier qu'il frappe aussi indistinctement les populations des zones visées. Il leur inflige ainsi souvent de graves souffrances, sans toucher directement, efficacement les protagonistes qui trouvent toujours la parade pour faire face aux restrictions.

L'efficacité des embargos sur l'approvisionnement en armes et munitions est une question majeure qui conditionne l'avenir même de telles mesures. Légalement, il est du devoir des États membres des Nations unies d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité et, de surcroît, nul État ne peut prétendre ignorer les décisions dudit Conseil. Or, le non-respect des embargos sur les armes a été mis en exergue, non seulement par les enquêtes des Groupes d'experts pour les divers Comités des sanctions, mais également par des organismes spécialisés dans le droit humanitaire et les efforts de paix[675].

[675] Les violations des embargos sur les armes ont été prolongées et systématiques au Libéria, de la part du gouvernement en place et de divers groupes alliés. Si les premières mentions d'une quelconque violation datent de 1999, lorsque des Britanniques, appuyés par des Américains, ont fait état d'une livraison importante d'armes (63 tonnes) de l'Ukraine au Burkina Faso en mars 1999 et d'une réexportation ultérieure au Libéria et en Sierra Leone, ce qui a provoqué la saisie des deux comités des sanctions, c'est la mise en place des Groupes d'experts au Libéria à partir de 2001 qui a confirmé et surtout mis en lumière les filières d'approvisionnement et les techniques utilisées pour contourner l'embargo. Les trois premiers rapports des Groupes d'experts entre 2001 et 2003 (S/2001/1015 du 26 octobre 2001, S/2002/470 du 19 avril 2002 et S/2002/1115 du 25 octobre 2002) ont dévoilé les ramifications au Libéria de l'organisation contrôlée par Victor BOUT, avec notamment l'utilisation d'aéronefs. Plusieurs cas significatifs des méthodes utilisées pour contourner l'embargo ont été mis à jour, avec notamment l'utilisation des pays voisins du Libéria et le recours à des marchands d'armes sans scrupules.

A cet égard, la création de Comités des sanctions[676] par le Conseil de sécurité de l'ONU et, depuis 1999, la nomination de Groupes d'experts[677] chargés de lui présenter des rapports sur l'état de l'application des mesures onusiennes, ont permis de faire des constatations importantes et de fournir des données servant de bases à des analyses ultérieures. Elles doivent permettre de déceler les failles de ces dispositifs et proposer les pistes d'amélioration envisageable pour renforcer l'efficacité de ces mesures.

Les mesures d'embargo ont pour vocation de tarir les sources d'approvisionnement en armes, munitions et en tout genre de ressources qui renforcent ou maintient les capacités des belligérants. Ainsi ces mesures répondent à plusieurs objectifs et en particulier à celui d'induire un changement d'attitude des acteurs identifiés comme fauteurs de troubles. Il n'en reste pas moins qu'en pratique, il faut quantifier l'efficacité des mesures en disposant de données mesurables. En effet l'on doit vérifier s'il y a une réelle gêne de la part des acteurs dans leur approvisionnement en armes et en munitions ou dans l'écoulement de leur production de matières premières. L'on doit aussi observer l'influence sur le conflit, de ces mesures, sa durée, son intensité, les rapports de

Ainsi, en Ouganda, l'armée a importé depuis la Slovaquie des fusils d'assaut qui ne correspondaient pas à son cahier des charges. Le courtier a récupéré lesdites armes et, au lieu de les renvoyer dans leur pays d'origine, les a expédiées au Libéria par avion le 22 novembre 2000. L'enquête a révélé qu'une des compagnies aériennes impliquée était liée à Victor BOUT (Voir paras 174 à 188 du Rapport du Panel S/2001/1015).
En juillet 2000, un Illyouchine 18 a transporté des pales et des pièces d'hélicoptère de combat MI-24 du Kirghizstan à Monrovia en indiquant la Guinée comme destination finale et utilisant un certificat d'utilisateur final guinéen. Des vols suspectés de transférer des munitions depuis Abidjan à Monrovia en juillet 2000 ont également été répertoriés. A nouveau, un proche de Victor BOUT était impliqué dans la transaction, d'après le rapport du Groupe. Le Groupe a pu remonter la source des munitions (5 millions de cartouches) en provenance d'Abidjan et retrouver le certificat d'utilisateur final ivoirien. Il est significatif que l'appareil qui a servi à transporter ces cartouches (113 tonnes) d'Abidjan à Monrovia soit le même Illyouchine 18 utilisé pour les fusils en provenance d'Ouganda.
Les violations se sont poursuivies en 2001, 2002 et 2003 avec notamment des livraisons directes à Monrovia en provenance de l'ex-Yougoslavie en 2002, des munitions du LURD (mortiers de 81mm) dont le traçage a permis de déterminer qu'ils faisaient auparavant partie d'une aide fournie à la Guinée Conakry par les Emirats arabes unis (Para. 94, Rapport S/2002/1115).

[676] Le Comité des sanctions reçoit mandat de veiller à l'exécution des sanctions définies dans la résolution. Les sanctions peuvent être constituées d'embargos divers, d'interdiction de visa, de gel des avoirs économiques et financiers, de restrictions aux déplacements etc.

[677] Des groupes d'experts indépendants ont été chargés d'enquêter sur la mise en œuvre des sanctions dans le cas de l'Angola, de la Sierra Leone, du Libéria, de l'Afghanistan, de la RDC et de la Côte d'Ivoire.

forces ou les capacités militaires de chaque partie. Pour que l'embargo soit efficace, il doit empêcher l'arrivée ou permettre de saisir des armes et munitions à destination des entités frappées par cette mesure. Cependant ces vérifications font face à deux types de difficultés.

La première de ces difficultés est de nature « systémique » : elle est liée au fonctionnement même des régimes de sanctions qui sont imposés alors même que la situation sur le terrain s'est déjà fortement dégradée. En effet, et de manière générale, l'adoption d'un embargo relève plus de la réaction émotive que de la mise en œuvre d'une véritable stratégie. Entre le temps où les agissements répréhensibles du GANE sont constatés et le moment où les mesures contre lui sont prises, il peut s'écouler beaucoup de mois de sorte qu'elles viennent souvent en retard par rapport aux urgences sur le terrain. Ce décalage entre le temps de la commission des faits reprochés au GANE et la concrétisation des mesures sur le terrain constitue une grosse faille dans le système des sanctions. La Communauté Internationale semble ainsi marquer un temps de retard sur les événements et manque ainsi d'anticipation. Elle reflète également les fortes dissensions au sein de ses membres qui dénote des intérêts divergents car les différents acteurs essayent de protéger et défendre leurs intérêts en jouant non seulement sur l'ampleur des sanctions mais aussi en fermant les yeux sur certaines violations.

La seconde difficulté découle de la complicité active de certains pays qui rechignent à appliquer les mesures ou posent des actes en violation de ces mesures.[678]. La résolution 1343 du Conseil de Sécurité des Nations Unies est remarquable car elle prend appui sur le fait que le Conseil, dans ses attendus, se dit profondément préoccupé par l'accumulation de preuves formelles présentées dans le rapport du Groupe d'experts, qui montrent que le gouvernement libérien appuie activement le Revolutionary United Front (ci-après RUF) à tous les niveaux. Elle inflige donc des

[678] La complicité de certains acteurs rend difficilement applicable les mesures d'embargo sur le terrain. Nous pouvons signaler le rôle trouble de l'Ex-Zaïre (actuel RDC) par rapport à l'embargo visant l'UNITA, ou du Libéria sur celui concernant le Front Révolutionnaire Uni (ci-après RUF). Sans la ferme volonté de certains acteurs, les mesures visant les GANE risquent d'être difficilement applicables pour atteindre les résultats escomptés. Voir dans le même l'intéressant article de NOSSAL (K.R), « Smarter, Sharper, Stronger ? UN Sanctions and Conflict Diamonds in Angola », Enhancing Global Gouvernance : towards New Diplomacy ? COOPER (F.A), ENGLISH (J) and THAKUR (R) (eds), UN University Press, 2002, pp. 1-18.

sanctions au Libéria pour son interventionnisme dans les affaires de la Sierra Leone, elle-même sous embargo, et notamment pour son activité dans l'écoulement des diamants, biens également sous embargo en Sierra Leone à cette période[679]. Sur le terrain, en 2001, le gouvernement libérien, présidé par TAYLOR (C), a continué d'appuyer militairement le RUF[680].

Tous ces éléments nuisent à l'efficacité de cette mesure. Le contrôle de l'application des embargos a également révélé les faiblesses du système international de contrôle des armes. Ainsi, un certain nombre de techniques de contournement d'embargos sont maintenant connues. Avec le recul, si l'on considère les résultats de plusieurs années de sanctions et d'embargos sur les armes et les matières premières, les espoirs quant à un changement d'attitude de la part des GANE sanctionnés se sont évanouis. En règle générale, les menaces d'embargo ne les freinent pas. Au contraire, ces menaces entraînent une activité fiévreuse pour se procurer encore plus d'armes et de munitions afin de renouveler les stocks ou pour écouler les matières que ces GANE détiennent afin de parer à toute éventualité. Aussi il est difficile de déterminer la part de succès attribuable à un régime de sanctions lorsque l'objectif a été atteint, étant donné la multitude de facteurs qui peuvent intervenir.

Ainsi l'on est ainsi arrivé à la conclusion que l'embargo à lui seul ne peut suffire à canaliser un conflit armé d'où la nécessité des mesures nouvelles. L'embargo a ceci de particuliers qu'il vise une entité, un groupe pris dans sa globalité. Ainsi elles diffèrent des mesures individuelles qui sont plus ciblées.

Paragraphe 2 Les sanctions ciblées

Face aux conséquences néfastes des sanctions indiscriminées notamment l'embargo qui frappent sans distinction, les sanctions ciblées ont pour vocation d'atteindre directement les auteurs des faits déclencheurs de la réponse

[679] Résolution 1306 du 5 juillet 2000.

[680] C'est en 2003 que le Conseil de sécurité des Nations unies en a tiré les conséquences en adoptant la résolution 1521 qui a supprimé le Comité des sanctions créé par la résolution 1343 et qui a établi de nouvelles bases pour l'embargo. Cette résolution 1521 a été adoptée le 22 décembre 2003, soit après la fin des hostilités et le départ en exil du président Taylor le 11 août 2003.

internationale. Elles touchent directement les dirigeants du GANE sanctionné sans porter atteinte au bien-être de la population vivant sur le territoire contrôlé par ce dernier et sans pénaliser les Etats voisins[681]. Les sanctions globales sont effectivement trop dangereuses car elles frappent les populations en restreignant l'importation des produits alimentaires et des médicaments. Les dommages infligés à la population semblent véritablement disproportionnés en comparaison de l'objectif que les sanctions cherchent à atteindre.

Les sanctions ciblées doivent permettre d'infléchir la position des différents acteurs pour les amener à se conformer aux prescriptions du DIH, du DIDH ou des accords signés entre les différents protagonistes. Pour ce faire, des sanctions visant leurs avoirs (A) sont prises avec souvent des interdictions de voyage à destination de certains pays (B).

A Les sanctions financières

Cette mesure vise à frapper le GANE dans ses moyens financiers pour réduire sa capacité de nuisance sur le terrain. Un immense effort a été fait en ce sens pour identifier les sources de revenus des GANE, les tracer et les geler au besoin. Cette opération consiste donc en une séquestration des fonds appartenant à un GANE qui sont domiciliés dans des institutions financières d'un Etat.

Mais pour qu'elles soient efficaces, les mesures ciblées doivent impérativement être accompagnées d'autres mesures permettant de lutter contre les violations des sanctions. La raison pour laquelle les mesures d'embargo n'ont pas pu empêcher les GANE d'acheter des armes est l'assistance qu'ils ont reçue de l'étranger. Le trafic de diamants a également largement permis d'alimenter des conflits armés particulièrement meurtriers comme en Sierra Leone, en Angola ou en RDC. Mais des efforts importants commencent à porter leurs fruits comme c'est le cas du

[681] MEDHI (R), « Les Nations Unies et les sanctions, le temps des incertitudes », in MEDHI (R) (eds), *Les Nations Unies et les sanctions: Quelle efficacité?*, Huitièmes rencontres internationales d'Aix en Provence, 10 et 11 septembre 1999, Pedone, Paris, 2000, p. 40.

processus Kimberley qui a réuni des experts pour trouver les moyens de lutter contre le commerce illicite de diamants bruts[682].

La solution qui a ainsi été élaborée est la mise en place d'un système international de certification. Ainsi, toute importation de diamants devra être accompagnée d'un certificat, garantissant son origine, impossible à falsifier. Au-delà de la question du trafic de diamant, beaucoup d'autres trafics alimentent les CANI dont ils sont très souvent les soubassements.

La vocation de ces mesures est de briser la capacité des GANE en le privant de ses sources de revenus qui lui permette de continuer le conflit en commettant de multiples exactions, ou l'empêche de se mettre à la table des négociations. Ainsi ces sanctions doivent être limitées dans le temps et évolutives.

Il faut effectivement privilégier une approche progressive des sanctions pour se doter d'un levier de pression face aux GANE visés. Ainsi les sanctions doivent osciller entre la limitation des exportations et les interdictions totales des matières premières dont le commerce alimente les finances du GANE.

Les sanctions financières peuvent également frapper non seulement les finances du GANE mais aussi celles des individus qui leur apportent aide et soutien. Ainsi le gel des fonds, des avoirs financiers et des ressources économiques peut frapper aussi bien des individus que des entités dont le rôle est avéré dans les exactions lors de conflits armés. L'on peut citer les cas de la RDC, de la Côte d'Ivoire, du Soudan, du Libéria du Liban ou de l'Afghanistan[683]. Depuis plusieurs années, les

[682] Le Processus de Kimberley est un forum de négociation internationale tripartite réunissant les représentants des États, de l'industrie du diamant et de la société civile depuis mai 2000. En novembre 2002, les négociations entre les gouvernements, des représentants de l'industrie internationale du diamant et des organisations de la société civile aboutissent à la création du système de certification du processus de Kimberley (SCPK). Le document officiel du système de certification définit les conditions de contrôle de la production et du commerce de diamants bruts. Le système de certification du processus de Kimberley est entré en vigueur en 2003, lorsque les pays participants ont commencé à l'appliquer. L'objectif du Processus de Kimberley est de prévenir l'entrée des diamants de conflits dans le marché international, notamment les diamants de conflits armés qui sont des diamants bruts utilisés par les mouvements rebelles pour financer leurs activités militaires.

