

Repenser le droit des conflits armés non internationaux : octroyer une immunité du combattant aux membres des groupes armés rebelles ?

Mémoire réalisé par
Marie MALDAGUE

Promoteur
Raphaël VAN STEENBERGHE

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je tiens, tout d'abord, à remercier chaleureusement mon promoteur, Raphaël VAN STEENBERGHE, pour sa disponibilité, ses conseils toujours précis et précieux ainsi que son soutien permanent pendant ces deux années de recherche et de rédaction. Je le remercie également pour avoir suscité en moi l'intérêt pour le sujet du présent mémoire.

Ensuite, je remercie Marco SASSÒLI qui, malgré son congé scientifique, m'a permis de le rencontrer et d'échanger sur ce sujet qui lui est familier.

Mes remerciements se portent également vers Anaïs BRUCHER, Guillaume MULLER et Samuel WOUTERS pour le temps qu'ils ont accordé à la relecture de ce mémoire et leurs commentaires pertinents qui ont structuré, approfondi et précisé mon travail.

Je tiens également à remercier profondément mes amis qui m'ont encouragée et soutenue durant l'entièreté de mes études et dont leur confiance indéfectible m'a portée jusqu'ici. Je remercie particulièrement Romain qui a su endurer quotidiennement mes doutes et mes craintes grâce à un soutien et une patience infaillibles.

J'adresse ensuite toute ma reconnaissance à mes parents et à ma sœur pour leurs encouragements et leur éternelle confiance.

Enfin, je remercie toute personne qui, de près ou de loin, m'a soutenue dans l'épanouissement de ce travail.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	2
TITRE 1 : D’hier à aujourd’hui : la naissance du statut du combattant et son évolution	4
CHAPITRE 1 : Perspectives historiques.....	4
Section 1 : Le droit des conflits armés avant les Conventions de Genève.....	5
Sous-section 1 : Les différents traités internationaux	5
§1. La régulation des conflits armés internationaux.....	5
§2. Les Conventions de La Haye et la notion de combattant	6
Sous-section 2 : La reconnaissance de belligérance.....	7
§1. L’apparition du concept.....	7
§2. Les critères de reconnaissance de belligérance	8
§3. L’apport de la reconnaissance de belligérance	8
Section 2 : Le droit des Conventions de Genève et de ses Protocoles additionnels	9
Sous-section 1 : Les Conventions de Genève	9
§1. Un besoin de davantage de régulation.....	9
§2. Le contenu des Conventions de Genève.....	10
Sous-section 2 : Les Protocoles additionnels	11
§1. La nécessité de compléter les Conventions de Genève.....	11
§2. L’apparition du concept de « combattant »	11
CHAPITRE 2 : Le statut du combattant dans les conflits armés non internationaux	12
Section 1 : La réticence des États.....	13
Sous-section 1 : L’article 3 commun aux Conventions de Genève.....	13
§1. La proposition du Comité international de la Croix-Rouge.....	13
§2. L’article 3 commun : un compromis	13
Sous-section 2 : Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève	14
§1. La naissance des Protocoles additionnels.....	14
§2. Le Protocole additionnel II.....	15
Section 2 : Convergence des deux régimes	16
Sous-section 1 : La pratique internationale	16
§1. La pratique des États	16
§2. La pratique des groupes armés	17
§3. La naissance d’une nouvelle règle coutumière internationale ?.....	17
Sous-section 2 : L’activisme des cours et tribunaux	18
§1. L’activisme au niveau national.....	18
§2. L’activisme au niveau international	18
TITRE 2 : L’octroi du statut du combattant	20
CHAPITRE 1 : La nécessité d’octroyer le statut	20
Section 1 : Asymétrie entre les Parties au conflit.....	21
Sous-section 1 : État des lieux contemporain.....	21
§1. Le principe d’égalité dans les conflits armés non internationaux	21
§2. Le principe de réciprocité dans les conflits armés non internationaux	22
Sous-section 2 : Remise en question du caractère problématique de l’asymétrie.....	22
§1. La non-réciprocité et l’inégalité	22
§2. La capacité des groupes armés à mettre en œuvre les obligations	23
Sous-section 3 : La solution offerte par l’octroi du statut du combattant	24

§1. La problématique.....	24
§2. Des standards différenciés adaptés au contexte	24
Section 2 : Principe de distinction.....	25
Sous-section 1 : État des lieux.....	25
§1. La définition du principe	25
§2. Le respect du principe	26
Sous-section 2 : La mise à mal du principe par l'absence de définition des notions de « civils » et de « combattants »	27
§1. Le manque de définition dans les conflits armés non internationaux	27
§2. Les conséquences du manque de définitions et la nécessité d'utiliser des termes clairs	27
Sous-section 3 : La mise à mal du principe par l'absence d'encadrement juridique sur les moyens et méthodes de guerre.....	28
§1. Le changement de moyens et méthodes de guerre	28
§2. Le manque d'encadrement juridique.....	28
Sous-section 4 : Une meilleure application du principe de distinction grâce à l'octroi du statut du combattant	29
§1. Le caractère incomplet du Guide interprétatif du CICR	29
§2. La notion de « combattant » comme une solution de clarification	30
Section 3 : Incitation au respect du droit international humanitaire	31
Sous-section 1 : Améliorer le respect du droit international humanitaire.....	31
§1. La dénégation du privilège du combattant comme obstacle au respect du droit international humanitaire.....	31
§2. L'octroi de l'immunité du combattant.....	32
Sous-section 2 : Le statut du combattant aux rebelles, une régression humanitaire ? .	32
§1. Le manque de preuve quant au lien causal.....	32
§2. La légitimation du recours à la violence	33
§3. L'absence de justification humanitaire.....	33
Sous-section 3 : L'octroi d'une immunité : la suppression d'un découragement	34
CHAPITRE 2 : Les risques de l'octroi.....	34
Section 1 : Risque d'une sur-application.....	35
Sous-section 1 : Conséquences sur la population civile.....	35
§1. Participation importante de la population civile.....	35
§2. La perte de la protection accordée aux civils	35
§3. La confirmation du risque dans la pratique	35
Sous-section 2 : Solutions au risque de sur-application	36
Section 2 : Risque pour la stabilité politique et l'intégrité territoriale de l'État	37
Sous-section 1 : La légitimation de la rébellion et de la violence non gouvernementale	37
§1. L'importance de la souveraineté étatique.....	37
§2. L'incontournable prohibition du recours à la violence	37
Sous-section 2 : L'incompatibilité avec le <i>jus contra bellum</i>	37
§1. L'ère contemporaine du <i>jus contra bellum</i>	37
§2. La nécessité de distinguer le <i>jus ad bellum</i> et le <i>jus in bello</i>	38
Sous-section 3 : Un nouveau <i>jus contra bellum internum</i>	38
§1. La création d'un <i>jus ad bellum</i> pour les conflits armés non internationaux.....	38
§2. La combinaison du statut du combattant et du <i>jus contra bellum internum</i>	39

Section 3 : Tension avec les droits de l'homme.....	40
Sous-section 1 : Applicabilité des droits de l'homme en temps de conflits armés	40
§1. Application continue des droits de l'homme.....	40
§2. Une approche complémentariste des droits de l'homme et du droit international humanitaire.....	41
Sous-section 2 : Le statut du combattant et le droit à la vie.....	41
§1. Deux approches opposées	41
§2. Le statut du combattant contraire au droit à la vie	42
Sous-section 3 : Réconcilier le droit à la vie et le statut du combattant.....	42
§1. Le caractère non absolu du droit à la vie.....	42
§2. L'application indirecte des droits de l'homme.....	43
§3. La protection du droit à la vie en droit international humanitaire.....	43
§4. Les principes de nécessité et de proportionnalité.....	44
TITRE 3 : Proposition de solutions.....	44
CHAPITRE 1 : Les conditions à l'octroi	45
Section 1 : Champ d'application	46
Sous-section 1 : Conditions analogues de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II	46
§1. Organisation interne du groupe armé	46
§2. Commandement responsable.....	46
Sous-section 2 : Les conditions trop restrictives de l'article 1 ^{er} du Protocole additionnel II	47
§1. Intensité des conflits armés	47
§2. Contrôle du territoire	48
Section 2 : Appartenance au groupe armé.....	49
Sous-section 1 : Critère fonctionnel	49
§1. La fonction continue de combat	49
§2. Insuffisances.....	50
Sous-section 2 : Critère organique	50
§1. L'appartenance formelle.....	50
§2. Insuffisances.....	51
Sous-section 3 : Appartenance <i>de jure</i> et <i>de facto</i>	51
Section 3 : Obligation de respecter les règles de droit international humanitaire.....	52
Sous-section 1 : Perte du statut en cas de non-respect	52
§1. Principe général.....	52
§2. Exceptions	52
Sous-section 2 : Matérialisation de l'engagement à respecter le droit international humanitaire.....	53
§1. Un acte d'engagement international comme condition à l'octroi du statut du combattant	53
§2. Difficultés engendrées par cette condition	53
CHAPITRE 2 : Éléments concrets de solution	54
Section 1 : Points communs des différentes approches.....	54
Sous-section 1 : Détermination objective soustraite du pouvoir de l'État	54
§1. La nécessité d'avoir un décideur neutre et objectif.....	54
§2. Détermination du décideur	55
Sous-section 2 : Nouvelle qualification de « combattants irréguliers légaux »	55

§1. La nécessité de trouver une nouvelle terminologie	55
§2. Le terme « combattant irrégulier légal »	56
Section 2 : Clauses de « sauvegarde » du droit international humanitaire.....	56
Sous-section 1 : Clauses existantes	56
§1. Différentes clauses	56
§2. Ratio legis des clauses de sauvegarde	57
Sous-section 2 : Application à la participation aux hostilités	58
§1. Extension de la ratio legis	58
§2. Création d'une clause d'exclusion au niveau international.....	59
CONCLUSION	60
BIBLIOGRAPHIE	63
ANNEXE I	72

« Pour que le droit humanitaire international applicable dans les conflits armés ne reste pas lettre morte, il faut en particulier : que les règles de ce droit placent les Parties dans des conditions d'égalité, autrement dit qu'elles aient force obligatoire pour toutes les Parties au conflit ; que ces règles traduisent un compromis bien équilibré entre les considérations d'ordre humanitaire et les nécessités d'ordre militaire ; enfin qu'elles soient telles que toutes les Parties au conflit aient un intérêt égal à leur application.¹ »

¹ Département politique fédéral, « Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977) », Berne, 1978, vol. XIV, CDDH/III/SR.28, p. 279.