[683] Voir les Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies qui demandent aux Etats de geler les fonds, autres avoirs financiers et ressources économiques qui sont en la possession ou sous le contrôle des personnes ou des entités que le Comité aura décidé de faire figurer sur la liste récapitulative. *Cf.*, Résolution 1807 (2008) et 1896 (2009) s'agissant de la RDC, 1591 (2005) pour le

sanctions financières sont couplées à des restrictions de déplacement visant cette fois-ci les principaux dirigeants des mouvements et des GANE incriminés. Cette combinaison vise à renforcer l'efficacité de ces dispositifs.

B Les restrictions à la mobilité

Les sanctions ciblées concernent aussi les interdictions de déplacement à l'étranger. Par essence, elles visent à prévenir l'entrée, le passage ou le transit sur le territoire de personnes et entités désignées par les interdictions et les restrictions.

Elles visent non seulement les dirigeants mais aussi leur famille. L'objectif étant d'isoler les dirigeants des GANE sur le plan international. Ces sanctions donnent lieu à l'établissement d'une liste nominative des personnes directement visées par ces mesures. Ainsi à la suite des multiples violations des accords de Bicesse, du Protocole de Lusaka et des différentes résolutions de l'ONU, le Conseil de Sécurité des Nations Unies inflige plusieurs sanctions à l'UNITA qui demandent aux autres Etats de fermer ses bureaux à l'étranger, d'interdire l'entrée sur leur territoire à ses dirigeants ainsi qu'à leurs familles. Des mesures complémentaires ont été prises pour interdire également le vol des avions de ce groupe armé.

Ces mesures frappent de plein fouet le GANE à un niveau élevé. Elles perturbent ses actions sur le terrain et à l'étranger. En prenant exemple sur le cas de l'UNITA, les restrictions à la mobilité imposées par la communauté internationale ont permis aux forces gouvernementales angolaises d'avoir un avantage considérable sur les insurgés. En effet, coupés de leur base arrière en Zambie et au Zaïre (actuel RDC), les insurgés ont vu leur défaite militaire s'accélérer. Ils sont ainsi privés de voies extérieures de ravitaillement et aussi d'exportation des ressources des régions qu'ils contrôlent.

Soudan, 1572 (2004) pour la Côte d'Ivoire, 1532 (2004) pour le Libéria. Pour avoir une vision exhaustive sur la question voir le site du comité de sanction https://www.un.org/sc/suborg/fr/sanctions/un-sc-consolidated-list#4, dernière consultation 10 novembre 2017.

De même les restrictions à la mobilité ont pour objectif d'isoler diplomatiquement les dirigeants des GANE visés. Ces mesures signifient clairement une cessation de relations officielles entre le GANE et les pays qui mettent de telles mesures à exécution.

Toutes ces restrictions et ces mesures qui venons d'analyser sont prises à l'encontre de GANE dont le comportement sur le terrain est en contradiction flagrante avec les prescriptions du DIH, du DIDH et dans certains cas de leurs engagements. La réaction de la communauté internationale face à de tels agissements entraine donc des mesures de plusieurs types pour briser la capacité des GANE à perpétuer ces actes. Ainsi d'un dispositif initial dépassé, l'on est passé à des mesures plus adaptées à la réalité de la mutation du terrain. Cependant même ces dernières doivent désormais évoluer pour s'adapter, d'où la nécessité des mesures que nous aborderons ci-après.

Section 2 La nécessité des mesures nouvelles plus appropriées

A un refus absolu de toute responsabilité internationale du GANE, le droit international oppose une réponse extrajudiciaire, une réponse politique. Elle demeure non seulement politique mais aussi elle a tendance à oublier les victimes. Tantôt elle a servi à punir les hauts responsables, tantôt elle a permis de réduire la capacité de nuisance du GANE comme nous l'avons démontré *supra*. Dans les deux cas, la victime est toujours la grande oubliée de ce processus. Elle n'est pas partie au procès et ses intérêts sont secondaires. Néanmoins le statut de la CPI à la suite des TPI *ad hoc* a insufflé une nouvelle dynamique, (Paragraphe 1), mais qui demande à être peaufinée et améliorée (Paragraphe 2) car en honorant le droit des victimes à un recours et à réparation, la communauté internationale tient ses engagements en ce qui concerne la détresse des victimes, des survivants et des générations futures, et réaffirme les principes juridiques internationaux de responsabilité, de justice et de primauté du droit[684].

[684] Résolution de l'Assemblée Générale des Nations unies, A/Res/60/147, 16 décembre 2005.

Paragraphe 1 L'évolution de la prise en compte des victimes

Avant l'établissement de la Cour pénale internationale, aucune juridiction internationale ne permettait aux victimes de demander et recevoir réparation contre les auteurs des crimes qu'elles avaient subis. Les victimes ne sont en effet pas autorisées à demander réparation devant les Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda (TPIY et TPIR), les juges ne pouvant qu'ordonner la restitution de leurs biens[685]. Le seul espoir pour les victimes d'obtenir une indemnisation est d'intenter une action devant les tribunaux nationaux de leur pays, sur la base de l'arrêt de condamnation rendu par l'un de ces deux tribunaux pénaux internationaux[686].

Les TPI *ad hoc* ont, néanmoins, ouvert une nouvelle ère pour les victimes dans la procédure devant leur prétoires. Désormais, une place de choix leur est faite dès la phase d'enquête jusqu'au déroulement du procès. Cette nouvelle donne a d'abord été actée par les Statuts des TPI *ad hoc* (A) avant d'être améliorée par le Statut de Rome instituant la CPI (B).

A Le début de la prise en compte par le TPIY et le TPIR

Lors des grands procès de l'après SGM, l'objectif était clairement défini. Il fallait juger uniquement les responsables des atrocités qui y ont été commises sans faire une grande place aux victimes même si leur sort n'était pas totalement ignoré par les deux différents tribunaux. Les demandes des victimes doivent être directement traitées au niveau national. La situation va évoluer lentement lors de l'adoption des statuts de TPI *ad hoc*.

[685] Articles 24.3 du Statut du TPIY et 23.3 du Statut du TPIR qui disposent que : le Tribunal « peut ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites (…) ».

[686] La Règle 106 du Règlement de procédure et de preuve des deux Tribunaux dispose que le Greffier « transmet aux autorités compétentes des États concernés le jugement par lequel l'accusé a été reconnu coupable d'une infraction qui a causé des dommages à une victime ». Les juridictions nationales sont liées par le jugement du Tribunal : « le jugement du Tribunal est définitif et déterminant quant à la responsabilité pénale de la personne condamnée ».

A la lecture des statuts des TPI *ad hoc*, l'on a tendance à croire que des leçons ont été tirées du déroulement des procès des TMI des lendemains de la SGM. Ainsi contrairement aux victimes des crimes abominables commis pendant cette guerre, qui ont été les grands oubliés des procès de Nuremberg et Tokyo, ceux des conflits au Rwanda et en Ex-Yougoslavie ont timidement trouvé une place jusque-là jamais offertes aux victimes dans le cadre d'un procès pénal international. Initialement, les victimes sont renvoyées vers les tribunaux nationaux ou les autres mécanismes existants pour traiter leur demande de compensation. La situation change lors de la création du TPIY.

Le Conseil de Sécurité des Nations Unies décide alors que « la tâche du Tribunal sera accomplie sans préjudice du droit des victimes de demander réparation par les voies appropriées pour les dommages résultant de violations du droit international humanitaire »[687]. Certes le Conseil reconnait explicitement que la victime, des violations du DIH, peut avoir un droit à la réparation, mais il affirme du même souffle qu'il n'est pas du ressort du TPIY d'être saisi pour de telles requêtes. La Règle de procédure 105, qui apparaît dans les Règlements du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie et les Règlements du Tribunal pénal pour le Rwanda, va un peu plus loin dans l'affirmation du droit des victimes[688]. Cette règle dispose

[687] Voir le Paragraphe 7 de la Résolution 827 du 25 mai 1993 pour le jugement des personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie depuis 1991, Rés. CS 827 (1993) Doc. Off. CS NU, 3217, Sess., Doc. NU S/RES/827 (1993) *[Résolution* 827 *du* 25 *mai* 1993, *TPIYJ.*

[688] Article 105 A) « Après jugement de culpabilité contenant le constat spécifique prévu au paragraphe B) de l'article 98 ter, la Chambre de première instance doit, sur requête du Procureur, ou peut, d'office, tenir une audience spéciale pour déterminer les conditions spécifiques dans lesquelles devra être restitué le bien en question ou le produit de son aliénation. La Chambre peut ordonner dans l'intervalle les mesures conservatoires qu'elle juge appropriées pour la préservation et la protection du bien et du produit de son aliénation ». (Amendé le 25/07/1997, amendé le 10/07/1998).

B) La décision de restitution s'étend au bien et au produit de l'aliénation du bien même s'il se trouve entre les mains de tiers n'ayant aucun rapport avec les infractions dont l'accusé a été reconnu coupable.

C) Les tiers sont cités à comparaître devant la Chambre de première instance et ont la possibilité de justifier leur possession du bien ou du produit de son aliénation.

D) Si la Chambre de première instance peut, à l'examen des preuves et de leur force probante, déterminer qui est le propriétaire légitime, elle ordonne la restitution à ce dernier du bien ou du produit de son aliénation, ou prend toute autre mesure qu'elle juge appropriée. (Révisé le 30/01/1995).

E) Si la Chambre de première instance ne peut pas déterminer qui est le propriétaire légitime du bien, elle en informe les autorités nationales compétentes et leur demande de le déterminer.

de la procédure à suivre en ce qui a trait à la restitution des biens acquis illicitement par l'accusé déclaré coupable. Cette règle concerne donc les victimes, puisque c'est à celles-ci que retourneront les biens ou le produit de son aliénation, comme le spécifie la règle. La victime fait toutefois peu partie du processus menant à la restitution des biens illicitement acquis par l'accusé. Elle a un rôle secondaire.

La victime ne peut présenter elle-même une requête en restitution de ses biens. En effet, la règle 98 ter B) du RPP dispose que si, à l'examen des preuves, il est établi que l'infraction pour laquelle l'individu est déclaré coupable a donné lieu à l'acquisition illicite d'un bien, la Chambre de première instance le constate spécifiquement dans son jugement et peut ordonner la restitution de ce bien. La victime ne peut donc aucunement utiliser ce moyen pour obtenir réparation. Elle n'est pas non plus impliquée dans le processus de restitution, ni dans l'identification des biens potentiellement restituables. La norme établie en matière de réparation pour les victimes des conflits sur lesquels le TPIR et le TPIY ont compétence reste donc celle énoncée à la Règle 106 RPP qui dispose que « la victime ou ses ayants droit peuvent, conformément à la législation nationale applicable, intenter une action devant une juridiction nationale ou tout autre institution compétente, pour obtenir réparation du préjudice ».

Le droit des victimes à obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi est incontestablement établi devant les TPI *ad hoc*. Cependant, les mécanismes appropriés devant leur permettre de véritablement obtenir cette réparation fait face à des grands obstacles. En effet on ne peut nier qu'il s'agit d'un pas dans la bonne direction pour les victimes, même si beaucoup reste à faire. Elles doivent se retourner vers les mécanismes mis en place à l'extérieur du cadre de la justice pénale internationale pour voir de quelles façons elles peuvent obtenir une forme

F) Après notification par les autorités nationales qu'elles ont procédé à cette détermination, la Chambre de première instance ordonne la restitution du bien ou du produit de son aliénation, selon le cas, ou prend toute autre mesure qu'elle juge appropriée. (Révisé le 30/01/1995).
G) Le Greffier transmet aux autorités nationales compétentes les citations, les ordonnances et les demandes rendues par une Chambre de première instance conformément aux paragraphes C), D), E) et F) du présent article. (Révisé le 30/01/1995)

de réparation. Autrement dit, les victimes doivent se retourner vers les juridictions nationales.

Or une telle situation complique le cas des victimes déjà durement éprouvées. En effet, il est difficile pour les victimes d'obtenir justice dans des situations post-conflit où les structures étatiques sont très fortement perturbées. Dès lors renvoyer cette question aux juridictions nationales équivaut à demander aux victimes plusieurs années de patience avant la reconstruction d'un système judiciaire à même d'écouter leur prétentions.

De même l'on peut légitimement douter de l'impartialité de la justice nationale notamment à l'égard des prétentions des victimes de la partie adverse qui n'est pas aux commandes de l'Etat[689]. Autrement dit, la justice nationale ne peut pas avoir les mains libres pour sévir contre des responsables de faits qui président aux destinées du pays en question au moment du procès. En ce sens la justice internationale est incomplète car il ne peut y avoir de justice sans justice pour les victimes. Depuis les TMI jusqu'à l'instauration de la CPI la justice pénale internationale n'a qu'une seule prétention principale à savoir la répression des auteurs des actes relevant de sa compétence. Le sort des victimes passe au second plan lorsqu'il n'est pas oublié.

Même si l'avènement des TPI *ad hoc* a constitué une avancée majeure en matière de prise en compte des victimes, le choix n'a, finalement, été fait que dans le statut de la CPI, dans le but de conférer aux victimes une place plus éminente que celle qui leur était jusque-là réservée.

B Les améliorations apportées par le Statut de la CPI

Lors des négociations du Statut de Rome pour la Cour pénale internationale, des règles ont été mises en place pour répondre de façon plus adéquate aux besoins des victimes. Un des problèmes majeurs qui a été dégagé de l'expérience des TPI

[689] Nous pouvons citer l'exemple de la Côte d'ivoire où seules les victimes des forces rebelles, aujourd'hui au pouvoir, attendent toujours l'engagement des poursuites aussi bien au niveau nationale qu'au niveau de la CPI. Malgré les exactions commises par les deux parties, au conflit armé qui s'est déroulé dans ce pays de 2002 à 2011, seuls les responsables de ex-forces loyalistes ont été jusqu'à présent traduits devant les tribunaux nationaux et internationaux.

ad hoc est celui de la protection adéquate des victimes et des témoins ainsi que la prise en charge de leurs besoins pendant, mais aussi avant et après, leur implication avec les institutions judiciaires internationales[690].

Cette innovation introduite par le Statut de Rome est un pas de géant à condition d'être mis en œuvre concrètement au profit des victimes. En effet, contrairement aux Statuts du TPIY et du TPIR, le Statut de Rome a prévu la création de Fonds au profit des victimes[691]. Cette lacune, qui a été interprétée comme un défaut majeur de TPI *ad hoc* à rendre justice en faveur des victimes, a donc été corrigée avec la création de ce Fonds. En ce sens l'article 79 du Statut de la CPI dispose qu'un « fonds est créé, sur décision de l'Assemblée des États Parties, au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles »[692].