INTRODUCTION

La violence et les conflits armés ont perpétuellement fait partie du monde humain. Si cela a toujours été considéré comme une catastrophe, il a fallu attendre le 19^{ème} et le 20^{ème} siècle pour que le droit appréhende cette matière. Évoluant sans cesse vers un meilleur encadrement juridique et prenant toujours plus en compte les victimes des conflits armés, force est de constater qu’aujourd’hui, le droit pourrait davantage se muer en des normes plus protectrices. Concernant plus particulièrement les conflits armés non internationaux, formant la majorité des conflits armés contemporains, le droit est lacunaire. Entre 2001 et 2010, sur vingt-neuf grands conflits armés, seuls deux opposaient des États entre eux². Ainsi, on compte les groupes armés parmi les principaux acteurs des conflits armés contemporains. Malheureusement, ces groupes armés ne mettent pas toujours en œuvre les obligations de droit international humanitaire, causant toujours plus de victimes dans les populations. Chaque fois qu’une violation de droit international humanitaire prend place, cela touche directement la vie des civils : souffrance, dommages irréparables, peur, torture, destructions de leur propriété, violences sexuelles, meurtres, etc.

Il est donc primordial de s’intéresser à la question de l’amélioration de l’effectivité du droit international humanitaire. La réitération de la maxime de droit romain « *hominum causa omne jus constitutum est* » (tout droit est créé au bénéfice des êtres humains) par A. CASSESE dans l’affaire *Tadić*³, en 1995, permet de réinsister sur la nécessité d’assurer la protection des civils – que ce soit dans un conflit armé international ou dans un conflit armé non international. Cette contribution a pour objet d’analyser la possibilité d’octroi d’une immunité du combattant dans les conflits armés non internationaux et son effet sur le respect du droit international humanitaire par les groupes armés. Elle s’inscrit dans un contexte international reconnaissant le besoin de remédier au manque de respect au droit international humanitaire par les groupes armés et de protéger les civils. En effet, le Secrétaire Général des Nations Unies a identifié en 2016 ces infractions comme l’un des cinq défis les plus importants sur la question de la protection des civils et insiste sur la nécessité de faire respecter le droit international à cet effet⁴. Dans le même sens, le Tribunal pénal pour l’ex-Yougoslavie (ci-après, « TPIY ») déclare que

² SIPRI, *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

³ TPIY, *Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, 2 octobre 1995, §97, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf> (consulté le 21 mars 2018).

⁴ Conseil de sécurité, « Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils en période de conflit armé », S/2016/446, 13 mai 2016, disponible sur <http://undocs.org/fr/S/2016/447> (consulté le 18 mai 2018).

« *the protection of civilians in time of armed conflict, whether international or internal, is the bedrock of modern humanitarian law*⁵ ».

Dans ce mémoire, nous allons donc analyser le statut du combattant, et plus particulièrement la composante du privilège du combattant – à savoir « *le droit de participer directement aux hostilités en bénéficiant de l'immunité contre les poursuites judiciaires en vertu de la législation nationale pour des actes de guerre licites*⁶ ». Ce dernier n'est réservé qu'aux combattants des forces armées gouvernementales et aux participants à une levée en masse, excluant ainsi les membres des groupes armés rebelles dans les conflits armés non internationaux⁷. Une question brûlante s'impose alors : celle de savoir si l'octroi de cette immunité aurait des conséquences positives sur l'attitude des groupes armés vis-à-vis du droit international humanitaire.

Tout d'abord, dans un premier titre, nous plongerons dans le passé historique du droit international humanitaire, axé sur le statut du combattant, afin d'appréhender correctement ce sujet. Il est pertinent de se pencher sur cette analyse, d'autant plus que des embryons de ce privilège dans le cadre des conflits armés non internationaux apparaissent. Après avoir examiné l'évolution du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux, nous nous concentrerons sur les conflits armés non internationaux marqués par la crainte des États.

Ensuite, le deuxième titre abordera de manière plus directe le privilège du combattant, puisqu'il s'attellera à présenter d'une part les arguments en faveur d'un tel octroi et, d'autre part, les risques que cela comporte. Pour chacun des développements, il s'agira de confronter les différentes thèses à des arguments opposés afin de déceler les meilleures interprétations et dénouements.

Finalement, le troisième titre présentera les éléments nécessaires à une proposition de solution internationale. Dans un premier temps, les différentes conditions attachées à l'octroi du statut seront exposées. Dans un deuxième temps, on se penchera sur les éléments concrets à mettre en place au niveau international ainsi que sur une forme particulière que pourrait prendre l'immunité du combattant : les clauses de sauvegarde du droit international humanitaire.

⁵ TPIY, *Procureur c. Kupreškić et autres*, IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, §521, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf> (consulté le 18 mars 2018).

⁶ N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, p. 35, note 52.

⁷ Art. 43, §1 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

TITRE 1 : D’hier à aujourd’hui : la naissance du statut du combattant et son évolution

Aujourd’hui, la dichotomie entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux est un paradigme du droit international humanitaire, tout comme la dichotomie opposant « combattant régulier » – un membre des forces armées gouvernementales – et « combattant irrégulier » – un membre des groupes armés non gouvernementaux. Ceci est marqué notamment par la perception du statut du combattant comme un privilège réservé au combattant régulier. Afin de pouvoir aborder les possibilités d’octroi d’un tel statut aux acteurs non gouvernementaux, il est nécessaire de prendre un recul historique, afin de comprendre le raisonnement qui a mené à la situation actuelle, et ainsi analyser la pertinence de la question de l’extension du statut de combattant aux groupes armés rebelles dans les conflits armés non internationaux. En effet, cette question s’insère dans un contexte crucial : celui de la protection toujours plus accrue des civils qui sont malheureusement trop souvent les victimes des conflits armés.

Le premier chapitre offre une analyse historique du droit des conflits armés et de la naissance du statut du combattant, en s’attardant dans un premier temps sur la situation existante en droit international avant l’adoption des Conventions de Genève et, dans un deuxième temps, sur les changements apportés par ces Conventions. Le deuxième chapitre s’intéresse plus particulièrement aux conflits armés non internationaux et à l’absence du statut du combattant dans ce domaine, avant d’analyser le mouvement émergent de convergence générale entre les régimes applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux.

CHAPITRE 1 : Perspectives historiques

Le droit international humanitaire limite depuis toujours le statut de combattant – et l’ensemble des protections légales qui lui sont assimilées – aux seuls combattants réguliers. Le refus d’accorder le statut du combattant aux acteurs non gouvernementaux dans les conflits armés non internationaux n’est donc pas un phénomène nouveau. À l’époque déjà, une doctrine religieuse chrétienne percevait les rebelles comme des hérétiques⁸. Ensuite, au cours du 16^{ème} siècle, le principe de la souveraineté étatique accordait une autorité absolue au souverain

⁸ Epître de Saint-Paul, Apôtre aux Romains, chapitre 13. 1-2, Saint Paul constatait : « *Que toute âme soit soumise aux autorités supérieures ; car il n’y a point d’autorité qui ne vienne de Dieu, et celles qui existent ont été instituées par lui. C’est pourquoi celui qui résiste à l’autorité, résiste à l’ordre que Dieu a établi et ceux qui résistent, attireront sur eux-mêmes une condamnation* ».

concernant le recours à la force armée et refusait toute implication du droit international dans ce domaine considéré comme purement domestique⁹.

Avant l'apparition des Conventions de Genève, deux changements importants prennent place (section 1). Tout d'abord, au regard des conflits armés internationaux, on voit apparaître les prémices du droit international humanitaire au travers notamment des Conventions et Règlements de La Haye¹⁰. Ensuite, dans le domaine des guerres civiles, la pratique tendant à reconnaître la belligérance aux acteurs non gouvernementaux a vu le jour, permettant ainsi de faire entrer ces conflits dans le champ d'application du droit international. Au milieu du 20^{ème} siècle, la communauté internationale s'est concertée afin d'adopter des règles claires qui permettent une meilleure protection des civils lors des conflits (section 2). Un premier cycle de conférences a mené à la naissance des Conventions de Genève. Une trentaine d'années plus tard, le besoin de clarifications, d'approfondissements et de davantage de protection a mené à l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève.

Section 1 : Le droit des conflits armés avant les Conventions de Genève

Sous-section 1 : Les différents traités internationaux

§1. La régulation des conflits armés internationaux

Avant les deux guerres mondiales, le monde faisait face à deux types de conflits armés : les conflits armés internationaux – opposant deux États – et les conflits armés non internationaux (ou guerres civiles) – opposant alors soit les forces d'un État à un ou plusieurs groupes rebelles, soit deux ou plusieurs groupes rebelles à l'intérieur des frontières d'un État. À ce moment, seuls les conflits armés internationaux étaient régulés au niveau international, les guerres civiles étant abandonnées à la souveraineté des États. Différentes conventions encadraient ainsi les conflits internationaux : la Convention de Genève de 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne¹¹, la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 qui interdit l'usage de certains projectiles en temps de guerre¹², les

⁹ L. PERNA, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*, Leiden, Nijhoff, 2006, pp. 13-14; E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, New-York, Oxford University Press, 2010, p. 71.

¹⁰ Voy. notamment, Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 29 juillet 1899 ; Déclaration (IV, 2) concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, signée à La Haye le 29 juillet 1899 ; Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités, signée à La Haye le 18 octobre 1907 ; Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 18 octobre 1907 ; etc.