C'est toutefois l'article 75 du Statut de Rome *qui* est un véritable précurseur, plus particulièrement en lien avec l'obtention de réparation individuelle au bénéfice des

[690] Le Statut de Rome a donc innové à trois niveaux : en matière de protection, de participation et de réparation. Celui-ci prévoit la création d'une Division d'aide aux victimes et aux témoins. La mission de la Division est d'assurer que toutes les mesures visant la protection et la sécurité -à court, moyen et long terme-des personnes qui interviennent en leur qualité personnelle de victime devant la Cour (par leur témoignage ou leur déposition) soient prises. Par exemple, la Division d'aide aux victimes et aux témoins est responsable de négocier des accords avec les États concernant la réinstallation et le soutien de témoins ou de victimes traumatisées ou menacées. Plus encore, le besoin de s'intéresser à la spécificité des traumatismes vécus à la suite de violences sexuelles a été reconnu. Il s'agit là d'une triste leçon tirée de l'expérience du TPIR, où les besoins des femmes victimes de ce type de crime n'avaient pas été comblés correctement.

[691] En 2000, les juges des deux tribunaux ont adopté des recommandations transmises au Secrétaire Général des Nations unies sur la question de l'indemnisation des victimes. Ils proposaient la création d'un Fonds au profit des victimes ou d'une Commission d'indemnisation internationale, considérant que cela constituerait le moyen le plus approprié et le plus équitable pour faire face à l'incapacité des tribunaux ad hoc d'octroyer des réparations aux victimes. Mais ces Fonds n'ont jamais été établis, voir : Lettre du Secrétaire général au Président du Conseil de sécurité (2 novembre 2000) avec en annexe une lettre du Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le juge Claude JORDA, UN Doc. S/2000/1063 ; Lettre du Secrétaire général au Président du Conseil de sécurité (14 décembre 2000) avec en annexe une lettre du Président du Tribunal pénal international pour le Rwanda, la juge Navanethem PILLAY, UN doc. S/

[692] Il faut préciser que le Statut de Rome ne met pas en place un recours en réparation pour les victimes de violations du DIH et du DIDH à proprement parler Il permet plutôt aux parties, et au juge lui-même dans des circonstances exceptionnelles, de saisir le tribunal, après qu'ait été prononcé un verdict de culpabilité, pour qu'il se prononce sur les dommages subis. Ainsi sans condamnation, pas de réparation ; sans poursuite, pas de réparation. De même les victimes sont soumises aux aléas des ratifications du Statut de Rome ainsi que des contingences de politiques internationales. Si le conflit en cause se déroule sur le territoire d'un Etat non partie à la CPI ou un conflit sur lequel ne sont pas braqués les projecteurs de la Communauté Internationale, les victimes risquent de ne pas profiter des avancées du Statut.

victimes[693]. La Cour peut déterminer l'étendue des dommages éprouvés par une victime d'un crime dont l'auteur a été reconnu coupable et ordonner que la victime reçoive réparation pour le préjudice subi[694]. Cette disposition permet un accès à la réparation directement contre l'auteur de la violation, cette dernière constituant en outre un crime dont peut juger la CPI.

Ces deux articles constituent la base solide sur laquelle se construit toute l'évolution de la reconnaissance du droit des victimes dans un cadre international de poursuites pénales. Là où les TPI *ad hoc* renvoient aux juridictions nationales pour la détermination des indemnisations des victimes, le Statut de la CPI charge directement la Cour de cette compétence qu'elle a exercé pour la première fois dans le cadre de l'affaire *Thomas LUBANGA DYILO*[695].

Le fait que le Statut de la CPI accorde expressément aux victimes qui tombent sous sa compétence le droit de présenter des arguments, de soumettre des observations, d'exposer et de voir examinées leurs vues et préoccupations lorsque leurs intérêts personnels sont concernés est tout à fait innovateur par rapport au TPIY et au TPIR[696]. En effet, que ce soit lors de la demande d'autorisation

[693] BERKOVICZ (G), *La place de la Cour pénale internationale dans la société des Etat*s, L'Harmattan, Paris, 2005, P. 278. Pour cet auteur, plus qu'une innovation juridique, l'article 75 représente une révolution en matière de lutte contre l'impunité et pose une nouvelle pierre à l'édifice d'une justice pour les victimes.

[694] Article 75 Réparation en faveur des victimes

1. La Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision.
2. La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Cette réparation peut prendre notamment la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la réhabilitation. Le cas échéant, la Cour peut décider que l'indemnité accordée à titre de réparation est versée par l'intermédiaire du Fonds visé à l'article 79.

[695] CPI, *Arrêt contre la Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations*, ICC-PIDS-Q&A-DRC-01-01/15_FRA, 3 mars 2015.

[696] La distinction entre le stade de la « situation » et celui de « l'affaire », bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée dans les documents fondateurs de la CPI, émane de la structure du Statut. Alors qu'une « situation » est généralement décrite en termes de paramètres temporels et territoriaux et peut inclure un grand nombre d'incidents, de coupables présumés et donc d'actes d'accusation potentiels, une « affaire » désigne un incident avec un ou plusieurs suspects spécifiques, survenu dans une situation faisant l'objet d'une enquête et donnant lieu à des poursuites suite à la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître.

d'enquête, du traitement des moyens préliminaires sur la compétence ou de la recevabilité ou encore lorsque l'affaire est entendue au fond[697], le Règlement de la CPI permet l'intervention et encadre la participation de la victime[698]. La prise en considération de celle-ci dans le déroulement des affaires déférées à la CPI établit un trait d'union entre la justice punitive et la justice réparatrice[699]. De plus comme le rappelle le Rapporteur spécial sur le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, monsieur THIAM (D) « une Cour pénale internationale devait être compétente tant pour juger l'accusé au pénal que pour statuer sur les demandes d'indemnisation »[700].

Dans le système de la CPI, les réparations comprennent la restitution, l'indemnisation et la réhabilitation. L'inclusion d'une possibilité d'obtenir réparation pour les victimes, similaire aux procédures de demande de dommages-intérêts connues dans les systèmes de droit civil, est considérée comme révolutionnaire en droit pénal international. il convient de préciser que les réparations doivent s'exercer selon les principes du droit international classique, c'est-à-dire selon le principe que la réparation doit autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Cette obligation doit reposer sur l'auteur des actes illicites.

---

[697] Par exemple l'article 13 du Statut, définissant les mécanismes d'enclenchement de l'exercice de la compétence de la CPI, mentionne une situation où un ou plusieurs des crimes définis à l'article 5 du Statut semblent avoir été commis. L'article 14 du Statut sur le renvoi d'une situation par un État partie mentionne « une situation dans laquelle un ou plusieurs [crimes ont] été commis ». L'article 15 du Statut ne fait pas référence à une « situation » mais à une « affaire », bien que l'utilisation du terme « affaire » dans le cadre d'enquêtes *proprio motu* autorisées par l'article 15 semble être trompeuse.

[698] Règlement de la Cour, ICC-BD/O 1-0 1-04/Rev.01-05, adopté le 26 mai 2004 et amendé le 9 mars 2005, normes 86 suivants. Règlement de la CPI.

[699] La mise sur pied de la Section de la participation des victimes et réparation pouvant entre autres assister les victimes pour faciliter le dépôt de leur requête visant à participer à la procédure, ainsi que l'établissement du Bureau du conseil public pour les victimes (BCPV) dont la mission est de fournir de l'aide et une assistance aux représentants légaux des victimes et aux victimes impliquées avec la CPI constituent deux bonnes illustrations de cette volonté de bien prendre en considération les intérêts des victimes. Il faut aussi noter que tous les membres du BCPV sont en outre liés par le (Code de conduite professionnelle des conseils adopté à l'occasion de la quatrième session de l'Assemblée des États parties à la CPI.

[700] *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 44e session*, A/47/10, p. 15. §. 88.

Or en l'état actuel du droit international, les conditions ne sont pas réunies pour faire supporter de telles charges aux auteurs notamment les GANE. Pour y parvenir, ils doivent être mis à contribution notamment par le biais du fond dédiés aux victimes.

Paragraphe 2 Faire payer aux GANE leur part de responsabilité

Ceci constitue l'aboutissement de notre démonstration pour l'admission d'une responsabilité internationale des GANE. Pour que la justice internationale soit cohérente et aboutisse à des résultats satisfaisants, elle doit intégrer la prise en compte des préjudices subis par les victimes dans ses décisions sans quoi elle serait imparfaite. Pour ce faire nous aborderons les outils nécessaires et indispensables à cette mise en œuvre. Il faut d'une part contraindre les GANE à contribuer au fond d'appui aux victimes (A). D'autre part nous évoquerons les différentes formes de réparations prévues par les textes pour arriver à désintéresser les victimes (B).

A Faire participer les GANE au fond d'aide aux victimes

Pour marquer la rupture par rapport aux ratés des tribunaux pénaux internationaux précédents sur cette question, le Statut de la CPI a acté la création d'un fonds, au profit des victimes, qui est l'une de ses innovations majeures. Ce fonds a été mis en place en application des dispositions de l'article 79.1 du Statut, de la règle 98 du Règlement de procédure et de preuve (ci-après RPP) et de la Résolution 6 de l'Assemblée des États parties, du 9 septembre 2002[701].

Le Fonds au profit des victimes remplit deux fonctions principales à savoir l'exécution des ordonnances de réparation adoptées par la Cour et l'utilisation

[701] Bien que distinct de la Cour, le Fonds au profit des victimes a été effectivement créé en 2004 par l'Assemblée des États parties, conformément à l'article 79 du Statut de Rome. Sa mission consiste à appuyer et mettre en œuvre des programmes qui prennent en charge les préjudices découlant du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et d'agression. À cette fin, le Fonds au profit des victimes est chargé d'un double mandat : i) mettre en œuvre les ordonnances de réparation rendues par la Cour et ii) fournir aux victimes et à leur familles un appui physique, psychologique et matériel. En aidant les victimes à retrouver une vie digne et à prendre part à la vie de leur communauté, le Fonds au profit des victimes contribue à l'instauration d'une paix durable à long terme en favorisant la justice réparatrice et la réconciliation.

discrétionnaire des « contributions volontaires » reçues afin d'assister les victimes de situations examinées par la Cour, qu'elles aient directement ou indirectement souffert de crimes poursuivis devant elle. Ainsi, de large communautés de victimes de crimes internationaux peuvent prétendre à une éventuelle assistance du Fonds au profit des victimes. De même, dans un soucis d'indépendance et de flexibilité par rapport aux autres organes de la Cour, le Fonds doit être en mesure d'apporter une assistance effective aux victimes. Une approche restrictive, limitée aux victimes de crimes poursuivis par la Cour, va inévitablement conduire à réduire excessivement le rôle du Fonds et signifierait sa dépendance totale par rapport aux choix du Procureur en ce qui concerne les groupes de victimes susceptibles de bénéficier de son assistance. Cette approche, privilégiant les victimes des crimes poursuivis, conduirait à exclure du champ de compétence du Fonds, les autres victimes d'une situation sur laquelle la Cour enquête.

Bien au contraire, elle doit couvrir les situations de victimes des crimes de la compétence de la Cour[702]. Cela signifie que le Fonds au profit des victimes peut apporter son assistance aux victimes d'une situation, sans qu'il soit besoin qu'elles aient été victimes de crimes poursuivis et jugés par la Cour, dès lors qu'il existe un lien certain avec la compétence de la Cour. Ainsi les biens et les fonds de ces GANE doivent être mis à contribution dans cette prise en compte des victimes de leurs agissements avant que la Cour ne statue sur cette affaire.

Les premières décisions rendues par les Chambres préliminaires sur les questions liées aux victimes donnent une première idée de la complexité du sujet, des nombreuses questions qu'il touche et de l'importance d'une approche concertée et cohérente de tous les organes de la CPI pour son évolution future. En effet les Etats et les institutions financières internationales font preuve d'une très grande ingéniosité, d'une grande détermination et d'une réelle volonté pour traquer et

[702] La distinction entre le stade de la « situation » et celui de « l'affaire », bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée dans les documents fondateurs de la CPI, émane de la structure du Statut. Alors qu'une « situation » est généralement décrite en termes de paramètres temporels et territoriaux et peut inclure un grand nombre d'incidents, de coupables présumés et donc d'actes d'accusation potentiels, une « affaire » désigne un incident avec un ou plusieurs suspects spécifiques, survenu dans une situation faisant l'objet d'une enquête et donnant lieu à des poursuites suite à la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître.

identifier les réseaux de financement des groupes qualifiés de « terroristes ». De même les GANE utilisent ces circuits financiers pour une bonne partie de leurs grosses transactions.

C'est donc pour cette raison que nous proposons que, une fois que ces fonds sont clairement identifiés comme étant ceux de ces GANE, les sommes saisies soient reversées au fond d'aide aux victimes des conflits dans lesquels ils opèrent.

Une telle opération permet ainsi de mettre à contribution un acteur principal qui arrive jusque-là à échapper à cette contribution alors même qu'il fait beaucoup de victimes. En effet si l'on part du constat selon lequel la majorité des conflits armés actuels sont des CANI, il est inconcevable que les GANE ne soient pas contraints de réparer les torts et les dommages qu'ils ont causé aux victimes. Cette contribution doit se réaliser par une participation à ce fond.

La concrétisation d'une telle action ne peut se faire qu'avec la bonne volonté et la coopération active des Etats et des institutions financières internationales dans lesquels les fonds de ces GANE sont domiciliés ou qui leur permettent d'effectuer des transactions financières en utilisant les circuits normaux ou à peine déguisés. Depuis plusieurs années les conflits armés sont aussi l'occasion de multiples trafics ou d'exploitation de ressources naturelles et de matières premières. Les sommes tirées de ces activités hautement lucratives ne circulent pas uniquement exclusivement en espèces. Elles transitent forcément par des circuits financiers qu'il faut devoir identifier. En effet il sera difficile pour un GANE d'accepter de contribuer volontairement sans contrainte car il est plus habitué à la dissimilation et au contournement des règles qu'à leur respect. Les Etats et les différents acteurs du secteur financier international et des matières premières doivent contribuer pour la lutte contre cette dissimilation et les évasions de tout genre visant à organiser l'insolvabilité du groupe ou des personnes gérant les fonds à son nom et pour son compte[703].