¹¹ Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, signée à Genève le 22 août 1864.

¹² Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, signée à Saint Pétersbourg le 11 décembre 1868.

Conventions de La Haye de 1899 et 1907¹³, la Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre¹⁴, etc.

§2. Les Conventions de La Haye et la notion de combattant

Dans le cours de ces régulations, la notion de « *combattant* » a alors été intégrée dans le Règlement de La Haye annexé à la Convention de La Haye en 1899 et en 1907, et cela faisait déjà débat. En effet, l'article 3 du Règlement stipule expressément que : « *les forces armées des Parties belligérantes peuvent se composer de combattants et de non-combattants*¹⁵ ». Il est important de noter ici que cela fait référence à la fonction des membres des forces armées, puisque les non-combattants renvoient alors aux membres des forces armées dont la fonction principale n'est pas de combattre – par exemple, les cuisiniers¹⁶. D'ailleurs, l'un et l'autre ont droit au statut de prisonnier de guerre¹⁷. Ainsi, la qualification de combattant est liée à un critère fonctionnel et non au privilège du prisonnier de guerre.

Deux positions antagonistes s'affrontaient alors, opposant la volonté des États puissants d'avoir une définition restrictive de la notion de « combattant » – le limitant alors aux membres des forces armées régulières – à celle des États plus faibles qui préféraient une extension de ce concept offrant ainsi à leur population la possibilité de prendre part aux hostilités afin de résister aux agressions extérieures¹⁸.

Le compromis du Règlement de La Haye s'est fait en deux temps : l'article 1^{er} prévoit des conditions strictes permettant d'obtenir la qualification de combattant, alors que l'article 2 octroie la possibilité de recourir à une levée en masse – la population d'un territoire non occupé prend spontanément les armes sans avoir eu le temps de s'organiser – sous certaines conditions¹⁹. Toutefois, il est indéniable que les conditions de l'article 1^{er} n'ont été conçues que pour s'appliquer à des forces gouvernementales ou des milices liées à celles-ci. Les situations

¹³ Voy. notamment, Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 29 juillet 1899 ; Déclaration (IV, 2) concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, signée à La Haye le 29 juillet 1899 ; Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités, signée à La Haye le 18 octobre 1907 ; Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 18 octobre 1907 ; etc.

¹⁴ Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 27 juillet 1929.

¹⁵ Art. 3 de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 18 octobre 1907.

¹⁶ M. SASSÒLI, « Combattants et Combattants illégaux », in *Chétail, V. Permanence et Mutation du Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 153.

¹⁷ Art. 3 de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 18 octobre 1907.

¹⁸ M. SASSÒLI, « Combattants et Combattants illégaux », *op.cit.*, pp. 151-152.

¹⁹ Art. 1, art. 2, de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 18 octobre 1907.

non visées par le Règlement sont, quant à elles, sujettes aux limites posées par les impératifs de la conscience publique et les lois de l'humanité conformément à la *clause Martens* introduite dans le préambule des Conventions de la Haye²⁰. En tout état de cause, l'article 1^{er} ne reconnaît la qualification de belligérant qu'à des forces étatiques ou liées à l'État.

Sous-section 2 : La reconnaissance de belligérance

§1. L'apparition du concept

La question des guerres civiles était complètement délaissée par le droit international et seul le droit domestique des États régulaît la situation²¹. Pourtant, on remarquait déjà que, dans les conflits internes de haute intensité, de longue durée et qui avaient un caractère ou des conséquences internationales, les adversaires – et parfois les États tiers – agissaient comme s'ils avaient une obligation d'accorder le statut du combattant – et concomitamment l'immunité du combattant – aux forces armées non gouvernementales, alors que le droit international ne se préoccupait en rien de cette question²².

La nécessité de clarifier les relations légales entre les différents acteurs – et non une obligation légale *per se* –, encouragée par des préoccupations humanitaires et un désir de réciprocité, a créé une certaine pratique selon laquelle il était possible d'accorder le statut du combattant aux groupes armés rebelles dans les conflits armés non internationaux et d'arrêter de traiter les insurgés comme des criminels²³.

Ceci a donné naissance au concept de « reconnaissance de belligérance », qui selon R. KOLB peut se définir comme suit : « *Acte unilatéral par lequel un État accorde un certain statut juridique à des rebelles luttant dans une guerre civile : il leur reconnaît une mesure de capacité internationale, en leur appliquant les règles relatives aux conflits armés et des privilèges qui, normalement, ne sont reconnus qu'aux États étrangers*²⁴ ». La reconnaissance de belligérance est donc un acte qui émane d'un État, ayant pour effet de reconnaître un statut juridique à l'adversaire – le groupe armé rebelle – et d'encadrer juridiquement les guerres civiles.

Par conséquent, si le fait de reconnaître les membres des forces armées non gouvernementales comme belligérants – ou combattants – n'avait pas toujours pour effet

²⁰ *Ibid.*, préambule, §8.

²¹ R. KOLB, « Le droit international public et le concept de guerre civile depuis 1945 », in *Relations internationales*, 2001, n°105, p. 13.

²² A. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 17; R. J. PARSONS, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *Homeland & National Security Law Journal*, vol. 1, n°1, 2013, p. 11.

²³ R. J. PARSONS, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *op. cit.*, pp. 12-13.

²⁴ R. KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, Bâle, Helbing-Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 86.

l'application entière du droit des conflits armés internationaux entre les Parties²⁵, cela a permis, en tout cas, de réguler de façon plus certaine et précise la relation entre les insurgés et l'État qui les abrite²⁶. Le droit national n'était donc plus la source principale et unique de régulation des conflits armés non internationaux.

§2. Les critères de reconnaissance de belligérance

Même si la reconnaissance de belligérance était entièrement discrétionnaire²⁷, certains auteurs avaient identifié différents critères pour cette reconnaissance dans les guerres civiles. Ainsi, Sir H. LAUTERPACHT avait mis en lumière quatre critères différents : l'existence d'un état de guerre générale, le contrôle et l'administration d'un territoire substantiel, le respect du droit international humanitaire, et des conditions obligeant les États tiers à reconnaître la belligérance²⁸. Plus récemment, Y. LOOTSTEEN suggérait une approche semblable, mais avec une plus grande attention sur la reconnaissance interne, n'accordant d'ailleurs pas ou peu d'importance à la reconnaissance par des États tiers²⁹. Les deux approches ont cependant un point commun : même dans le cas où les différentes conditions sont remplies, l'État n'est soumis à aucune obligation légale de reconnaître la belligérance.

§3. L'apport de la reconnaissance de belligérance

Les guerres civiles des 19^{ème} et 20^{ème} siècles – la guerre de sécession américaine, la guerre civile espagnole ou la guerre du Vietnam – ont mis en lumière la nécessité de réguler les conflits armés non internationaux au niveau international³⁰. La guerre de sécession américaine a renforcé la vision selon laquelle le droit international humanitaire devrait régir les conflits internes³¹, particulièrement grâce au Code Lieber³². À l'inverse, la guerre civile espagnole ou la guerre du Vietnam ont démontré que l'absence de reconnaissance de belligérance a

²⁵ A. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op.cit.*, pp. 12-13.

²⁶ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 14.

²⁷ A. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.*, 2010, p. 21.

²⁸ *Ibid.*, p. 19.

²⁹ Y. M. LOOTSTEEN, « The Concept of Belligerency in International Law », *Military Law Review*, n° 166, 2000, pp. 134-135; R. J. PARSONS, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *op. cit.*, p. 16.

³⁰ R. J. PARSONS, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *op. cit.*, pp. 12-29.

³¹ Y. M. LOOTSTEEN, « The Concept of Belligerency in International Law », *op. cit.*, p. 115; R. J. PARSONS, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *op. cit.*, pp. 17-19.

³² Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), United States War Department, signé le 24 avril 1863.

certainement exacerbé les conditions humanitaires négatives et des conséquences indésirables néfastes³³.

Il est également important de constater que ce n'est qu'à de rares exceptions que des préoccupations humanitaires ont poussé à la reconnaissance de belligérance, cette dernière étant davantage accordée pour préserver des intérêts étatiques³⁴. Aujourd'hui, cette pratique est tombée en désuétude, peut-être particulièrement à cause de son manque de clarté concernant le caractère obligatoire ou non de la reconnaissance de belligérance³⁵ ou le manque de consensus quant aux conditions à remplir³⁶. Cependant, l'existence de cette pratique a le mérite de nuancer l'affirmation selon laquelle le statut du combattant n'est jamais reconnu dans les conflits armés non internationaux, et peut servir comme précédent pour l'insertion de ce statut en droit international. De plus, la reconnaissance de belligérance avait pour effet de soumettre les deux Parties à des obligations découlant du droit des conflits armés, ce qui représente donc un point de départ important pour le développement du droit international au regard des conflits armés³⁷.

Section 2 : Le droit des Conventions de Genève et de ses Protocoles additionnels

Sous-section 1 : Les Conventions de Genève

§1. Un besoin de davantage de régulation

Le statut du « *combattant* » est une notion relativement moderne, puisqu'elle n'est apparue qu'au 20^{ème} siècle avec l'adoption des Conventions de Genève et de ses Protocoles additionnels. Antérieurement, les – nombreux – cas où la reconnaissance de belligérance n'était pas octroyée laissaient les combattants capturés à la merci de l'adversaire qui avait le pouvoir absolu sur eux : ainsi, l'adversaire pouvait les tuer, demander une rançon, les torturer, etc.³⁸. De plus, l'État avait une entière liberté quant aux poursuites judiciaires pénales qui pouvaient suivre ces conflits : peine de mort ou emprisonnement à vie pouvaient dès lors faire partie des sanctions applicables au fait d'avoir participé aux hostilités. En outre, il n'avait aucune obligation internationale, il était souverain et la situation était gouvernée par le droit domestique.

³³ R. J. PARSONS, «Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *op. cit.*, pp. 29-30.

³⁴ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 14-15.

³⁵ A. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.*, 2010, p. 22.

³⁶ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 13-14.

³⁷ A. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 22.

³⁸ J. DE PREUX, *Commentaire à la Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1958, article 4, pp. 51-52.

Cependant, suite aux guerres civiles citées précédemment, mais également aux deux guerres mondiales et leurs mouvements de résistance, l'idée d'encadrer davantage les conflits armés a émergé. Une volonté se manifeste alors : celle de rendre le droit des conflits armés plus universel et d'apporter des règles plus claires, afin de protéger davantage les civils. La guerre n'est plus perçue comme une entreprise purement privée, mais comme un instrument de politique nationale. Il est devenu nécessaire de définir des critères précis pour savoir qui peut s'engager légalement dans un tel conflit³⁹. Un des buts principaux des Conventions de Genève est ainsi de prévenir les violations du droit international humanitaire.

§2. Le contenu des Conventions de Genève

Les Conventions de Genève concernent principalement les conflits armés internationaux, ne consacrant qu'un seul article aux conflits armés non internationaux : l'article 3 commun aux Conventions de Genève⁴⁰. Ces conflits ont souvent été considérés comme une affaire privée soumise à l'ordre juridique interne. D'ailleurs, G. ABI-SAAB note à cet égard que : *« Jusqu'à l'adoption des Conventions de Genève de 1949, les conflits internes étaient généralement considérés comme n'étant pas soumis à la réglementation juridique internationale, mais comme relevant du domaine réservé de l'État, sur le territoire duquel ils se déroulaient – ce qui revient en fait à dire qu'ils tombaient dans la compétence exclusive du “gouvernement en place” de cet État et étaient, par conséquent, régis exclusivement par son droit interne. Tout rapport des tierces Parties avec les “rebelles” était considéré comme un acte d'ingérence dans les affaires intérieures de cet État⁴¹ ».*

Quatre conventions sont nées : la première concernant l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la deuxième se concentrant sur les guerres sur mer, la troisième relative au traitement des prisonniers de guerre et la quatrième ciblant la protection des civils en temps de guerre⁴². Ces différentes conventions – formant le cœur du droit international humanitaire – protègent les personnes qui ne participent pas ou plus aux

³⁹ E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 49.

⁴⁰ Art. 3 commun aux quatre conventions de Genève, signées à Genève le 12 août 1949, approuvées par la loi du 3 septembre 1952, M.B., 26 septembre 1952, p. 6822.

⁴¹ G. ABI-SAAB, « Les conflits armés non internationaux », in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, Pedone, UNESCO, Institut Henry Dunant, Genève, 1986, p. 252.

⁴² Respectivement, Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre et Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signées à Genève le 12 août 1949, approuvées par la loi du 3 septembre 1952, M.B., 26 septembre 1952, p. 6822.

hostilités. Elles prévoient des infractions propres à cette branche de droit ainsi que les mesures qui doivent être prises en réaction aux violations du droit international humanitaire⁴³.

Sous-section 2 : Les Protocoles additionnels

§1. La nécessité de compléter les Conventions de Genève

Une vingtaine d'années après l'adoption des Conventions de Genève, on s'est rendu compte que la protection offerte aux civils n'est pas suffisante : d'une part, ces conventions ne régulent quasiment pas les conflits armés non internationaux – qui deviennent pourtant de plus en plus nombreux –, d'autre part, il fallait compléter les règles existantes pour les conflits armés internationaux. De plus, les règles minimales attachées aux conflits armés non internationaux sont reconnues comme problématiques⁴⁴. En temps de conflits armés, les civils forment le plus grand nombre de victimes⁴⁵. Des Conférences diplomatiques ont alors lieu entre 1974 et 1977 et débouchent sur l'adoption de deux Protocoles additionnels : le premier s'appliquant aux conflits armés internationaux – et aux guerres de libération nationale, dorénavant considérées comme internationales – alors que le deuxième vise expressément les conflits armés non internationaux⁴⁶.

§2. L'apparition du concept de « combattant »

C'est lors de l'adoption des Protocoles additionnels que l'on a inscrit explicitement que les membres des forces armées bénéficient du statut du combattant⁴⁷. Une dichotomie entre combattants et civils – ces derniers étant définis de manière négative comme « *toutes les personnes qui ne sont pas considérées comme combattants*⁴⁸ » et constituant une catégorie résiduelle – est créée. Ainsi, les combattants sont autorisés à tuer les soldats ennemis, alors que

⁴³ CICR, *Les Conventions de Genève de 1949 et leur Protocoles additionnels*, Genève, 1^{er} janvier 2014, disponible sur <https://www.icrc.org/fr/document/conventions-geneve-1949-protocoles-additionnels> (consulté le 3 mars 2018).

⁴⁴ B. JAKOVljević, J. PATRNOGIĆ, « The Urgent Need to Apply the Rules of Humanitarian Law to So-Called Internal Armed Conflicts », *Rev. Int. de la Croix-Rouge*, vol. 1, n°5, 1961, pp. 250-257.

⁴⁵ CICR, *Les Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève*, Genève, 1^{er} octobre 2009, disponible sur <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm> (consulté le 5 mars 2018).

⁴⁶ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adoptés à Genève, le 8 juin 1977, approuvés par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

⁴⁷ Art. 43, §2 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

⁴⁸ Art. 50 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

les civils ne le sont pas⁴⁹. Il ne sera donc pas possible de poursuivre pénalement ces soldats pour le fait d'avoir tué, blessé ou détenu des personnes puisque ceci ne constitue plus un crime sur le plan international (actes de guerre licites) – sous réserve d'avoir respecté les règles de droit international humanitaire⁵⁰. Il est en outre à noter que, même si ce privilège n'est inscrit que dans le cadre du Protocole I, c'est-à-dire dans le cadre des conflits armés internationaux, il est admis que les membres des forces armées gouvernementales jouissent de ce privilège également dans les conflits armés non internationaux – soit parce qu'il leur est attribué par leur droit national, soit parce qu'il est considéré que cela fait partie de la coutume internationale⁵¹.

CHAPITRE 2 : Le statut du combattant dans les conflits armés non internationaux

Le statut du combattant n'existe que dans les conflits armés internationaux⁵². De plus, la majorité des États rejettent la possibilité de reconnaître que le statut du combattant dans les conflits armés non internationaux est inscrit dans la coutume internationale⁵³. Aujourd'hui, un État peut donc sanctionner et poursuivre les rebelles pour le fait d'avoir pris les armes contre le gouvernement et d'avoir pris part aux hostilités.

Il n'est dès lors pas étonnant que les diverses propositions tendant à adopter un régime uniforme des conflits armés, qui ont surgi lors des négociations des Conventions de Genève et des Conférences diplomatiques précédant l'adoption des Protocoles additionnels, aient été mises de côté, notamment sur base de la souveraineté étatique (section 1). Néanmoins, certaines tendances et attitudes laissent penser que toute volonté d'accorder le privilège du combattant aux acteurs non gouvernementaux n'est pas inexistante. Il est en effet possible d'entrevoir une convergence progressive du droit des conflits armés internationaux et celui des conflits armés non internationaux, *de jure* et *de facto*, par la pratique internationale et l'activisme des cours et tribunaux (section 2).

⁴⁹ R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2008, p. 197.

⁵⁰ N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, p. 35.

⁵¹ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international coutumier, Volume I : Règles*, CICR, Bruylant, Bruxelles, 2006, Règle 3, pp. 15-18.

⁵² *Ibid.*, pp. 15-18.

⁵³ J. D. OHLIN, « The Combatant's Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts », *Yale Journal of international Law*, 2015, vol. 40, p. 340.

Section 1 : La réticence des États

Sous-section 1 : L'article 3 commun aux Conventions de Genève

§1. La proposition du Comité international de la Croix-Rouge

Au moment de rédiger les Conventions de Genève, il a été décidé de créer un cadre juridique international pour les conflits armés non internationaux (voy. *supra*). La question s'est donc posée de savoir quelles règles devraient être appliquées.

En 1949 déjà, le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après « CICR ») a soumis une proposition de régime de droit international humanitaire uniforme s'appliquant à tout conflit armé, supprimant la distinction paradigmatique relative au caractère international ou non du conflit⁵⁴. Cela était animé par l'idée selon laquelle aucune différence matérielle substantielle entre les deux types de conflits n'existe⁵⁵. Les États craignant pour leur souveraineté nationale, cette proposition n'a pas su s'imposer. En effet, la proposition du CICR octroyait le privilège du combattant et le statut de prisonnier de guerre à tous les combattants qui respecteraient certaines conditions essentielles. Le problème qui s'est alors posé pour les États est que cela aurait affaibli l'autorité des gouvernements en supprimant leur capacité de tenir pénalement responsables les rebelles pour le fait d'avoir participé aux hostilités, et d'avoir peut-être tué certains soldats des forces gouvernementales⁵⁶. De plus, les forces armées dissidentes n'étaient pas considérées par les États comme étant l'égal des forces armées gouvernementales puisque, contrairement à ces dernières, les insurgés ne répondent pas à un devoir national de se battre pour une autorité légale. Leur décision de prendre les armes à l'encontre de leur gouvernement en place était ainsi regardée comme purement illégale et invalide⁵⁷.

§2. L'article 3 commun : un compromis

Le résultat de la réflexion entre les États a finalement débouché sur l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, adoptées le 12 août 1949⁵⁸.

Incontestablement, l'adoption de cet article constituait déjà une avancée considérable en 1949 : un minimum de protection humanitaire est entré dans le champ légal des conflits armés non internationaux. C'est d'ailleurs, encore aujourd'hui, la seule provision gouvernant

⁵⁴ J. DE PREUX, *Commentaire à la Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1958, article 3, pp. 34-44.

⁵⁵ G. S. CORN, « Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors », *Stanford Law and Policy Review*, 2011, vol. 22, p. 263; J. DE PREUX, *Commentaire à la Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre*, *op. cit.*, article 3, pp. 28-44.