[703] Pour un bref aperçu d'une collaboration fructueuse, voir le compte rendu de la conférence de lutte contre le financement de DAECH et d'AL-QAÏDA organisée à Paris les 25-26/04/2018, https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/conference_de_lutte_contre_le_financement_de_daech_et_d_al-qaida_dossier_de_presse_fr_23_-04_-_2018_cle842c1b-2.pdf, dernière consultation le 18/07/2018.

Lorsque la nécessité de trouver une solution aux diamants du sang s'est imposée le processus de Kimberley a permis de mettre en place une traçabilité des diamants. L'objectif ainsi visé était de permettre d'éradiquer du marché ces produits et ainsi de porter un coup aux finances des GANE qui exploitent ces mines et se financent avec ces revenus. Dès lors il est donc possible de faire la même chose pour les autres types de minerais et toutes les matières premières ainsi illégalement exploitées. Les sommes saisies de ces opérations peuvent être reversées au fond d'aide aux victimes mise en place par la CPI.

De même lorsqu'il a fallu s'attaquer aux moyens de financement du radicalisme religieux violent, l'ingéniosité et le volontarisme des Etats et des institutions financières internationales ont su se montrer à la hauteur au moins en ce qui concerne les grands flux financiers.

Les moyens existent donc avec des techniques déjà éprouvées pour identifier les fonds des GANE. Dès lors la Cour peut même prendre des mesures conservatoires qui doivent servir à « l'identification, la localisation, le gel ou la saisie du produit des crimes, des biens, des avoirs et des instruments qui sont liés aux crimes »[704].

B La mise en œuvre effective des réparations prévues par le Statut de la CPI

Les victimes des conflits armés actuels souffrent beaucoup des effets secondaires et néfastes du fonctionnement actuel de la justice pénale internationale. Lorsque les auteurs des atrocités, qu'elles ont subi, sont appréhendés, jugés et condamnés cela leur semble assez lointain car le TPIY, le TSL, la CPI siègent à La Haye et le TPIR à Arusha. Cette distance éloigne ainsi les victimes de leur droit, légitime, de voir, les auteurs des faits, juger sur les lieux de commission de leurs actes. Ils sont ainsi privés de ces effets psychologiques. Dès lors le seul espoir qui reste pour les victimes réside dans d'éventuelles réparations pour tenter de les rapprocher de la justice pénale internationale.

[704] Voir article 93 k) Statut de la CPI.

Nous dévons cependant préciser, dès à présent, que les réparations ne peuvent pas effacer intégralement les préjudices subis par les victimes car « quelle indemnisation pourrait-on jamais accorder qui suffise à compenser la perte d'un être cher. Il n'est pas possible de remplacer celui ou celle qui n'est plus là. Mais, souvent, les symboles peuvent être forts. Et lorsqu'un pays, une nation, la communauté internationale dit, symboliquement, nous ne pouvons pas vous indemniser, mais nous voulons montrer que nous pensons à vous, nous voulons montrer que nous espérons que cette petite chose que nous faisons pour vous apaisera en quelque sorte vos blessures et les aidera à cicatriser (...) »[705]. Depuis les TPI *ad hoc*, la vision et la place de la victime dans le procès pénal international ont évolué. Mais cette évolution doit se concrétiser par un changement d'attitude sur le terrain. Il ne sert à rien de se cantonner uniquement à des condamnations des auteurs des infractions, même si cela est nécessaire.

A l'instar d'une pratique courante devant les juridictions spécialisées des droits de l'homme, nous pensons que les différentes formes de réparation qui y sont admises doivent l'être aussi devant les juridictions pénales internationales. Ainsi la réparation doit être synonyme de restitution, d'indemnisation, de réadaptation, de satisfaction et de garanties de non-répétition. Le terme de réparation peut donc inclure, sans s'y limiter, des compensations financières mais la CPI peut adopter des ordonnances contenant toutes les formes de réparation précitées. Elle a donc le choix d'adapter sa mesure dans chaque cas en utilisant le mode de réparation le plus approprié au dommage subi et à la situation des victimes.

Les conflits armés surtout les CANI donnent lieu à des déferlements de violence qui vont au-delà des violations individuelles et ponctuelles des droits fondamentaux des victimes. Ces conflits sont l'occasion de violations massives des droits de l'homme. Dans ces situations, les violations sont tellement massives qu'il devient difficile d'individualiser les victimes pour fournir des réparations individuelles. Dès lors se pose la question des réparations collectives. Celle-ci a été soulevée « devant la CPI précisément parce que les victimes sont extrêmement

[705] Allocution de l'Archevêque Desmond TUTU, au nom du Conseil de direction du Fonds au profit des victimes lors de la cérémonie d'inauguration, La Haye, le 22 avril 2004.

nombreuses et qu'une réparation individuelle des préjudices nés des crimes internationaux subis par chacune d'entre elles est impossible et inenvisageable au plan international »[706]. Certes une adaptation au cas par cas est la meilleure solution. Mais lorsque la situation l'exige, une réponse collective doit être envisagée.

Il en est ainsi car dans les différentes affaires pendantes devant la CPI, les effets dévastateurs sur les groupes sont nombreux et appellent à une réponse globale s'adressant plus à la communauté qu'aux individus. En la matière, la CPI peut se reposer sur l'importante œuvre des cours internationales spécialisées en contentieux des droits de l'homme. Contrairement au principe de réparation individuelle qui guide l'action de ces instances, il peut arriver qu'elles octroient des réparations collectives notamment lorsque les affaires impliquent un groupe plus que des individus nommément identifiables. Dans le cadre de conflits armés où les facteurs ethnique et religieux prédominent la notion de groupe sera ainsi plus aisément prise en compte que celle individuelle car c'est précisément le groupe même qui est visé en cette qualité. La possibilité d'adopter des ordonnances, à portée collective, doit permettre à la Cour de garantir la réparation à un nombre plus important de victimes, notamment en raison de la gravité des crimes qui seront jugés par elle. De même les réparations collectives peuvent être préférable au vu de l'étendue du dommage, du nombre potentiel de victimes et de la probabilité que les personnes condamnées n'aient que de faibles ressources financières car « dans certaines situations, tous les efforts de la Cour visant à l'octroi d'une réparation intégrale aux victimes seront anéantis par le nombre important de victimes et d'auteurs, et l'attribution d'une réparation collective apparaîtra, alors, comme l'unique méthode pour parvenir à une certaine forme de justice »[707].

[706] TIGROUDJA (H) et HENNEBEL (L), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 1425.

[707] LEWIS (P) and FRIMAN (H), « Reparations to victims », in *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, p.483, notre traduction.

De même, les réparations collectives offrent également la possibilité d'apporter une aide à la communauté dans son ensemble et permet à ses membres de construire une nouvelle vie notamment lorsqu'est mis en place des centres chargés de proposer des services aux victimes, des mesures symboliques comme des commémorations en faveur des victimes. En la matière la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est la plus innovante car les juges « ne remplissent que partiellement la mission qui doit être la leur si les victimes, (…) sont appauvries par les violations de droits de l'homme subies et ne peuvent en obtenir réparation »[708].

Au niveau de la CPI, des dispositions en ce sens existent aussi. Ainsi en application de la règle 98.3 RPP, la Cour peut ordonner que le montant de la réparation collective soit versé par l'intermédiaire du Fonds au profit des victimes, lorsqu'en raison du nombre des victimes et de l'ampleur, des formes et des modalités de la réparation, une réparation à titre collectif est plus appropriée. Cette possibilité sera normalement utilisée pour l'exécution d'ordonnances prévoyant le financement de projets, qui bénéficieront à l'ensemble d'une communauté de victimes de crimes pour lesquelles une personne a été condamnée par la Cour. La Cour peut, par exemple, décider d'utiliser les fonds pour la construction d'une école, d'un hôpital ou d'un centre de soins. Le rôle du Fonds au profit des victimes dans la mise en œuvre des ordonnances de réparation accordée à titre collectif devrait permettre au régime de réparation de fonctionner de façon effective même lorsque le nombre de victimes sera important. Néanmoins il faut aussi signaler que l'efficacité de la procédure de réparation sera très largement dépendante de la qualité de la coopération des États parties concernant l'exécution des ordonnances de la Cour.

Les États parties sont responsables de l'exécution des ordonnances de réparation et des ordonnances contenant des mesures conservatoires. Les articles 86 et 88 du Statut de la CPI créent l'obligation pour les États de coopérer « pleinement avec la Cour » et de veiller « à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui

[708] TIGROUDJA (H) ET HENNEBEL (L), Traité de droit international des droits de l'homme, Op. Cit., p. 1370.

permettent la réalisation de toutes les formes de coopération ». En ce qui concerne les ordonnances de réparation, les articles 75.5 et 109 Statut de la CPI prévoient que les États parties exécutent les décisions relatives aux réparations « conformément à la procédure prévue par la législation interne ». Il est important de souligner que la règle 219 RPP ajoute que les « autorités nationales ne peuvent modifier les réparations fixées par la Cour, ni la nature ou l'ampleur des dommages, pertes ou préjudices telles que la Cour les a déterminées, ni les principes énoncés dans la décision, et qu'elles doivent en faciliter l'exécution ». De plus, l'article 109.2 Statut de la CPI dispose que les États doivent prendre « des mesures pour récupérer la valeur du produit, des biens ou des avoirs dont la Cour a ordonné la confiscation ». Tous les biens ou autres fonds obtenus par un État sont transférés à la Cour. Les États parties, dans la mise en œuvre de leur obligation d'exécution des ordonnances, pourront se heurter à des obstacles juridiques nationaux. Pour être en mesure de fournir une assistance réelle et s'assurer de leur collaboration avec la Cour, les États parties doivent avoir adopté une législation nationale appropriée de mise en œuvre du Statut de Rome, et des procédures nationales conformes à ces exigences. La mise en œuvre effective de ce système dépendra également largement de l'état du système judiciaire national et de l'indépendance des juges internes[709].

L'assistance des États non parties pourra également apparaître nécessaire pour l'exécution des mesures conservatoires et des ordonnances de réparation, en particulier lorsque les biens de la personne condamnée se trouvent sur le territoire d'un État non partie. L'article 87.5.a) Statut de la CPI prévoit que la coopération et l'assistance des États non parties peut être organisée « sur la base d'un arrangement *ad hoc* ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée ». L'article 87.5.b) du Statut de la CPI dispose quant à lui, que l'État non partie, signataire de l'arrangement *ad hoc* est lié par ce dernier. Si l'arrangement

[709] BITTI (G), et GONZALEZ RIVAS (G), « Reparations Provisions under the Rome Statute of the International Criminal Court », in *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes : Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press, New York, 2006 p.310 notre traduction.

n’est pas respecté, la Cour peut informer l’Assemblée des États parties de la situation.

Dans d’autres situations, les problèmes qui pourront se poser seront d’ordre plus pratique. Il sera souvent difficile de localiser, geler et saisir les biens et avoirs qui se trouvent sur le sol d’un État en guerre, en situation post-conflit ou qui refuse d’apporter son soutien aux procédures de la CPI. De plus, l’entraide judiciaire en matière pénale est généralement lente et une source importante de frustration pour les autorités requérantes. Ce problème est accentué par la vitesse avec laquelle le débiteur peut déplacer ses avoirs s’il apprend l’imminence d’une mesure de gel ou de saisie. Cette situation se complique encore en face d’une gestion opaque ou trop centralisée sur des personnes qui dirigent l’entité non étatique.

Conclusion

« Le droit humanitaire n'est ni figé, ni même statique »[710] ; il doit répondre à la préoccupation permanente de limiter la souffrance humaine en situation de conflit armé. Il se doit ainsi d'être en adéquation avec la réalité des conflits armés actuels. En effet, l'application des mesures évoquées ci-dessus montre qu'il est possible d'adapter des réponses initialement prévues pour des entités étatiques à des entités non étatiques. Néanmoins la mise en œuvre de ces mesures doit être plus perfectionnée avec pour objectif primordial de permettre une prise en charge effective des intérêts de la victime.

Certes le Statut de la CPI a permis une plus grande implication de ces dernières dans la procédure, parfois dès la phase d'enquête jusqu'au déroulement du procès, mais cette avancée demeure timorée car l'autre versant de la défense des intérêts de la victime peine à se faire voir. En réalité, jusqu'à présent à part cette participation à la procédure, l'indemnisation sous toutes ses formes n'est pas effective. De même, les principaux auteurs des dommages occasionnés aux victimes ne sont pas mis à contribution dans la mobilisation des ressources pour le fond dédié aux victimes. Or compte tenu de leur implication dans les conflits armés, cette situation doit évoluer.

Nous pensons que les GANE doivent être mis en situation, de contribuer ou de réparer, les dommages qu'ils occasionnent dans les zones où ils agissent. En effet dans le cadre des hostilités qu'ils conduisent ou des différents trafics auxquels ils s'adonnent, pendant les conflits armés, les GANE engendrent d'importants dommages à des victimes. Celles-ci, en l'état actuel du droit, risquent de ne pas être dédommagées pour deux raisons. D'une part les TPI *ad hoc* précédemment et la CPI aujourd'hui ne font pas de celle-ci une priorité dans les procès. D'autre part, la question est renvoyée au tribunaux nationaux pour statuer sur cette question.

[710] PETIPIERRE (A), « Avant-propos », *Collegium*, n°27, Spring 2003, *Actes du Colloque de Bruges : La pertinence du droit international humanitaire pour les acteurs non étatiques*, 25-26 octobre 2002, Bruges, Collège d'Europe-CICR., 2003, p.12.

Or ceux-ci sont dans l'incapacité ou dans l'impossibilité de mener à bien ces procès. Dans ces deux cas les victimes sont ballotés entre les deux systèmes.

Pour une question de cohérence et d'efficacité, nous pensons qu'il serait plus bénéfiques pour les victimes que cette question soit gérée par les juges des juridictions internationales. En effet « pour les victimes rien ne peut remplacer l'œuvre de Justice. Elle fait des survivants des vivants »[711], pour être complète, cette justice doit non seulement punir les coupables mais aussi permettre l'indemnisation des victimes. Sinon elle sera incomplète, inefficace et périlleuse.

.

[711] CATHALA (B), « La Cour pénale internationale et les victimes », in *Les cahiers de la justice*, Printemps 2006, # 1 ; p. 229.

Conclusion Deuxième partie

Pour tout ce qui est relatif à la responsabilité internationale des GANE, le droit international est frileux et semble voguer à contre-courant.