⁵⁶ G. S. CORN, « Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors », *op. cit.*, pp. 264-265.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 266.

⁵⁸ Voir Annexe I.

les conflits armés non internationaux qui est obligatoire dans le monde entier⁵⁹. Concrètement, cet article oblige les Parties au conflit – y compris les groupes rebelles – à respecter le droit international humanitaire, plus précisément les préceptes fondamentaux des droits de l’homme envers les civils (interdiction de la torture, de prises d’otage, etc.). Cependant, les effets pratiques de cette disposition ont été assez limités, à l’instar de la place accordée à la réglementation des conflits armés non internationaux dans les Conventions de Genève : un article face aux centaines consacrées aux conflits armés internationaux.

Concernant précisément le statut des belligérants, l’article 3 commun n’a eu aucun impact : son paragraphe final le confirme en établissant que « *l’application des dispositions qui précèdent n’aura pas d’effet sur le statut juridique des Parties au conflit*⁶⁰ ». Ceci reflète à nouveau l’angoisse des États face au risque de voir, d’une part, leur pouvoir d’éteindre les insurrections librement diminuer et, d’autre part, de voir augmenter l’autorité des rebelles. Les États tenaient ainsi à souligner le fait que l’adoption de l’article 3 commun ne constituait en rien une quelconque reconnaissance des forces armées rebelles⁶¹. Ainsi, comme l’écrit J. PICTET, le fait d’appliquer l’article 3 « *ne limite en aucune manière le droit de réprimer une rébellion par tous les moyens légaux, y compris l’usage des armes. Il n’affecte en rien le droit de poursuivre, juger et condamner les rebelles, conformément à la loi*⁶² ». L’application des règles de droit international humanitaire à un conflit armé non international n’internationalise donc jamais le conflit et aucune personnalité juridique internationale – outre celle nécessaire pour que les groupes armés rebelles aient des droits et obligations en droit international – n’est reconnue aux rebelles⁶³.

Sous-section 2 : Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève

§1. La naissance des Protocoles additionnels

Entre 1945 et 1970, il y a eu quarante-deux conflits armés non internationaux, deux millions cinq cent mille combattants décédés ainsi que quatre millions trois cent mille civils tués⁶⁴. Les Conventions de Genève ne suffisaient plus. La communauté internationale, à

⁵⁹ CICR, *Commentaire à la Convention de Genève (II) pour l’amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, Genève, 2017, article 3, §376.

⁶⁰ Art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève, signées à Genève le 12 août 1949, approuvées par la loi du 3 septembre 1952, M.B., 26 septembre 1952, p. 6822.

⁶¹ J. PICTET, *Commentaire à la Convention de Genève (I) pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952, pp. 64-65.

⁶² J. PICTET, *Commentaire à la Convention de Genève (II) pour l’amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, CICR, Genève, 1959, p. 38.

⁶³ M. SASSOLI ET A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ? vol. I.*, Genève, CICR, 2003, p. 267.

⁶⁴ Sarkees, M. REID and F. WAYMAN, *Resort to War: 1816 – 2007*, Washington DC: CQ Press, 2010, disponible sur <http://www.correlatesofwar.org> (consulté le 20 mars 2018).

nouveau sous pression, a ressenti l'urgence de protéger davantage les civils, notamment en définissant des règles humanitaires précises attachées aux guerres civiles⁶⁵. À la fin d'un cycle de Conférences diplomatiques de 1974 à 1977, les Protocoles additionnels ont vu le jour.

Deux réformes étaient au centre des attentions : la première concernait les guerres de libération nationale et la seconde l'extension des règles de droit international humanitaire aux conflits armés non internationaux. Par conséquent, malgré certaines consternations, le Protocole additionnel I a codifié le caractère international des guerres de libération nationale⁶⁶. Grâce à ceci, la soif de réforme de certains États concernant le droit international humanitaire a été étanchée – du moins en partie⁶⁷. Le Protocole additionnel II, quant à lui, incarne la seconde réforme et s'intéresse exclusivement aux conflits armés non internationaux, à la différence du Protocole additionnel I qui est ciblé sur les conflits armés internationaux. La dichotomie entre ces deux types de conflits a donc été codifiée de manière internationale.

§2. Le Protocole additionnel II

À propos des conflits armés non internationaux, le besoin de confirmer et de clarifier les règles de l'article 3 commun avait été reconnu⁶⁸. Cependant, lorsqu'il a été question d'étendre le statut du combattant, les États n'ont une nouvelle fois pas eu envie d'accorder un quelconque degré de reconnaissance à un mouvement qui a pour but de renverser l'autorité, de prendre le contrôle du gouvernement quand le leadership est disputé, ou de faire sécession pour former un nouvel État. Les États ont préféré traiter les rebelles comme des criminels, et ne leur accorder aucun droit ou privilège normalement attaché au statut du combattant en droit international⁶⁹.

Néanmoins, même si le droit des États de poursuivre pénalement les personnes qui auraient pris les armes reste intact, l'article 6, §5 du Protocole additionnel II encourage les États à accorder une amnistie « *la plus large possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé,*

⁶⁵ Département politique fédéral, « Official Records of the Diplomatic Conference of the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977) », Berne, 1978, vol. VIII, CDDH/I/SR.22., p. 201

⁶⁶ Art. 1, §4 et art. 43, §2 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

⁶⁷ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., pp. 50-51.

⁶⁸ CICR, *Commentaire au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, Genève, 1987, §4365.

⁶⁹ E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 73.

*qu'elles soient internées ou détenues*⁷⁰ ». Toutefois, cela reste dépendant de la volonté des autorités gouvernementales et ne représente pas une obligation juridique d'accorder une amnistie dans certaines situations. L'objectif premier de cette provision n'est d'ailleurs pas d'inciter les groupes armés à respecter le droit international humanitaire, mais plutôt de faciliter la réconciliation d'après-guerre⁷¹.

Section 2 : Convergence des deux régimes

Sous-section 1 : La pratique internationale

§1. La pratique des États

Alors que les États, à diverses reprises, nous l'avons vu, ont rejeté l'idée d'accorder un statut aux membres des groupes armés rebelles, il existe une pratique démontrant néanmoins que l'immunité du combattant, initialement réservée aux membres des forces armées régulières dans le cadre des conflits armés internationaux, peut être appliquée dans certains conflits armés non internationaux⁷². La reconnaissance de belligérance qui était appliquée aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles forme un premier exemple (voy. *supra*). Un second exemple est constitué par une absence de poursuites à la fin de différents conflits – la guerre des Boers ou la guerre d'indépendance d'Algérie en sont des illustrations⁷³. Il faut cependant nuancer ces affirmations, car cette pratique n'est pas toujours existante. Ainsi, dans différentes situations – notamment la Guerre civile espagnole, le conflit armé au Nicaragua, ou encore dans le cas de *Khadr* aux États-Unis⁷⁴ – des poursuites ont pris place⁷⁵.

À ces deux pratiques, il faut également ajouter celle des États qui, même s'ils ne décident pas d'octroyer une immunité en tant que telle aux groupes rebelles, renoncent tout de même, à la fin des hostilités, à des poursuites pénales, en octroyant une amnistie aux insurgés. Cette pratique est d'ailleurs encouragée par le Protocole additionnel II (voy. *supra*). Depuis l'adoption du Protocole II, de nombreuses amnisties ont été accordées, que ce soit sur base de traités, d'accords, de manuels militaires ou de législations nationales⁷⁶. Toutefois, il est important de noter que cette règle est complétée par une règle coutumière excluant la possibilité

⁷⁰ Art. 6, §5, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

⁷¹ CICR, *Commentaire au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, Genève, 1987, §4618.

⁷² S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 515.

⁷³ *Ibid.*, pp. 516-517.

⁷⁴ Military Commission, *United States of America v. Omar Ahmed Khadr*, 13 octobre 2010.

⁷⁵ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 518.

⁷⁶ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international coutumier, Volume I: Règles*, *op. cit.*, pp. 812-814.

d'amnistie pour les personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre⁷⁷.

§2. La pratique des groupes armés

Outre la pratique des États, les groupes armés s'approprient également le droit international humanitaire. Bien qu'il soit indéniable que les groupes armés sont tenus de respecter le droit international humanitaire⁷⁸, certains d'entre eux ne se sentent pas liés par les prescriptions du droit international, plus particulièrement par celles du droit international humanitaire. Cela peut découler du manque de clarté quant à la justification de l'imposition d'obligations aux groupes armés ou de l'impossibilité pour ces derniers de ratifier les conventions internationales en tant que sujet de droit international. Pour pallier cette problématique, on voit apparaître une certaine pratique des groupes armés tendant à s'approprier le droit international humanitaire : ainsi, des déclarations unilatérales ou des accords spéciaux par lesquels ils s'engagent à appliquer les provisions du droit international humanitaire voient le jour⁷⁹. L'on constate donc que le régime initialement prévu pour les conflits internationaux se retrouve applicable *de facto* et *de jure* dans des conflits armés non internationaux.

§3. La naissance d'une nouvelle règle coutumière internationale ?

Face à cette pratique émergente tendant à étendre l'application du droit international humanitaire, il est légitime de se poser la question de savoir si, aujourd'hui, il y a une obligation en droit international coutumier pour les États, sur base d'une reconnaissance de belligérance ou d'une amnistie, de traiter les rebelles comme des combattants méritant un traitement spécial – dans le sens où ils ne devraient pas être punis pour le simple fait d'avoir participé aux hostilités. Clairement, la réponse doit être négative : malgré les récentes pratiques, le refus politico-juridique persistant de la communauté internationale à accorder un statut du combattant dans les conflits armés non internationaux bloque l'émergence d'une telle règle. Il n'y a donc pas d'*opinio juris* concordante.

Cependant, la question de savoir si une nouvelle règle est en train d'émerger est différente, et la réponse à y apporter est davantage nuancée au vu de l'attitude de certains

⁷⁷ *Ibid.*, Règle 159, pp. 811-815.

⁷⁸ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 238-242 ; CICR, *Commentaire à la Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, *op. cit.*, §529.