Depuis les jugements des TMI en passant par la jurisprudence des TPI *ad hoc* jusqu'à la CPI, la question de la responsabilité internationale des GANE a toujours été évoquée sans jamais aboutir à une solution satisfaisante. Deux obstacles semblent s'opposer pour longtemps.

D'une part la crainte de légitimation des GANE est un faux prétexte sans cesse évoquer pour couper court à toute discussion sur le sujet. Or dans beaucoup d'instruments du DIH le problème est déjà abordé et pris en compte.

D'autre part le lien entre responsabilité internationale et qualité de sujet de droit international. En effet à l'instar des Etats, d'autres sujets de droit international assument une responsabilité internationale. Ne disposant pas de cette qualité, les GANE ne sont donc pas en mesure d'être responsable au plan international. Et compte tenu de la configuration de la scène internationale, cette réalité n'est pas prête de changer.

CONCLUSION GENERALE

Dans la vie des Etats, un conflit armé est toujours considéré comme une parenthèse douloureuse aussi longtemps qu'il dure. Toutes les réponses à cet épisode douloureux sont façonnées par ce facteur temporel. Or le droit des conflits armés actuel ne semble pas vouloir prendre en compte ces spécificités pour pouvoir adapter sa réponse à ce phénomène qui n'est plus nouveau.

Si depuis 1949, il a fallu vingt-huit ans pour adapter les Conventions de Genève aux réalités qu'elles avaient ignorées lors de leur adoption, plus de quarante ans se sont écoulés depuis les Protocoles Additionnels de 1977 et le DIH demeure figé, arcbouté, sur des principes venus d'un autre siècle et qui ne reflètent plus les réalités des conflits armés ni celles de la Communauté internationale. Il est temps d'adapter le droit face aux mutations qui sont intervenues depuis les bouleversements de 1977. En effet, il existe une réelle réticence, une méfiance même à l'égard de toute amélioration des dispositions régissant les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques, alors même que ces derniers constituent l'écrasante majorité des conflits armés actuels. Dans cette atmosphère sombre, il existe néanmoins une lueur d'espoir grâce notamment à l'apport inestimable de la jurisprudence des Juridictions Pénales Internationales et des organes de contrôle de certaines conventions relatives aux droits de l'homme.

En remettant l'être humain et le respect qui lui est dû au cœur de leur œuvres, ces instances ont franchi le Rubicon en dépassant les contradictions endogènes entre le DIH et le DIDH. Ils ont ainsi placé leur jurisprudence dans une logique de développement progressif qui a conduit à l'élargissement des préceptes du DIH et du DIDH au-delà des considérations étatistes, lesquelles ont, malgré les opérations de codification successives, toujours freiné leur évolution. Ainsi cet apport est considéré comme le plus important depuis la Conférence diplomatique de 1977[712].

[712] MEJRI (K), *Le droit international humanitaire dans la jurisprudence internationale*, Op. Cit., p. 613.

Sous cette impulsion, le DIH s'est humanisé, ce qui a permis d'étendre sa portée temporelle, matérielle et personnelle. Dans la même logique, les droits de l'homme se sont conflictualisés ce qui a favorisé l'extension de leur portée temporelle, spatiale, matérielle et personnelle. Il en découle une transformation profonde qui résulte des références des organes de supervision de ces deux branches du droit international. Ces actions visent non seulement à confirmer mais aussi à renforcer les arguments ou à combler des lacunes de ces deux corpus juridiques qui, pris individuellement, ne répondent plus aux réalités actuelles des conflits armés contemporains.

Depuis la chute du Mur de Berlin et la fin de la Guerre Froide, le combat idéologique n'est plus un marqueur des conflits armés. Désormais l'on a l'impression que les GANE s'inscrivent dans une logique difficile à intégrer dans le DIH et le DIDH sans changer certains de leur principes. Ces conflits d'un nouveau genre sont déstructurés et brisent des frontières jusque-là clairement délimitées. Face à eux, la réponse actuelle est hésitante, évasive et inadaptée.

Pour faire face à toutes ces nouveautés, une réadaptation des dispositions applicables aux CANI est urgente et indispensablement nécessaire. Le temps où les CAI sont les seuls conflits armés est révolu, désormais les CANI constituent l'écrasante majorité des conflits. Cette situation révèle donc le rôle accru des GANE. Face à cette évolution les dispositions du DIH et du DIDH, applicable aux conflits armés auxquels ils prennent part, doivent donc évoluer pour permettre d'accroitre ces dispositions. En effet, rien ne peut plus justifier plus que les conflits les plus nombreux et les plus meurtriers ne soient couverts que par des dispositions elliptiques et très peu nombreuses.

De même il faut changer d'approche vis-à-vis des acteurs principaux de ces conflits que sont les GANE. En effet, le moment est venu d'adapter la réponse du droit international, proportionnellement à la réalité des menaces qu'ils font peser sur le terrain. Nous convenons avec l'ancienne Vice-présidente du CICR Madame PETITPIERRE (A) pour qui « le droit humanitaire n'est ni figé, ni même simplement

statique »[713], il doit donc répondre à la préoccupation permanente de limiter la souffrance humaine en situation de conflit armé. Il se doit d'être en adéquation avec les réalités des conflits armés actuels. Ainsi nous pensons que les victimes des conflits auxquels prennent part des entités non étatiques doivent être prises en compte dans le cadre des faits commis par les GANE. On ne peut plus continuer à nier cette nécessité. L'on ne saurait continuer à réserver un traitement différent aux victimes des CAI ou des CANI en se basant uniquement sur les acteurs de ces conflits dès lors que les victimes ne ressentent aucune différence entre des violations commises par des forces armées étatiques et par celles d'une entité non étatique. Il faudra procéder à un rehaussement du minimum irréductible pour l'aligner sur les standards actuels. La perception de ce qui pouvait être admissible, tolérable a évolué mais les outils utilisés pour apprécier cette perception n'ont pas changé. Le droit doit épouser l'évolution des solutions jurisprudentielles des TPI ou même aller plus loin dans le but de prendre en considération les évolutions ultérieures à ces décisions.

Nous devons rappeler également que c'est sous l'impulsion des TPI que le concept de crime contre l'humanité a été dissocié de l'existence d'un état de guerre[714]. C'est grâce à eux également qu'il a été admis que la nature du conflit armé ne doit pas être prise en considération pour conclure à l'existence de crimes de guerre. Ces deux avancées majeures ont été reprises par les Etats lors de l'adoption du Statut de Rome, instituant la CPI, le 17 juillet 1998[715]. Cette Cour fait désormais une place importante aux victime.

Elles doivent pouvoir obtenir des réparations directement devant le juge international. Contrairement aux pratiques jusque-là en usage, les victimes doivent se retourner vers les juges nationaux en se fondant sur la décision du juge international pour obtenir ces réparations. Les modes classiques de règlement des

[713] PETITPIERRE (A), « Avant-propos », in *Actes du Colloques de Bruges : La pertinence du droit international humanitaire pour les acteurs non étatiques, 25-26 octobre 2002*, *Collegium*, N°27, p. 12.
[714] Voir en ce sens, TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, §§. 141-142.
[715] *Cf*., art. 8§2, c-f.

conflits armés, uniquement basés sur un accord de paix, commencent à être dépassés pour deux raisons.

D'une part dans le cadre des CANI, la solution traditionnelle qui consiste à verser aux victimes des indemnités de guerre par le biais de leur gouvernement est difficilement applicable. Cette situation traduit, entre autres, toutes les difficultés d'adaptation du droit international face à la mutation des conflits armés actuels. Désormais les conflits mettent aux prises des GANE entre eux ou ceux-ci face à des forces armées étatiques, les conflits armés entre forces armées étatiques se raréfiant par la même occasion. Dans cette optique il devient difficilement envisageable d'application la solution du versement des indemnités de guerre à un gouvernement, pour le compte de ses nationaux, surtout lorsque ceux-ci se sont retournés contre lui.

D'autre part, le rôle et la situation des victimes ont évolué. En effet d'un rôle marginal devant les tribunaux antérieurs à la CPI, ils ont acquis une place enviable devant cette instance. Désormais, les TPI *ad hoc* font une place nouvelle aux victimes des conflits armés qui voient leur droit à réparation reconnu internationalement. Mais ce droit, doit s'exprimer dans l'ordre interne. Les requérants ne peuvent pas poser de demander directement le juge international. En ce sens elle ne diffère pas fondamentalement des règles précédemment applicable en la matière et présente des similitudes avec la situation actuelle.

Dans le système actuel, le Statut de Rome instituant la CPI, comporte un système d'indemnisation des victimes. Bien que ses modalités fassent encore l'objet d'intenses discussions, l'on reconnaît aisément qu'il s'agit là d'un instrument important et utile permettant aux victimes de graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire de se faire entendre, de viser à la réconciliation tout en obtenant des réparations pour les victimes[716].

En outre, il faut noter que, sous un angle plus pratique, le Fonds au bénéfice des victimes sera constitué d'argent et de biens meubles perçus par des amendes et

[716]JORDA (C) et DE HEMPTINNE (J), « The status and role of the victim », in CASSESE (A) *et* autres. (Dir), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary,* Vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1387 et suivants.

des ordres de confiscation prononcés par la Cour ainsi que de contributions volontaires des États, d'entreprises privées, d'organisations et d'individus. Il est donc difficile de s'assurer qu'il y aura des fonds accessibles à tout moment, considérant le problème toujours présent de la solvabilité de défendeurs condamnés et la potentielle précarité de dons volontaires, qui peuvent ne pas être versés en raison d'intérêts diplomatiques, politiques et commerciaux. Son financement repose ainsi principalement sur les Etats et des contributeurs divers[717]. Cela occulte ainsi les auteurs principaux, de certains de ces faits, que sont les GANE. Ces derniers ont atteint un fonctionnement assez élaboré, assez sophistiqué, quasiment étatiques, en intégrant les circuits financiers qui sont bien connus. En effet, le risque d'insolvabilité est relativement réduit à l'égard de certains GANE qui sont impliqués dans les trafics, de toute sorte, à grande échelle et qui leur rapportent d'importantes sommes. Par conséquent on peut utiliser les outils déjà existant, pour l'engagement de la responsabilité étatique, en les adaptant aux spécificités du GANE.

Il est temps que la qualité de sujet de droit international du GANE soit clairement affirmée pour permettre de prendre en compte le volet responsabilité. Ainsi l'on peut tirer toutes les conséquences pécuniaires et les réparations qui découleront d'une éventuelle condamnation du GANE en sa qualité de sujet international ayant des droits et des obligations. Néanmoins, la reconnaissance de cette qualité de sujet ne peut emporter aucune conséquence sur la légitimité du combat mené par le GANE. Elle favorisera uniquement la sanction des violations commises par les membres du GANE pour son compte et en son nom.

Pour ce faire, il est également venu le moment de reconsidérer la position actuelle sur le statut des membres des GANE. Pour les membres de ces GANE qui conduisent des hostilités régies par le PA II, des conséquences logiques doivent être tirées de l'application de ces dispositions. L'application du PA II doit permettre

[717] *Cf*., Article 79 Statut de Rome qui dispose :
« 1. Un fonds est créé, sur décision de l'Assemblée des États Parties, au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles.
2. La Cour peut ordonner que le produit des amendes et tout autre bien confisqué soient versés au fonds (…).

d'opérer une nette distinction entre les membres de ces GANE et ceux des autres opérant sous l'article 3 commun. Dès lors, cette distinction doit se matérialiser, sur le terrain, par l'attribution d'un statut particulier aux membres des forces armées de l'entité non étatique. Les rigoureuses conditions d'application du PA II doivent opérer une nette distinction à tous les niveaux avec l'article 3 commun.

Notre logique participe d'un double objectif. Elle part d'une vision globale qui vise à renforcer le corpus juridique applicable aux CANI durant tout le processus, à savoir du déclenchement des hostilités jusqu'à la répression. Aussi elle vise à faire assumer aux GANE les responsabilités découlant de leur agissement dans le cadre de ce type de conflits armés. Ainsi nous pensons que les conditions sont remplies pour engager leur responsabilité internationale pour violation du DIH et du DIDH.

D'importants progrès doivent ainsi être réalisés dans l'ensemble de la mise en œuvre du droit des conflits armés. En effet la situation actuelle est pleine d'incertitudes, les nuages amoncelés ne se sont pas encore dissipés. Mais il ne faut cependant pas ignorer ou dédaigner les efforts accomplis, ni les résultats engrangés.

Nous pensons que les tâches sont clairement identifiées, tracées et comme le rappelle le philosophe MIEVILLE (H.L), « si nous ne visons pas plus haut que nous ne pourrons atteindre, nous nous condamnons à déchoir »[718]. L'on ne peut plus se complaire dans un conservatisme sans fondement et à contre-courant des évolutions structurelles, non seulement, des conflits armés, mais aussi, d'une opinion internationale plus regardante.

[718] MIEVILLE (H.L), *Tolérance et vérité*, Neuchâtel, 1949, p. 80.

BIBLIOGRAPHIE

I OUVRAGES GENERAUX

ABI-SAAB (G), (Dir.) *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, Pédone/ Institut Henry DUNANT/ UNESCO, 1986, 360p.

ABI-SAAB (R), *Droit humanitaire et conflits internes : Origine et évolution de la réglementation internationale*, Pédone, Paris, 1986, 280p.

ASCENSIO (H), DECAUX (E) et PELLET (A) (Dir.), *Droit International Pénal*, 2e édition révisée, Pedone, Paris, 2012, 1279p.

BARRY (A.M), *Guerres et trafics d'armes en Afrique. Approche géostratégique,* L'Harmattan, Paris, Septembre 2006, 408p.

BAUDE (F) ET VALLEE (F), *Droit de la défense*, Ellipses, Lonrai 2012, 1046p.

BELLAL (A), *Immunités et violations graves des droits humains, vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international* ? Bruylant, Bruxelles, 2011, 265p.

BIAD (A) et TAVERNIER (P) (Dir.), *Le DIH face aux défis du XXIe siècle*, collection du CREDHO, Bruylant, Bruxelles 2012, 325p.

BIAD (A), *La CIJ et le Droit International Humanitaire, Une lex specialis revisitée par le juge,* Bruylant, Bruxelles, 2011, 210p.

BINOCHE (B) et CLERO (J-P) (dir.), Bentham contre les droits de l'homme, PUF, Paris, 2007, 288p.

BUGNION (F), *le CICR et la protection des victimes de la guerre*, CICR, 2000, 1444p.

BUIRETTE (P) et LAGRANGE (P), *Le Droit International Humanitaire*, Repères, 2008, 128p.

BULA-BULA (S), *Droit international humanitaire*, Academia Bruylant, Louvain-La-Neuve, 2010, 402p.

CALOGEROPOULOS-STRATIS (A. S), *Droit humanitaire et droits de l'homme, la protection de la personne en période de conflit armé*, I.U.H.E.I., Genève, 1980, 258p.

CASSESE (A) et Autres, *Les Grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, Paris, 2010, 471p.

CHALLIAND (G), *Anthologie mondiale de la stratégie*, Paris, Robert Laffont, 2001, 1500p.

CHETAIL (V), (Dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés, Bruylant*, Bruxelles, 2013, 683p.

CRAWFORD (J*), Les articles de la Commission de Droit International sur la responsabilité de l'Etat*, Pédone, Paris, 2003, 461p.

D'ASPERMONT (J) et DE HEMPTINNE (J), *Droit International Humanitaire*, PEDONE, Paris, 2012, 509p.

DAILLIER (P) et Autres, *Droit International Public*, 8e édition, LGDJ, Lonrai 2009, 1709p.

DAVID (É), *Principes de droit des conflits armés*, 5e édition, Bruylant, Bruxelles, 2012, 1151p.

De FROUVILLE (O), *Droit International Pénal*, Pédone, Paris, 2012, 523p.

DE FROUVILLE (O), *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international : Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Pédone, Paris, 2004, 561p.

DEYRA (M), *L'essentiel du droit des conflits armés*, Gualino, Paris, 2002, 130p.

DEYRA (M), *Le droit dans la guerre*, Gualino, 2009, 283p.

DUMONT (H), OST (F) et VAN DROOGHENBROECK (S) (dir.), La responsabilité, face cachée des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2005, 544p.

EMANUELLI (C), *Les actions militaires de L'ONU et le droit international humanitaire*, La Collection Bleue, 1995, 126p.

FERNANDEZ (J) et PACREAU (X), (Dir.), *Commentaire article par article du Statut de Rome de la CPI*, tomes I et II, Pédone, Paris, 2012, Tomes 1et 2, 2460p.

FLAUSS (J-F) et TOUZE (S) (dir), *Contentieux international et choix du forum : Les instances internationales de contrôle face au forum shopping*, Anthemis, Bruxelles, 2012, 140p.

FODERE (P. P), *Traité de Droit International Public*, Paris, 1894, Tome VI, 546p.

FORTEAU (M) *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'Etat*, éditions Pédone, Paris 2006, 699p.

GAGGIOLI (G), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le DIH à la lumière du droit à la vie*, Pédone, Paris, 2013, 614p.

GIRARD (C), (Dir.), *La lutte contre le terrorisme : L'hypothèse de la circulation des normes, travaux du groupe de recherche sécurité et liberté à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme* (SELELCT), Bruylant, Paris, 2012, 332p.

HAROUEL (V), *Grands textes du Droit Humanitaire*, Que sais-je ? PUF, Paris, 2001, 127p.

HAROUEL-BURELOUP (V), *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, 556p.

HENNEBEL (L), La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Bruylant, Bruxelles 2007, 584p.

HENNEBEL (L)et TIGROUDJA (H), Le particularisme interaméricain des droits de l'homme, en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme, Pédone, Paris, 2009, 413 p.

HENNEBEL (L.) et TIGROUDJA (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2016, 1690 p.

KOLB (R), *Droit humanitaire et opérations de maintien de paix internationales*, 2e édition, Bruylant, Bruxelles, 2006, 136p.

KOLB (R), *Jus in Bello : Le droit international des conflits armés*, Précis, 2e édition, 2009, Bruylant, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 551p.

KOLB (R), PORRETTO (G) et VITE (S), *L'application du DIH et des droits de l'homme aux organisations internationales,* Bruylant, Bruxelles, 2005, 504p.

L'homme et le droit, Mélanges en hommage au Professeur J-F FLAUSS, Pédone, Paris, 2014, 842p.

LAFRANCE (L), *Droit humanitaire et guerres déstructurées : l'exemple africain*, éd. Liber, Montréal, 2006, 156p.

MARGUENAUD (J-P) et PAULIAT (H) (sous la direction), *Les droits de l'homme face à la guerre : D'Oradour à Srebrenitsa*, Dalloz, 2009, 235p.

MAYSTRE (M), *Les enfants soldats et le droit international : Problématiques contemporaines au regard du DIH et du Droit international pénal*, Pédone, Paris, 2010, 202p.

NOLLEZ-GOLDBACH (R) et SAADA (J), *La justice pénale internationale face aux crimes de masse, approches critiques*, Pédone, Paris, 2014, 241p.

RIVIER (A), *Principes du droit des gens*, Paris, 1896, Tome II, 213p.

SANDOZ (Y) et Autres, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, 1986, 1647p.

SASSOLI (M) et Autres, *Un droit dans la guerre ?* vol. I, II et III, 2e édition, CICR, Genève, 2012.

SCHINDLER (D) et TOMAN (J), *Droit des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, CICR et INSTITUT HENRY-DUNANT, Genève, 1996, 1470p.

SUDRE (F) D*roit européen et international des droits de l'homme*, 10e édition, PUF, 2015, 976p.

SWINARSKI (C), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de PICTET (J)*, CICR, Martinus Nijhoff Publisher, Genève- La Haye, 1984, 1143p.

TAVERNIER (P) et BURGORGUE-LARSEN (L) (dir.), *Un siècle de droit international humanitaire. Centenaire des Conventions de La Haye. Cinquantenaire des Conventions de Genève*, Bruxelles, Bruylant, 2001, CREDHO, 262p.

TOUGAS (M-L), *Droit international, Sociétés Militaires Privées et conflit armé « entre incertitudes et responsabilités »*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 384p.

VAN STEENBERGHE (R), SIMMA (B), *Droit International Humanitaire : un régime spécial de droit international ?* Bruylant, Bruxelles, 2013, 356p.

II LES THESES DE DOCTORATS

AIVO (G), *Le statut du combattant dans les CANI : étude critique de DIH*, Thèse de doctorat, Bruylant, Bruxelles, 2013, 512p.

BALLOT (E), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, thèse de doctorat soutenue à l'Université François-Rabelais, le 12/02/2012), 554p.

CHAOUCH HELAL (A), *La responsabilité pénale indirecte du supérieur hiérarchique pour violation du droit international humanitaire*, Thèse de doctorat, Faculté de Droit, des Sciences Politiques, Economiques et Gestion de Nice, 2003, 750p.

DABONE (Z), *Le Droit international Public relatif aux groupes armés non étatiques*, Thèse de doctorat, Université de Genève, L.G.D.J, Schulthess, Paris, Bâle, 2012, 419p.

EL KHOUHENE (M), *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, 258p.

ERGEC (R), *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Larcier, Bruxelles, 2014, 3e édition, 336p.

FINCK (F), *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. Essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale,* Thèse de doctorat soutenue à l'Université de Strasbourg, Strasbourg, 2011, 452p.

JACOC (P), *L'imputation d'un fait à l'Etat en droit international de la responsabilité*, Thèse de doctorat, 2010, Rennes 1, 539p.

KALALA (T), *Les résolutions de l'ONU et les destinataires non étatiques*, Thèse de doctorat, Larcier, Bruxelles, 2009, 351p.

MEJRI (K), *Le droit international humanitaire dans la jurisprudence internationale,* Thèse de doctorat, L'Harmattan, Paris, 2016, 727p.

SIOTIS (J), *le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non international*, Thèse de doctorat, Université de Genève, 1958, Paris, 248p.

STEFANESCO (L), *la guerre civile et les rapports des belligérants*, Thèse de doctorat, Paris, 1903.

VAURS CHAUMETTE (A-L), *Sujets du droit international pénal Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?* Thèse de doctorat, Pédone, Paris, 2009, 546p.

VEUTHEY (M), *Guérilla et droit humanitaire*, Thèse de doctorat, Genève, CICR, 1983, 451p.

III Recueil de Cours de l'Académie de Droit International

BOURQUIN (M). : « Le problème de la sécurité internationale », *RCADI*, vol. III, 1934, pp. 469-542.

CASSIN (R). : « Les droits de l'homme », *RCADI*, T. 140, 1974, pp. 321-332.

CONDORELLI (L). : « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, T. 189, 1984, pp. 9-221.

DUPUY (P.-M), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, T.188, 1984, pp. 9-133.

DUPUY (P.-M), « Le jus cogens, une révolution ? » *RCADI*, T. 297, 2002, pp. 269-283.

DUPUY (P.-M), « Responsabilité internationale et jus cogens : rencontre fertile ou rendez-vous manqué ? » *RCADI*, T. 297, 2002, pp. 354-398.

GOMEZ (R. A), « Le *Ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », RCADI, T. 172, 1981, pp. 9-217.

GOMEZ ROBELDO (A), « Le jus cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, Vol. 172, tome III, 1981, pp. 9-218.

GROS ESPIELL (H), « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative », *RCADI*, T. 218, 1989, pp. 167-412.

GROS ESPIELL (H), « Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme », *RCADI*, T. 145, 1975, pp. 1-55.

JORDA (M. C), « Du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à la Cour pénale internationale : De quelques observations et enseignements », *RCADI*, T. 307, 2004, pp. 9-24.

KLEIN (P) : « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *RCADI*, T. 321, 2006, pp. 203-484.

MAZZESCHI (R. P.), « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, T. 333, 2009, pp. 187-496.

MIGLIAZZA (A), « L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme », *RCADI*, T. 137, 1972, pp. 143-242.

MOMTAZ (D), « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *RCADI*, T. 292, 2001, pp. 9-146.

NAHLIK (S. E.), « L'extension du statut de combattant à la lumière du protocole I de Genève de 1977 », *RCADI*, T. 164, 1979, pp. 171-249.

ROUCOUNAS (E), « La personne privée et la responsabilité internationale », *RCADI*, T. 299, 2002, pp. 321-346.

ROUCOUNAS (E), « La responsabilité internationale pour risque et les individus », *RCADI*, T. 299, 2002, pp. 357-387.

SCHREIBER (M), « La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'homme aux Nations Unies », *RCADI*, T. 145, 1975, pp. 297-398.

VASAK (K), « Le droit international des droits de l'homme », *RCADI*, T. 140, 1974, pp. 333-416.

WILHELM (R. J.), Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international, *RCADI*, T. 137, pp. 311-417.

IVARTICLES DE DOCTRINE

ABI-SAAB (G), « Les Protocoles Additionnels 25 ans après », in *Les nouvelles frontières du DIH* sous la direction de FLAUSS (J-F), pp. 17-39.

AIVO (G) « Le rôle des accords spéciaux dans la rationalisation des conflits armés non internationaux », *RQDI,* N°27-1, 2014, pp. 1-31.

AIVO (G), « Convergences entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme : vers une assimilation des deux corps de règles », *RTDH*, 2010, pp. 341-370.

AL-FALLOUJI (I), pour une thèse plus humaniste de « tous les droits de l'homme », *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-*

Rouge, en l'honneur de PICTET Jean, CICR, Martinus Nijhoff Publisher, Genève- La Haye, 1984, pp. 625-633.

AUREY (X), « Déclaration universelle des droits de l'homme et conflits armés : de la fragmentation à la complexité », *CRDF*, n°7, 2009, pp. 49-62.

BALMOND (L) « les positions des Etats membres relatives au DIH », in *L'Union européenne et le droit humanitaire* MILLET-DEVALLE (A-S), Pédone, Paris, 2010, 302p.

BALMOND (L), « Observations sur le document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des SMP », *RGDIP* 2009-1, pp. 113-146

BANGERTER (O), « Les raisons pour les groupes armés de choisir de respecter le DIH, ou pas, *RICR*, N° 882, VOLUME 93, Version Française, 2011/2, pp. 51-84.

BAULOZ (C), « Le DIH à l'épreuve des groupes armés non étatiques », *in*, CHETAIL (V), (Dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés, Bruylant*, Bruxelles, 2013, pp. 217-250.

BEN MAHFOUDH (H), « Acteurs non étatiques et Conflits Armés Non Internationaux », in Acteurs non étatiques et droit international, colloque des 6-8 avril 2006, sous la direction de ACHOUR (R.B) et LAGHMANI (S), Pédone, Paris, pp. 215-241.

BENVENUTI (P), « Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies ; La circulaire du Secrétaire Général », *RGDIP*, 2001-2, pp. 355-372.

BIERZANEK (R), « Le statut juridique des partisans et des mouvements de résistance armée, évolution historique et aspects actuels », in *Mélanges offert à J. ANDRASSY*, La Haye, Nijhoff, 1968, pp. 54-77.

BIERZANEK (R), « Quelques remarques sur l'applicabilité du droit international des conflits armés aux conflits armés internationalisés », Etudes *et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de*

PICTET Jean, CICR, Martinus Nijhoff Publisher, Genève- La Haye, 1984, pp. 281-290.

BLIN (A), « Groupes armés et conflits intra-étatiques : à l'aube d'une nouvelle ère ? », RICR, vol.93 sélection française, 2011-2, pp. 25-50.

BOTHE (M), « Conflits armés internes et DIH », *RGDIP*, 1978, pp. 82-102.

BRETTON (P) « Les Protocoles de 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des conflits armés internationaux et non internationaux dix ans après leur adoption », AFDI, volume 33, 1987. pp. 540-557.

BRETTON (P), « L'incidence des guerres contemporaines sur la réaffirmation du droit humanitaire dans les conflits armés non internationaux », *JDI* 1978, N°2, 1978, pp. 208-271.

BUGNION (F), « Les enfants soldats, le droit international humanitaire et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfants », in *African Journal of International and Comparative Law,* 2000, Vol. 12, n°2, pp. 262-275.

BUGNION (F), « Les normes conventionnelles applicables aux conflits armés non internationaux » in *Le comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, CICR, 2000, pp. 374-391.

CALOGEROPOULOS-STRATIS (A), « Droit humanitaire- Droits de l'homme et victimes des conflits armés », in SWINARSKI (C) (ed), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean PICTET,* Genève, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp.655-662.

CANNIZZARO (E), Entités non-étatiques et régime international de l'emploi de la force une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban, *RGDIP* 2007, pp. 333-354.

CASSESE (A), « La guerre civile et le droit international », *RGDIP* 1986-2, pp. 553-578.

CHAUMONT (Ch), « La recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla au droit international humanitaire contemporain », in *Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU*, édition Pédone, Paris, 1974, pp. 43-61.

COHEN-JONATHAN (G) et FLAUSS (J-F), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *AFDI*, 2009, pp. 765-780.