⁷⁹ M. MACK, « Increasing respect for International Humanitarian Law in non-international armed conflicts », *Rev. int. de la Croix-Rouge*, n° 923, 2008, pp. 16-21 ; E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 166-167.

États⁸⁰. De toute évidence, la pratique des États énoncée auparavant réduit le fossé séparant les deux régimes. Ceci est également confirmé par l'Étude du CICR sur le droit coutumier, qui a identifié de nombreuses règles de droit international coutumier applicables dans les conflits armés non internationaux⁸¹. Ainsi, s'il n'existe pas aujourd'hui de règle coutumière à proprement parler, il n'est pas certain qu'une telle règle ne voie pas le jour dans les prochaines années.

Sous-section 2 : L'activisme des cours et tribunaux

§1. L'activisme au niveau national

En parallèle à la pratique susmentionnée des États et des groupes rebelles, les cours et tribunaux ont également participé à rendre floue la ligne séparant conflits armés internationaux et non internationaux. En effet, ils étendent l'application du droit international humanitaire vers les conflits armés non internationaux en développant le droit international coutumier.

C'est ainsi que le caractère coutumier de l'article 3 commun a été confirmé par la Cour Suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld*⁸² de 2006, ce qui a pour effet que ses règles sont applicables dans tous les conflits armés et à toutes personnes, à condition que le conflit prenne place sur le territoire d'un État-Membre à la Convention de Genève. Cet arrêt a eu pour conséquence d'étendre l'application des protections minimales du droit international humanitaire à tous les conflits armés. Cependant, concernant plus particulièrement le sujet de cette étude, c'est le TPIY qui a joué le rôle le plus important.

§2. L'activisme au niveau international

Le TPIY – possiblement le tribunal le plus actif dans ce domaine – a rendu la décision la plus représentative de cette tendance : l'affaire *Tadić* en 1995, présidée par le Juge Antonio CASSESE⁸³. Un des points majeurs de cette décision a été la mise en lumière de l'inadéquation grandissante de la dichotomie entre conflits armés internationaux et non-internationaux. Ainsi, ce paradigme du droit international humanitaire est remis en question : « *cette dichotomie était clairement axée sur la souveraineté de l'État et reflétait la configuration traditionnelle de la communauté internationale, fondée sur la coexistence d'États souverains plus enclins à*

⁸⁰ A. CASSESE, « Should Rebels be Treated as Criminals? Some Modest Proposals for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane », in *Realizing Utopia, the Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 522-523.

⁸¹ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international coutumier, Volume I: Règles*, op. cit., 2006.

⁸² United States Supreme Court, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), No. 05.184, 29 June 2006, disponible sur <http://www.supremecourt.gov/> (consulté le 21 mars 2018).

⁸³ TPIY, *Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf> (consulté le 21 mars 2018).

défendre leurs intérêts propres que les préoccupations de la communauté ou les exigences humanitaires⁸⁴ ». Les conflits armés non internationaux contemporains ne sont plus les mêmes que ceux qui avaient été envisagés lors de la rédaction des Conventions de Genève et de ses Protocoles additionnels, et les approches sont également différentes : on est passé d'une approche axée sur la souveraineté de l'État à une approche axée sur les droits de l'homme⁸⁵. De plus, A. CASSESE met en évidence le changement de nature des conflits aujourd'hui : les guerres civiles sont devenues plus fréquentes, de plus en plus cruelles et prolongées avec un recours à une violence armée totale. La difficulté des États tiers à rester neutres en cas de conflits armés non internationaux et la propagation des droits de l'homme sont des éléments importants qui ont poussé à ces changements⁸⁶.

Cette « *dynamique Tadić*⁸⁷ » – c'est-à-dire l'assimilation du droit des conflits armés non internationaux à celui des conflits armés internationaux, avec comme objectif l'amélioration de la protection humanitaire – est également présente dans d'autres décisions du TPIY. Tout d'abord, l'arrêt rendu par la Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreškić*⁸⁸ de 2000 rapproche les concepts de « combattants » et de « personnes qui prennent part directement aux hostilités » en termes d'obligations imposées, puisqu'il est constaté que les principes de proportionnalité et de précaution des articles 57 et 58 du Protocole additionnel I sont également applicables dans les conflits armés non internationaux – considérés comme faisant partie du droit international coutumier⁸⁹. Plus récemment, le TPIY s'est montré favorable à une extension du statut de prisonnier de guerre à des combattants armés dans des conflits armés non internationaux. Cela peut en être déduit de l'arrêt de la Chambre d'Appel dans l'affaire *Mrkšić et Sljivančanin*⁹⁰ de 2009, bien que les termes employés soient un peu ambigus. Néanmoins, il est possible de tirer un enseignement général selon lequel les rebelles, dans un conflit armé non

⁸⁴ *Ibid.*, §96.

⁸⁵ *Ibid.*, §97.

⁸⁶ *Ibid.*, §97

⁸⁷ C. KREB, « Towards further developing the law of non-international armed conflict: a proposal for a jus in bello interno and a new jus contra bellum internum », in *Debate: The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts?*, *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 96, n° 893, 2014, p. 34.

⁸⁸ TPIY, *Procureur c. Kupreškić et autres*, IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf> (consulté le 21 mars 2018).

⁸⁹ *Ibid.*, §524 et R. BITTEL, « The Concept of Combatant in Contemporary International Humanitarian Law », *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, 2002, vol. 2, p. 143.

⁹⁰ TPIY, *Procureur c. Mile Mrkšić et Veselin Sljivančanin*, IT-95-13/1-A, arrêt, 5 mai 2009, §70, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/fr/090505.pdf> (consulté le 21 mars 2018).

international, doivent recevoir un traitement similaire à celui des prisonniers de guerre dans les conflits armés internationaux⁹¹.

TITRE 2 : L'octroi du statut du combattant

Nous l'avons vu, au fil du temps, le besoin toujours plus pressant de réguler les conflits armés afin de protéger les populations civiles s'est accentué. D'une situation sans cadre normatif international, on a vu apparaître des règles régulant les conflits armés internationaux, d'autres encadrant timidement les conflits armés non internationaux, des protocoles additionnels complétant la réglementation s'ajouter, etc. Concernant les conflits armés non internationaux, la réticence des États a toujours empêché une quelconque reconnaissance internationale des groupes armés rebelles et l'adoption de règles similaires à celles régissant les conflits armés internationaux. Cependant, une certaine dynamique émerge depuis quelques années : l'activisme des tribunaux et de certains auteurs tendent vers une convergence des deux régimes.

Un thème est particulièrement sujet à controverses dans le cadre de ces débats : celui de la possibilité d'accorder une immunité du combattant aux acteurs non gouvernementaux des groupes insurgés dans les conflits armés non internationaux. Dans un premier chapitre, les différents arguments en faveur de cet octroi seront mis en avant, prouvant la nécessité brûlante de pallier le manque des règles encadrant les conflits armés non internationaux. Le deuxième chapitre se penchera sur les raisons capitales pour lesquelles la communauté internationale ne s'est pas encore mise d'accord pour sauter le pas.

CHAPITRE 1 : La nécessité d'octroyer le statut

Il est indéniable qu'aujourd'hui, les conflits armés non internationaux, en plus d'être les plus nombreux sur la scène mondiale, touchent davantage les civils. Ainsi, il est nécessaire de réfléchir à une révision des règles existantes, car elles ne sont manifestement pas adéquates. La situation légale contemporaine pose différents problèmes : l'article 3 commun est lacunaire notamment en ce qui concerne le refus du statut juridique de combattant aux personnes participant directement aux hostilités. Face à une tendance grandissante d'assimilation du régime des conflits armés non internationaux à celui des conflits internationaux en jurisprudence et en pratique (voy *supra*), et face à un changement de nature des conflits internes, il est plus que jamais temps de se poser les bonnes questions et de réagir pertinemment.

⁹¹ A. CASSESE, « Should Rebels be Treated as Criminals? Some Modest Proposals for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane », *op. cit.*, p. 522.

La situation actuelle entraîne plusieurs difficultés. Tout d'abord, une asymétrie entre les Parties au conflit existe, ce qui va à l'encontre du principe d'égalité des belligérants (section 1). De plus, le principe cardinal de distinction est mis à mal, ce qui détériore la protection des civils (section 2). Finalement, il est également avancé que le refus d'octroi du statut du combattant inciterait les membres des groupes armés rebelles à ne pas respecter le droit international humanitaire (section 3). L'octroi du statut aux rebelles apporterait ainsi une solution à ces différents problèmes.

Section 1 : Asymétrie entre les Parties au conflit

Sous-section 1 : État des lieux contemporain

Un des arguments les plus récurrents en faveur de l'octroi du statut du combattant aux membres des forces armées irrégulières est le fait que cela corrigerait l'asymétrie de la situation entre d'une part les forces armées gouvernementales et, d'autre part, les groupes armés rebelles.

§1. Le principe d'égalité dans les conflits armés non internationaux

Alors que l'article 3 commun aux Conventions de Genève est construit sur le principe d'égalité entre les Parties au conflit en leur imposant les mêmes obligations – celles de respecter le droit international humanitaire –, il n'octroie aucune immunité du combattant – ni aux forces rebelles ni aux forces gouvernementales⁹². Dans les conflits armés internationaux, les combattants bénéficient de l'immunité du combattant et de la protection de prisonnier de guerre en cas de capture grâce à l'article 43 du Protocole Additionnel I⁹³. Néanmoins, ce n'est pas le cas des personnes participant directement aux hostilités dans les conflits armés non internationaux – et ce, même dans l'hypothèse où ils auraient respecté le droit international humanitaire. La possibilité d'obtenir une immunité dans les conflits armés non internationaux est régulée par le droit domestique de chaque État. Ainsi, alors que le principe d'égalité dans les conflits armés non internationaux est respecté par le droit international concernant les obligations de chaque partie au conflit, il est néanmoins limité par le droit domestique au regard des protections accordées aux personnes prenant part aux hostilités⁹⁴.