COMBACAU (J), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoir*, n°67, 1993, pp. 47-58.

CORTEN (O), « L'interdiction du recours à la force dans les relations internationales est-elle opposable aux groupes « terroristes » ? », in *Acteurs non étatiques et droit international*, colloque des 6-8 avril 2006, sous la direction de R. B. ACHOUR et S. LAGHMANI, Pédone, Paris, pp. 129-159.

COTTIER (M), « Attributions de mandats aux entreprises de sécurité militaires privées et régulation de leurs activités : éléments à considérer », *RICR*, vol.88, sélection française, 2006, pp. 225-256.

COUZIGOU (I), « L'incidence du droit à la vie sur le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme », *RGDIP*, Vol. 114, n°2, pp. 343-365.

D'ARGENT (P), « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes des violations flagrantes du DIDH et des violations graves du DIH », *AFDI*, vol.51, 2005, pp. 27-55.

DABONE (Z), « Le droit international : les groupes armés dans un système centré sur l'Etat », *RICR*, Volume 93 Sélection française 2011 / 2, pp. 85-118.

D'ASPREMONT (J), « Rebellion and State Responsibility: Wrongdoing by Democratically Elected Insurgents », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, n°2, Avril 2009, pp. 427-442.

DAVID (E), « Le DIH et les acteurs non étatiques, la pertinence du DIH pour les acteurs non étatiques », in *Actes colloques de Bruges 25-26/10/2002*, Collegium, édition spéciale, n°27, 2003, pp. 27-40.

DAVID (E), « Le droit international humanitaire face à ces évolutions : un droit adapté ou adaptable ? », in *Actes colloques de Bruges 25-26/10/2002*, Collegium, édition spéciale, n°27, 2003, pp. 41-60.

De FROUVILLE (O) et MARTELLY (O), « La juridictionnalisation du droit des conflits armés : les Tribunaux internationaux mixtes », in, CHETAIL (V), (Dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés, Bruylant*, Bruxelles, 2013, pp. 573-612.

De HEMPTINNE (J), « La définition de la notion de population civile dans le cadre du crime contre l'humanité, commentaire critique de l'arrêt Martic » (TPIY, 8/8/2008), *RGDIP*, 2010, pp. 93-104.

DECAUX (E) et AKTYPIS (D), « Le droit des conflits armés devant les organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme », in, *CHETAIL (V), (Dir.), Permanence et mutation du droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2013*, pp. 529-572.

DECAUX (E), « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire » (arrêt Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010), *RTDH*, 86/2011, pp. 343-357.

DEGILA (D. E.), « Evolution jurisprudentielle du crime de guerre », in, CHETAIL (V), (Dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés, Bruylant*, Bruxelles, 2013, pp. 613-643.

DOMESTICI-MET (M-J), « Cent ans après La Haye, cinquante ans après Genève : le droit international humanitaire au temps de la guerre civile », *RICR*, N° 834, pp. 277-301.

DROEGE (C), "Elective affinities? Human rights and humanitarian law", *RICR*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 501-548.

DROEGE (C), « Le véritable leitmotiv » : l'interdiction de la torture et d'autres formes de mauvais traitements dans le DIH », *RICR*, N° 867, 2007, pp. 1-26.

DUCULESCO (V), « Effet de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international », RGDIP, 1975-1, pp. 127-128.

DUPUY, « Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la CIJ », *In Mélange en l'honneur de VALTICOS (N)*, (sous la direction de R-J DUPUY), Pédone, Paris, 1999, pp. 117-130.

FINAUD (M), « L'abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au DIH », *RGDIP*, 2006-4, pp. 861-890.

GAGGIOLI (G) et KOLB (R), « L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme au droit international humanitaire en matière de droit à la vie », in *RSDIE*, 17e année, n°1, 2007, pp. 3-31.

GAGGIOLI (G) et KOLB (R), « Le Conseil de sécurité face à la protection des civils dans les conflits armés », in Maurice D. VOYAME et autres (ed), *International Law, Conflict and Development : The Emergence of a Holistic Approach in International Affairs, Liber amicorum for Joseph Voyame*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2010, p. 49-104.

GILLARD (E-C.), « Quand l'entreprise s'en va-t'en guerre : les sociétés de sécurité privées et le DIH, » *RICR*, vol.88, sélection française 2006, pp. 173-224

GIRAUD (E), « Le respect des droits de l'homme dans la guerre internationale et dans la guerre civile », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, Juillet-août 1958, Paris, 1958, pp. 613-675.

GRADITZKY (T), « La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire en situation de conflit armé non international », *RICR* n° 829 mars 1998 pp. 29-57.

GRIGON (J) et SASSOLI (M), « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du DIH », in *Le DIH face aux défis du*

XXIe siècle, BIAD (A) et TAVERNIER (P), (sous la direction), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp.133-154.

GROS ESPIELL (H), « La complémentarité entre les notions de droit à la vie et le droit de vivre », in PREMONT (D), MONTANT (F) (ed), *Actes du symposium sur le droit à la vie : quarante an après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Genève, CID, 1992, pp. 6-8.

GUELLALI (A), « *Lex specialis*, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés », *RGDIP* 2007 pp. 539-574.

GUILLOT (P. CH-A), « Le « terroriste » et le DIH », in *Le DIH face aux défis du XXIe siècle*, BIAD (A) et TAVERNIER (P), (sous la direction), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 267-289.

HAUPAIS (N), « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre », *AFDI*, 2009, pp. 87-110.

HEFFES (E) , « The Responsibility of armed opposition groups for Violations of International Humanitarian Law: Challenging the State-Centric System of International Law », *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2013, N°4, pp. 81- 107.

HERRMANN et PALMIERI, « Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ? », *RICR,* 2003, n°849, pp. 23-44.

KARAGIANNIS (S), « Du non étatique à l'étatique : la cruciale question de l'imputabilité d'actes de particuliers en droit international », in *Acteurs non étatiques et droit international*, Colloque des 6-8 avril 2006, sous la direction de BEN ACHOUR (R)et LAGHMANI (S), Pédone, Paris, pp. 161-195.

KLEFFNER (J.K), « The collective accountability of organized armed groups for system crimes » *in* VAN DER WILT H. et NOLLKAEMPER A., *System criminality in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 238-269.

KLEFFNER (J.K), « L'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés, *RICR*, vol.93, 2011/2, sélection française, pp. 141-161.

KOLB (R), « Aspect historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme », Annuaire *canadien de droit international*, 1999, pp. 57-97.

KOLB (R), « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative" », in *RGDIP,* 2005-2, p. 305-330.

KOLB (R), « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés- essai de clarification conceptuelle *», Colloque de la Société française pour le droit international*, *sur « La nécessité en droit international »,* Grenoble - 8-10 juin 2006, Pedone, Paris, 2007, pp. 151-186.

KOLB (R), « Le contrôle de résolutions contraignantes du Conseil de sécurité des Nations Unies sous l'angle du respect du *jus cogens* », in*, RSDIE,* 5/2008, p. 401-411.

KOLB (R), « Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme : aperçu de l'histoire de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Conventions de Genève », in *RICR,* 831/1998, p. 437-447.

KOLB (R), « Les influences du droit international pénal sur le droit international public », *in AFDI*, 2011, p. 149-169.

KOT (J-P), « Le droit humanitaire devant les juridictions de protection des droits de l'homme : Propos autour des arrêts Issaieva, Youssoupova et Bazaieva c. Russie et Issaieva c. Russie de la CEDH », *Observatoire des NU*, N°19, 2005, pp101-122.

KRAIEM-DRIDI (M), « L'identification des réseaux terroristes », in *Acteurs non étatiques et droit international*, colloque des 6-8 avril 2006, sous la direction de BEN ACHOUR (R) et S. LAGHMANI, Pédone, Paris, pp. 197-214.

KRESS (C), « L'organe *de facto* en DIP : réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP*, 2001/1, pp. 93-144.

LA ROSA (A.M) et WUERZNER (C), « Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du DIH », *RICR*, vol.90, sélection française, 2008, pp. 179-193.

LAGRANGE (P), « Forces des NU et respect du DIH : de l'importance de la notion de participation aux hostilités », in Le *DIH face aux défis du XXIe siècle*, BIAD (A) et TAVERNIER (P), (sous la direction), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 291-311.

LAMBERT (P), « La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé », *RTDH*, 2000, pp. 241-259.

LARRALDE (J-M), « Les réponses du droit international à la question des enfants-soldats », *CRDF*, N°5, 2006, pp. 65-78.

LATTANZI (F), « La frontière entre droit international humanitaire et droits de l'homme », in DECAUX (E), DIENG (A) et SOW (M) (ed), *From human rights to international Criminal law/ Des droits de l'homme au droit international pénal*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 519-570.

MARMIN (S), « Les organes de contrôle du DIDH et le DIH », *RTDH*, N° 92/2012, pp. 815-836.

MEGRET (F), « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », In *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2 Volume 71, pp. 83-136.

MERON (T), « La protection de la personne humaine dans le cadre du droit relatif aux droits de l'homme et du droit humanitaire », in *Bulletins des droits de l'homme,* Genève, Nations Unies, septembre 1992, pp. 36-50.

MOULIER (I), « Observations sur l'Alien Tort Claims, et ses implications internationales », *AFDI,* vol.49, 2003, pp. 129-164.

NAQVI (Y), « Droits de l'homme », in *DIH un régime spécial de Droit international ?* R. V. STEENBERGHE, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 225-266.

NEEL (L), « La judiciarisation internationale des criminels de guerre : la solution aux violations graves du DIH ? », *Criminologie*, vol.33, n°2, 2000, pp. 151-181.

O'DONNELL(D), « Tendances dans l'application du DIH par les mécanismes des Droits de l'Homme des Nations Unies », RICR, N°831, septembre 1998, pp. 517-541.

OBRADOVIC (K), « Les droits de l'homme sont-ils actuellement le fondement du droit des conflits armés ? », in *Jugoslovenska Revija za Medunarodno Pravo*, Belgrade, 1998, pp. 41-51.

OJEDA (S), « Notion de participation directe aux hostilités : interprétation du CICR », in *Le DIH face aux défis du XXIe siècle*, BIAD (A) et TAVERNIER (P), (sous la direction), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 247-257.

OUGUERGOUZ (E), L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme : Les réponses du droit international, *RGDIP* n°1, 1994, pp. 289-355.

PARODI (F), « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP* 2010-3, pp. 501-535.

PATRNOGIC (J), « Les droits de l'homme et le droit international humanitaire », in *Bulletin des droits de l'homme*, Genève, Nations Unies, septembre 1992, pp. 1-14.

PEANSON (I), « Quelques considérations sur la présentation de la terminologie du droit international, Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge », *En l'honneur de PICTET (J)*, CICR, Martinus Nijhoff Publisher, Genève- La Haye, 1984, pp. 743-750.

PERRIN (G), « La nécessité et les dangers du *jus cogens*, Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge », *En l'honneur de PICTET (J),* CICR, Martinus Nijhoff Publisher, Genève- La Haye, 1984, pp. 751-759.

PRIETO SANJUAN (R. A), « Les groupes armés comme destinataires de sanctions n'impliquant pas l'emploi de la force », in *Mélanges en l'honneur de TAVERNIER (P)*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 315-329.

QUEGUINER (J-F), « Dix ans après la création du TPIY : évolution de l'apport de sa jurisprudence au DIH », *RICR*, vol.85, N°850, juin 2003, pp. 271-311.

RONDEAU (S), « Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts », *RICR*, volume 93, n°883, septembre 2011, pp. 649-672.

RUTH (L), « Qui a droit au statut de guerre ? », *RGDIP*, 1978-1, pp. 170-210.

SAADA (J), « Les combattants illégaux, des ennemis du genre humain ? » Contre-terrorisme en démocratie et malléabilité du droit, *ASPECTS*, n°4, 2010, pp. 15-34.

SASSOLI (M), « Combattants et combattants illégaux », *CHETAIL (V), (Dir.), Permanence et mutation du droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2013*, pp.165-184.

SASSOLI (M), « La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés », in *Droits de l'homme, Démocratie et Etat de droit, Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, Dike 2007, pp. 709-731.

SASSOLI (M), Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : une comparaison », in *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLIII, 1987, pp. 24-61.

SIVAKUMARAN (S), « Les engagements des groupes armés et les enseignements à en tirer pour le droit des conflits armés : définition des cibles légitimes et prisonniers de guerre », *RICR*, Volume 93 Sélection française 2011 / 2, pp.163-184.

STEENBERGHE (R.V), « Le pacte de non-agression et de défense commune de l'union africaine : entre unilatéralisme et responsabilité collective », *RGDIP*, 2009, Vol. 113-1, pp. 125-146.

STURMA (P), « Rapport entre le DIH et le DIDH », in AKANDJI-KOMBE (J-F) (sous la directions), *Mélanges en l'honneur de du Professeur TAVERNIER (P)*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 1429-1446.

TAVERNIER (P), « L'articulation entre le DIH coutumier et conventionnel », in *Le DIH face aux défis du XXIe siècle,* BIAD (A) et TAVERNIER (P), (sous la direction), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 87-113.

TAVERNIER (P), « Le principe de distinction entre CAI et CANI », in CHETAIL *(V), (Dir.), Permanence et mutation du droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2013*, pp. 73-95.

TAXIL (B), « A la confluence des droits : La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées », in *AFDI*, LIII, 2007, pp. 129-156.

TIGROUDJA (H), « DIDH et DIH et Droit international pénal vers une confusion des branches ? », in AKANDJI-KOMBE (J-F) (sous la directions), *Mélanges en l'honneur de du Professeur TAVERNIER (P)*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 1466-1487.

TIGROUDJA (H), « La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie. (*Arrêts Khachiev et Akaïeva, Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva et Issaïeva c. La Russie* du 25 février 2005) Propos sur l'adaptation du mécanisme européen de protection des droits de l'homme à la situation tchétchène », in *RTDH*, n°65, 2006, pp.111-140.

TIGROUDJA (H), « La cour interaméricaine des droits de l'homme au service de « l'humanisation du DIP » propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, 2006, pp. 610-640.

TIGROUDJA (H), « La cour suprême israélienne et la protection des personnes en temps de conflit », *RGDIP*, 2009-3, pp. 555-587.

TIGROUDJA (H), « Les conflits armés », in LEVINET (M), (Dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la CEDH, Actes de Colloques des 6-7 novembre 2009*, Anthémis, 2011, pp. 215-242.

TIGROUDJA (H), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la 'guerre au terrorisme' », *AFDI*, vol 48, 2002, pp. 81-102.