⁹² S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., pp. 242-244 ; CICR, *Commentaire à la Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, op. cit., §526.

⁹³ Art. 43 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

⁹⁴ J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 897, 2007, p. 656.

Par conséquent, l'absence du statut du combattant pour les rebelles crée une situation *de facto* asymétrique : le fait pour les rebelles de tuer des combattants gouvernementaux est illégal, alors que l'inverse n'est pas vrai⁹⁵. Il leur est demandé de respecter le droit international humanitaire, alors qu'en fin de compte, les insurgés seront traités comme des criminels. Malgré le fait que l'égalité des belligérants soit un principe fondamental du droit international humanitaire⁹⁶, et ce, même dans le cas des conflits armés non internationaux⁹⁷, le principe est mis de côté *de facto* conséquemment à l'application des droits domestiques.

§2. Le principe de réciprocité dans les conflits armés non internationaux

Cette situation d'asymétrie peut dès lors paraître problématique, car originellement, le droit humanitaire repose sur une certaine réciprocité : sociologiquement, un État acceptera de respecter les règles qui lui sont imposées, car il espère que l'autre État fera de même. Partant, n'est-il pas illusoire de demander à des groupes armés de respecter des règles qui ne leur seront pas appliquées en retour ? On leur demande par exemple de ne pas tuer de membres des forces armées, alors que les rebelles pourront être ciblés dans certaines circonstances. Ainsi, la rupture de la symétrie entraîne une absence d'égalité entre belligérants et un manque de réciprocité. Il y a un risque de voir les Parties belligérantes enfreindre les règles du droit international humanitaire⁹⁸. Certains auteurs avancent donc que ce manque d'égalité, de symétrie et de réciprocité entre les Parties au conflit est une raison majeure expliquant le non-respect des règles du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux⁹⁹.

Sous-section 2 : Remise en question du caractère problématique de l'asymétrie

Bien que cet argument soit répété plantureusement par les différents auteurs plaidant en faveur d'un statut du combattant dans les conflits armés non internationaux, il est nécessaire de l'analyser plus profondément. En effet, deux problèmes s'opposent à cette argumentation : la tendance actuelle à l'abandon de la réciprocité et de l'égalité en droit international ainsi que la difficulté pour les groupes armés à respecter les règles de droit international humanitaire.

§1. La non-réciprocité et l'inégalité

Tout d'abord, alors qu'actuellement en droit international humanitaire, l'accent est mis sur la non-réciprocité – ce qui est mis en lumière par le caractère désuet des représailles par

⁹⁵ F. MÉGRET, « Should Rebels Be Amnestied? », in *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 528-529.

⁹⁶ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 242-244.

⁹⁷ *Ibid.* pp. 242-243.

⁹⁸ J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op. cit.*, p. 655.

⁹⁹ F. MÉGRET, « Should Rebels Be Amnestied? », *op. cit.*, pp. 528-529.

exemple – et le caractère non synallagmatique des obligations, il peut sembler incongru d’argumenter que l’application du droit international humanitaire est entièrement dépendante de son caractère symétrique¹⁰⁰. Toutefois, il faut différencier la symétrie de la réciprocité : alors que cette dernière concerne le respect réciproque des règles par chaque partie, la symétrie se concentre sur l’application d’obligations identiques à chaque belligérant¹⁰¹.

Au niveau international, dans des branches autres que celle du droit humanitaire, les États et les groupes armés sont fondamentalement inégaux : par exemple, les droits de l’homme adoptent une approche asymétrique concernant les obligations à charge des États et des groupes armés – les États sont liés par des obligations plus exigeantes que les groupes armés¹⁰². Pourquoi cela devrait-il être différent au regard du droit international humanitaire ?

§2. La capacité des groupes armés à mettre en œuvre les obligations

Ensuite, il faut également se poser la question du caractère réaliste d’une application égalitaire des règles de droit international humanitaire aux États et aux groupes armés. En effet, des règles non réalistes sont inefficaces, ne protègent personne et ont un effet néfaste sur la crédibilité des autres règles¹⁰³. Or, il est à noter que, malgré le rôle possible du manque de volonté des groupes armés, le non-respect des règles de droit humanitaire découle peut-être également du défaut de capacité de ces groupes armés à les mettre en œuvre. De plus, il faut adopter un point de vue militaire : le non-respect des règles n’est-il pas la seule possibilité pour eux de remporter le conflit ? Autrement dit, le respect de ces règles n’anéantirait-il pas toutes les chances pour les groupes armés de remporter le conflit¹⁰⁴ ? Cette question est d’autant plus pertinente lorsque l’on note que les règles de droit international humanitaire sont créées par les États, pour les États¹⁰⁵.

C’est pourquoi certains auteurs plaident pour une intensité d’application différente suivant le niveau d’organisation et de capacité des groupes armés, tout en conservant un minimum de protection humanitaire¹⁰⁶. Ainsi, il est possible d’argumenter que l’adaptation des

¹⁰⁰ F. MÉGRET, « Response to Claus Kreß: Leveraging the privilege of belligerency in non-international armed conflict towards respect for the jus in bello », in *Debate: The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts?*, *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 96, n° 893, 2014, pp. 59-60.

¹⁰¹ D. KRETZMER, « Rethinking the application of IHL in non-international armed conflicts », *Israel Law Review*, Vol. 42, n°8, 2009, pp. 31-32.

¹⁰² S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁰³ M. SASSÖLI, « Introducing a sliding-scale of obligations to address the fundamental inequality between armed groups and states? », in *Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal?*, *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 93, n°882, 2011, p. 427.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 429.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 430.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 430.

obligations imposées aux groupes rebelles en fonction de leur capacité est une façon de réduire les probabilités de violations du droit international humanitaire. En effet, la majorité des violations ne demandent pas beaucoup de moyens pour être respectées : ne pas tuer de civils, ne pas violer, ne pas torturer, etc. Ces interdictions doivent obligatoirement faire partie du minimum irréductible imposé aux rebelles des groupes armés.

Sous-section 3 : La solution offerte par l'octroi du statut du combattant

§1. La problématique

La solution suggérant d'abandonner l'égalité des belligérants en adaptant les règles est une solution qui risquerait de porter préjudice à la légitimité et à l'effectivité du droit international humanitaire. Il ne faut pas perdre de vue l'objectif principal du droit humanitaire : la protection des civils – et non le respect absolu de ses règles¹⁰⁷. Le fait d'adapter les obligations par rapport aux capacités des groupes armés n'améliorera pas la protection des civils : les groupes armés pourraient être découragés à s'organiser correctement, comme cela pourrait engendrer de nouvelles obligations internationales à leur charge. De plus, les États pourraient également voir un obstacle à l'application des règles humanitaires dans ce déséquilibre puisqu'ils se verraient dans l'obligation de respecter des règles plus lourdes. Ainsi, ils pourraient refuser de reconnaître une situation comme étant sujette au droit international humanitaire afin d'éviter l'application de ces règles¹⁰⁸.

§2. Des standards différenciés adaptés au contexte

Il faut donc trouver une solution à cette situation d'inégalité et d'asymétrie qui rencontre à la fois le besoin de davantage de protection, mais aussi les nécessités de prendre en compte la réalité et les capacités matérielles de chacune des Parties. Cette forme de solution existe déjà dans le régime des conflits armés internationaux : il s'agit de respecter l'égalité des belligérants à tous égards, tout en imposant des standards différenciés adaptés au contexte – c'est-à-dire des obligations de moyen. Le Protocole additionnel I illustre ceci puisque les États sont requis de faire « *tout ce qui est pratiquement possible*¹⁰⁹ » pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont pas civils ou encore de prendre « *toutes les mesures pratiquement possibles*¹¹⁰ » pour

¹⁰⁷ Y. SHANY, « A rebuttal to Marco Sassòli », in *Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal?*, Rev. int. de la Croix-Rouge, vol. 93, n°882, 2011, p. 433.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 434.

¹⁰⁹ Art. 57 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, M.B., 7 novembre 1986, p. 15196.

¹¹⁰ Art. 86 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, M.B., 7 novembre 1986, p. 15196.

empêcher une violation des Conventions par un subordonné dans certaines circonstances¹¹¹ : il s'agit d'obligations de moyen. On voit alors que le droit international humanitaire, pour certaines de ses recommandations, s'adapte déjà aux capacités des forces belligérantes.

Afin de combiner les avantages des deux approches – un niveau élevé de protection des populations civiles et la réalité pratique des capacités des groupes armés –, il serait donc judicieux d'agir à deux niveaux. D'une part, il faudrait appliquer une égalité stricte des belligérants en les soumettant aux mêmes obligations tout en leur reconnaissant les mêmes statuts juridiques au niveau international ; et d'autre part, les règles de droit international humanitaire devraient imposer un but commun aux belligérants, tout en étant adaptées aux différentes capacités de mise en œuvre de chacun – en préférant des obligations de moyens plutôt que des obligations de résultat. Évidemment, afin d'assurer la protection des civils, il faudra distinguer les impératifs qui doivent faire l'objet d'une obligation de résultat – comme le respect du principe de distinction, l'interdiction du recours à certaines armes, etc. – de certains objectifs jugés moins essentiels qui pourront faire quant à eux l'objet d'une obligation de moyen. De plus, imposer une obligation de moyen pour les règles davantage dépendantes des capacités organisationnelles et matérielles des groupes armés reviendrait à supprimer une excuse facile – celle du manque de capacité – utilisée pour rejeter le contenu entier du droit international humanitaire.

Section 2 : Principe de distinction

Sous-section 1 : État des lieux

§1. La définition du principe

Le principe de distinction tend à protéger les civils en instaurant une obligation de distinction entre les personnes et biens civils et les combattants et biens militaires : les premiers bénéficient d'une protection juridique contre les attaques belligérantes alors que les seconds peuvent être légitimement ciblés¹¹². Il s'agit d'un des principes cardinaux du droit international humanitaire¹¹³. Ainsi, aussi bien dans les conflits armés internationaux que non internationaux, le non-respect de ce principe constitue une violation grave du droit international humanitaire¹¹⁴.