TUCK (D), « La détention par les groupes armés : surmonter les obstacles à l'action humanitaire », *RICR*, Volume 93, N° 883, 2011, pp. 1-31.

VEUTHEY (M), « Le rôle des acteurs non étatiques dans le respect du droit international humanitaire », *AFDI*, vol. X, 2009, Centre Thucydide – Analyse et

recherche en relations internationales (www.afri-ct.org), dernière consultation le 12/10/2018.

VITE (S), « Typologie des conflits armés en DIH : concepts juridiques et réalités », *RICR*, Volume 91, Sélection française, N°873, mars 2009, pp. 37-64.

WECKEL (P), « Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo », *RGDIP*, 2002-2, pp 357-369.

WEISSBRODT (D), « Mise en œuvre des droits de l'homme et du droit international humanitaires dans les situations de conflits armés », in *RICR*, n°800, 1993, pp. 129-150.

ZASOVA (S), « L'applicabilité du DIH aux groupes armés organisé », in *La protection des personnes vulnérables en temps de conflits armés,* Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 47-85.

ZORGBIBE (Ch), « Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes, in *JDI* 1970, N°3, pp. 658-683.

V ACTES DE COLLOQUES

Acteurs non étatiques et droit international, colloque du 6-8 avril 2006 sous la direction de Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani, Tunis, éd. Pédone.

Classer les droits de l'homme, actes du Colloque sur « les enjeux de la typologie des droits de l'homme », Bruxelles, 25/10/2002, sous la direction de BRIBOSIA (E) et HENNEBEL (L), Bruylant, Bruxelles, 2004, 393p.

L'application du DIH et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques, Institut de Droit International, Résolution de Berlin du 25 août 1999, Pédone, Paris, 2003, 48p.

La responsabilité dans le système international, SFDI, Colloque du Mans du 31 mai au 2 juin 1990, éditions Pédone, Paris1991, pp338.

Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme, éditions universitaires de Fribourg, Suisse, 1992, 401p.

Le DIH et les défis posés les conflits armés contemporains, Rapport de la XXXIe conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, Suisse, du 28 novembre au 1er décembre 2011.

Le droit au respect de la vie au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Actes du Colloque des 6-7 novembre 2009, organisé par l'Institut Européen des Droits de l'Homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Bruylant, 2010, 342p.

Le noyau intangible des droits de l'homme, Actes du VIIe colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, éditions universitaires de Fribourg, Suisse, 1991, 272p.

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE 1

PREMIERE PARTIE : L'identification des acteurs et ses conséquences 30

Titre 1 : L'identification des acteurs 31

Chapitre 1 : Les critères généraux d'identification d'un groupe armé non étatique 33

Section 1 : La reconnaissance des groupes armés non étatiques comme partie à un conflit armé 33

Paragraphe 1 La reconnaissance de belligérance : Première ouverture vers l'admission des groupes armés non étatiques comme partie à un conflit armé 34

A Les critères de la reconnaissance de belligérance 34

B La prise de position de l'IDI 38

Paragraphe 2 L'allusion de l'article de l'article 3 commun aux parties à un conflit armé 40

A L'allusion de l'article 3 commun : L'acceptation des groupes armés non étatiques comme partie à un conflit armé 41

B Les insuffisances définitionnelles de l'article 3 commun 44

Section 2 L'évolution terminologique introduite par le Protocole Additionnel II 47

Paragraphe 1 L'organisation du groupe armé 48

A Un commandement responsable 48

B Le contrôle territorial 51

Paragraphe 2 La capacité à appliquer le Protocole Additionnel II 55

Conclusion 59

Chapitre 2 L'identification des membres du groupe armé non étatique 60

Section 1 Les difficultés d'une identification concrète 63

Paragraphe 1 L'insuffisance du critère organique d'appartenance 64

A L'incompatibilité structurelle 64

1 L'insuffisance partielle du critère organique d'appartenance au GANE 65

2 La déprofessionnalisation : « La guerre des civils » 67

B L'appel à l'élément matériel d'identification : La participation directe aux hostilités 70

1 Les éléments de « La participation directe aux hostilités » 71

2 Une notion juridique aux contours mal définis 75

Paragraphe 2 L'appréciation de l'apport de l'étude du CICR sur la participation directe aux hostilités 81

A L'apport contrasté du Guide interprétatif du CICR sur la participation directe aux hostilités 81

1 La fonction de combat continue 81
2 Des flous persistants 84
B L'épineuse question des enfants-soldats 87
1 Les incertitudes quant à l'âge des enfants-soldats 87
2 L'application du principe de distinction aux enfants-soldats 93
Section 2 Les implications de l'identification des membres du groupe armé non étatique 96
Paragraphe 1 L'absence de statut juridique pour les combattants du GANE 96
A La précarité juridique du statut des combattants du GANE 97
B La nécessité d'un statut pour les membres du GANE 102
1 Les contours du cadre d'action 102
2 Les contours du statut à accorder aux membres du GANE 104
Paragraphe 2 La nécessité d'une amélioration de la situation des membres des forces armées étatiques 109
A Un rééquilibrage en faveur des forces armées étatiques 110
B Rétablir le principe de l'égalité des belligérants 113
Conclusion 119
Conclusion Titre 1 120
Titre 2 : Le droit applicable 121
Chapitre 1 L'obsolescence des dispositions du DIH applicable aux groupes armés 126
Section 1 Les zones grises du droit applicable aux Groupes Armés Non Etatiques 126
Paragraphe 1 Un corpus normatif très peu fourni 127
A Une dispersion organisée 127
B Un Protocole additionnel 2 aux conditions d'application renforcées 128
Paragraphe 2 Les incohérences de la règlementation de la guérilla 130
A La mutation conceptuelle : De la guérilla à la guerre asymétrique 130
B L'admission sous condition de la guérilla dans le cadre d'un CAI 132
C Le silence du PA II sur la guérilla 135
Section 2 L'extension du droit applicable aux groupes armés 138
Paragraphe 1 L'évolution amorcée par les instances internationales 139
A L'activisme pour la création des juridictions pénale internationales 139
1 La création des Tribunaux Pénaux Internationaux comme premier jalon pour l'amélioration du droit des CANI 140
2 Les complications introduites par le statut de la CPI 145
B L'apport de l'Etude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier 147
Paragraphe 2 L'œuvre des groupes armés : la possibilité d'accords spéciaux 149
A La pratique des accords spéciaux 150

B Les limites imposées lors de la conclusion des accords spéciaux 153
Conclusion 159
Chapitre 2 : L'admission progressive de l'application du DIDH en période de conflit armé 160
Section 1 Les interférences entre le DIH et le DIDH 161
Paragraphe 1 Les changements 161
A La conférence de Téhéran de 1968 : La formalisation de liens déjà existant 161
1 Une mutation conceptuelle prémonitoire 162
2 Une dichotomie ébranlée : l'affirmation des liens entre le DIH et le DIDH 165
a Les courants doctrinaux 165
b Le choix de la doctrine complémentariste 169
B Les références mutuelles 170
1 Des références comme fondement de compétence 170
2 Les influences atténuantes : humanisation et humanitarisation 173
Paragraphe 2 Le conflit des normes 174
A Les fluctuations jurisprudentielles concernant la *Lex specialis* 175
1 Les tergiversations de la CIJ 175
2 Le refus initial des cours spécialisées en Droit de l'Homme 179
B L'ouverture au DIH devant les cours des DH 181
1 L'incohérence de la jurisprudence interaméricaine 181
2 Une attitude timorée de la CEDH en phase d'évolution 183
Section 2 La détermination des dispositions du DIDH directement applicables par les GANE 186
Paragraphe 1 L'identité des droits protégés en DIDH et en DIH 188
A La situation particulière du droit à la vie 190
1 La protection du droit à la vie en DIDH et en DIH 190
2 Le rapprochement de la protection du droit à la vie en DIDH et en DIH 192
B Les autres éléments des droits indérogeables 196
1 Les interdictions 196
2 les garanties judiciaires 200
Paragraphe 2 Accroitre les dispositions du DIDH applicables par les Groupes Armés Non Etatiques 203
A L'accroissement des dispositions indérogeables par un appel au DIH 204
1 L'apport du PA II à la capacité des GANE à appliquer des dispositions du DIDH 204
2 La nécessaire harmonisation entre le DIH et le DIDH au niveau des droits protégés 208

B L'accroissement des dispositions indérogeables par un appel aux dispositions du DIDH 211
Conclusion 215
Conclusion Titre 2 216
Conclusion Première Partie 217
DEUXIEME PARTIE : De la responsabilité et des réparations 220
TITRE 1 L'INCOHERENCE 221
Chapitre 1 L'admission partielle 223
Section 1 L'acceptation des responsabilités individuelles 223
Paragraphe 1 La responsabilité individuelle des combattants adultes 224
A La primauté de la responsabilité individuelle 224
B L'importance cruciale de la responsabilité individuelle dans le système actuel 226
Paragraphe 2 Des implications individuelles diverses 229
A La situation particulière des enfants-soldats 230
B La responsabilité du supérieur hiérarchique 231
Section 2 Le refus d'une responsabilité collective 235
Paragraphe 1 Le faux semblant de l'Entreprise Criminelle Commune 236
A Les pérégrinations du concept 237
1 Le postulat de départ 237
2 Une logique collective trop dépendante des facteurs individuels 240
B L'impossible rapprochement avec la responsabilité du GANE 243
Paragraphe 2 L'absence d'une responsabilité internationale du GANE pour violation du DIH 244
A La construction inaboutie des Tribunaux Militaires Internationaux de l'après-guerre 244
B Le manque de pragmatisme 248
CONCLUSION 249
Chapitre 2 : Le déni total 250
Section 1 Les conditions d'engagement de la responsabilité internationale pour violation du DIDH 250
Paragraphe 1 Les juridictions exercées par l'Etat 250
A La juridiction territoriale 251
B La juridiction personnelle 253
Paragraphe 2 La nature des actes imputables 255
A Les obligations positives 256
B Les obligations négatives 258
Section 2 La possibilité extension aux GANE 259

Paragraphe 1 La compétence territoriale exercée par le GANE 260
A La maitrise territoriale du GANE 260
B Une question extrêmement sensible 261
Paragraphe 2 La compétence personnelle 262
A L'exercice de la compétence personnelle 262
B La poursuite internationale des violations massives des droits de l'homme 263
CONCLUSION 265
TITRE 2 : Des éléments d'une responsabilité internationale des Groupes Armés Non Etatiques 266
CHAPITRE 1 : Les contours de la responsabilité internationale du Groupe Armé Non Etatique 268
Section 1 Le fait illicite : La violation d'une obligation internationale du GANE 269
Paragraphe 1 La justiciabilité du DIH à l'égard du GANE 270
A Les différents modes d'engagement du GANE 270
1 Une justiciabilité découlant du consentement exprimé par le groupe rebelle 270
2 Une justiciabilité directement issue du droit des dispositions des conventions du DIH 273
B Le fondement coutumier de la justiciabilité du DIH à l'égard des GANE 277
Paragraphe 2 La justiciabilité du DIDH à l'égard du GANE 280
A L'apport du droit coutumier 280
B L'apport du *jus cogens* 285
Section II Une responsabilité fondée sur la spécificité du GANE 286
Paragraphe 1 L'affirmation de la qualité de sujet de Droit International du GANE . 286
A Une qualité de sujet en phase d'acquisition 287
B Un sujet particulier du Droit International 289
Paragraphe 2 L'imputabilité des faits au GANE 293
A L'élément tiré de l'absence de contrôle étatique sur le GANE 294
B L'élément tiré des agissements imputables au GANE 299
Conclusion 301
Chapitre 2 L'insuffisance des sanctions infligées aux GANE 302
Section 1 Un dispositif à perfectionner 303
Paragraphe 1 Les sanctions globales 303
A L'application de l'embargo à des GANE 303
B Une mesure aux résultats mitigés 307
Paragraphe 2 Les sanctions ciblées 310
A Les sanctions financières 311
B Les restrictions à la mobilité 313

Section 2 La nécessité des mesures nouvelles plus appropriées 314
Paragraphe 1 L'évolution de la prise en compte des victimes 315
A Le début de la prise en compte par le TPIY et le TPIR 315
B Les améliorations apportées par le Statut de la CPI 318
Paragraphe 2 Faire payer aux GANE leur part de responsabilité 322
A Faire participer les GANE au fond d'aide aux victimes 322
B La mise en œuvre effective des réparations prévues par le Statut de la CPI 325
Conclusion 331
Conclusion Deuxième partie 333
CONCLUSION GENERALE 335
BIBLIOGRAPHIE 342

RÉSUMÉ

Lorsqu'il a fallu moderniser les instruments du droit international humanitaire le conflit armé non international n'était qu'un épiphénomène et son avènement a toujours été considéré comme un élément perturbateur d'une scène internationale profondément étatisé. Néanmoins l'importance croissante de ce type de conflit a permis de mettre en exergue le rôle sans cesse croissant d'un nouveau type d'acteurs à savoir les groupes armés non étatiques. Désormais, ils sont les acteurs majeurs de conflits largement majoritaires. Pour cette raison, nous pensons qu'il est temps de changer d'approche et de revoir les solutions proposées dans les instruments internationaux applicables. Pour toutes ces raisons et pour adapter le droit aux réalités des conflits actuels, une approche dépouillée de toute charge idéologique et péjorative doit primer par rapport à celle actuelle. De même, il est fondamentalement nécessaire de faire assumer à ces groupes les conséquences de leurs agissements en engageant leur responsabilité internationale.

Mots clés : Droit des conflits armés, Droit international humanitaire, Droit international des droits de l'homme, groupes armés non étatiques, responsabilité internationale, droit international pénal, justice pénale internationale.

ABSTRACT

When the instruments of international humanitarian law had to be modernized, the non-international armed conflict was an epiphenomenon and its advent has always been considered a disruptive element of a deeply internationalized international scene. Nevertheless, the growing importance of this type of conflict has highlighted the ever-increasing role of a new type of actors, namely non-State armed groups. From now on, they are the major actors of conflicts largely majority. For this reason, we believe that it is time to change the approach and review the solutions proposed in the applicable international instruments. For all these reasons and to adapt the law to the realities of current conflicts, an approach stripped of any ideological and pejorative burden must take precedence over the current one. Similarly, it is fundamentally necessary to make these groups bear the consequences of their actions by committing their international responsibility.

Key words : Law of armed conflict, International humanitarian law, International human rights Law, non-state armed groups, international responsibility, international criminal law, International criminal justice.