¹¹¹ Y. SHANY, « A rebuttal to Marco Sassòli », *op. cit.*, p. 435.

¹¹² Art. 48 et s. du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

¹¹³ CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil*, 8 juillet 1996, p. 66.

¹¹⁴ Art. 8, §2, b), (i) (ii) et art. 8, §2, e), (i) (ii) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998, approuvé par la loi du 25 mai 2000, *M.B.*, 1^{er} décembre 2000, p. 40367.

Il est important de souligner que les civils, pour être protégés, ne peuvent pas participer directement aux hostilités. Plus précisément, L. STEFANESCO définit le principe de distinction de cette manière : « *La distinction des combattants et des non-combattants est relative aux seuls belligérants ; elle a pour effet de distinguer dans la population de chacune des Parties belligérantes deux catégories : l'une comprend ceux qui font la guerre proprement dite, c'est-à-dire ceux qui font usage d'armes et subissent directement les violences nécessaires des luttes ; l'autre se compose d'habitants paisibles qui restent étrangers aux hostilités, qui ne supportent pas directement les mêmes violences dont souffrent les combattants, qui ne seront pas exempts des conséquences des hostilités. Ils peuvent bénéficier de cette situation de non-combattants, à la condition expresse de ne prêter aucun concours actif aux hostilités*¹¹⁵ ».

Ainsi, les combattants – par leur port ouvert d'armes ou leurs uniformes – doivent se distinguer de la population civile (c'est-à-dire permettre leur identification par l'ennemi) afin que cette dernière soit protégée contre les attaques directes. Cette règle appartient au droit coutumier et existait bien avant sa codification dans les Conventions de Genève et ses Protocoles additionnels¹¹⁶. Afin de concrétiser cette obligation et d'octroyer aux civils une plus grande protection contre les effets dommageables des conflits armés, plusieurs conventions ont vu le jour, limitant, par exemple, le recours aux armes de destruction massive ou aux effets indiscriminés¹¹⁷.

§2. Le respect du principe

Dans les conflits armés internationaux, cette règle est plutôt bien respectée : la professionnalisation des armées, la connaissance du droit international humanitaire plus répandue et la meilleure coordination des opérations militaires par des autorités expérimentées sont des facteurs rendant l'application de ce principe plus aisée¹¹⁸. Au contraire, dans les conflits armés non internationaux, l'application rencontre davantage de difficultés : en effet, les groupes armés ne disposent généralement pas des mêmes moyens ou des mêmes connaissances. Une autre différence réside notamment dans le fait que, dans le cadre des conflits armés

¹¹⁵ L. STEFANESCO, *La guerre civile et les rapports des belligérants*, thèse, Paris, 1903, pp. 144-145.

¹¹⁶ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international coutumier, Volume I: Règles, op. cit.*, Règle 1, pp. 3-10.

¹¹⁷ Voy., notamment, Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, faite à Genève, le 10 octobre 1980, approuvée par la loi du 6 décembre 1994, *M.B.*, 26 février 1998, p. 5275. ; Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, faite à Oslo, le 18 septembre 1997, approuvée par la loi du 10 août 1998, *M.B.*, 18 décembre 1998, p. 40223., etc.

¹¹⁸ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 158.

internationaux, la participation des civils est plutôt rare, au contraire des conflits armés non internationaux (voy. *infra*).

Sous-section 2 : La mise à mal du principe par l'absence de définition des notions de « civils » et de « combattants »

§1. Le manque de définition dans les conflits armés non internationaux

D'une part, dans les conflits armés non internationaux, le terme « combattant » n'existe pas – ce qui est d'ailleurs volontaire et est la marque de la réticence des États à accorder le droit de combattre les forces gouvernementales¹¹⁹. D'autre part, l'article 3 commun aux Conventions de Genève ainsi que l'article 13 du Protocole additionnel II (bien que plus précis que le précédent) ne sont pas aussi clairs que les articles 48 et suivants du Protocole additionnel I : il n'est pas question de « civils »¹²⁰, mais de « personnes qui ne participent pas directement aux hostilités¹²¹ » – sans compter que ce dernier terme n'est pas défini explicitement.

La difficulté de définir de manière claire les différents acteurs dans les conflits armés non internationaux découle notamment de l'interprétation ambiguë du terme « directement ». En effet, il est possible de participer de diverses manières à un conflit, et ce, avec une ampleur et une importance différentes : soutien financier, hébergement de rebelles, guet, participation en portant les armes, etc.¹²². Malgré ces nombreuses déclinaisons, l'article 3 commun ne définit pas ce terme pourtant crucial, d'autant plus dans les conflits non internationaux dans lesquels les populations civiles soutiennent particulièrement souvent les belligérants.

§2. Les conséquences du manque de définitions et la nécessité d'utiliser des termes clairs

La clarté des notions utilisées pour désigner les différents acteurs d'un conflit armé, non international ou international, est essentielle pour la mise en œuvre correcte des règles de droit international humanitaire, notamment le principe de distinction. Ainsi, F. BOUCHET-SAULNIER souligne l'importance de la définition du combattant pour le principe de distinction dans les conflits armés internationaux : en effet, le combattant a des droits et obligations différents du civil¹²³.

¹¹⁹ M. SASSOLI ET A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ? Vol. I., op. cit.*, p. 149 et p. 256.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 256.

¹²¹ Art. 13 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

¹²² G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux, op. cit.*, p. 193.

¹²³ F. BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 2000, p. 64.

Définir la ligne de démarcation entre combattants et non-combattants en se reposant sur cette définition n'est donc pas chose aisée. Malheureusement, le Protocole additionnel II n'a pas percé le voile de l'incertitude face à ce flou juridique : aucune définition explicite du combattant ou du civil n'existe. Considérant le principe de distinction comme l'un des plus fondamentaux du droit international humanitaire, le manque de distinction entre « personnes civiles » et les autres – « personnes participant directement aux hostilités » par exemple – dans les conflits armés non internationaux lui porte fortement atteinte¹²⁴. En effet, le respect du principe de distinction est fortement dépendant de ces définitions¹²⁵. Sans percevoir clairement qui est civil et qui participe aux hostilités, il est difficile d'appliquer les obligations de distinction. Ainsi, introduire une notion de « combattant » définie de manière précise dans les conflits armés non internationaux permettrait de pallier cette difficulté.

Sous-section 3 : La mise à mal du principe par l'absence d'encadrement juridique sur les moyens et méthodes de guerre

§1. Le changement de moyens et méthodes de guerre

Étant donnée la participation massive de la population civile dans les guerres civiles et autres conflits armés non internationaux, recrutés notamment par les rebelles, la distinction entre les civils et les combattants est plus difficile que dans les conflits internationaux : en effet, les personnes civiles participant au conflit ne portent pas de signe distinctif ou d'uniforme permettant de les distinguer des civils non combattants¹²⁶. Ceci est problématique notamment parce que les civils qui participent aux hostilités peuvent être légitimement ciblés et sont assimilés à des « combattants ». Ils perdent alors la protection qui leur était accordée en tant que civils. Outre ce changement de composition dans les groupes armés, les méthodes de guerre sont différentes également : le recours à la guérilla est très présent, méthode qui est à l'antipode du principe de distinction¹²⁷.

§2. Le manque d'encadrement juridique

Il faut noter que le cadre législatif à cet égard est une nouvelle fois lacunaire (voy. *supra*). En effet, l'article 3 commun et le Protocole additionnel II sont insuffisants pour réguler les moyens et méthodes de guerre autorisés dans les conflits armés non internationaux. Cependant, ici encore, la dynamique *Tadić* (voy. *supra*) apparaît quand le Tribunal affirme qu'en raison du bon sens et des considérations élémentaires d'humanité, ce qui est interdit dans

¹²⁴ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op. cit., p. 36.

¹²⁵ M. SASSOLI ET A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ? Vol. I.*, op. cit., p. 202.

¹²⁶ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op. cit., p. 167.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 182.

les conflits armés internationaux doit l'être dans les conflits armés non internationaux¹²⁸. De plus, une partie des règles relatives à l'interdiction ou à la limitation de certaines armes sont devenues des règles coutumières et donc applicables dans les conflits armés non internationaux¹²⁹. En effet, aucune des différences entre les régimes des conflits armés internationaux et des conflits armés non internationaux ne saurait justifier une autorisation de certaines armes qui sont strictement interdites dans le droit des conflits armés internationaux¹³⁰.

Sous-section 4 : Une meilleure application du principe de distinction grâce à l'octroi du statut du combattant

§1. Le caractère incomplet du Guide interprétatif du CICR

Face à ces trois ambiguïtés découlant d'un cadre juridique imprécis et incomplet des conflits armés non internationaux, le constat d'un besoin de clarification s'impose. Afin de pouvoir augmenter la capacité inhérente du principe de distinction à être respecté, il est nécessaire de définir clairement les catégories de participants dans les conflits armés non internationaux. Le CICR, en 2009, a publié un Guide interprétatif sur la notion de « participation directe aux hostilités » et a introduit une définition fonctionnelle du membre d'un groupe armé : « *les groupes armés organisés constituent les forces armées d'une partie non étatique au conflit et ne se composent que de personnes ayant pour fonction continue de participer directement aux hostilités (“ fonction de combat continue ”)* »¹³¹. Le CICR a tranché et a mis de côté l'interprétation selon laquelle, dans les conflits armés non internationaux, il n'existe que deux catégories : les civils et les combattants, ces derniers reprenant uniquement les membres des forces armées étatiques¹³². Une nouvelle catégorie est créée : celle des membres des forces armées non gouvernementales.

Cependant, ceci n'est pas suffisant. La définition de la « participation directe aux hostilités », qu'elle soit liée à la notion de « fonction de combat continue¹³³ » ou qu'elle soit

¹²⁸ TPIY, *Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, §119, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf> (consulté le 27 mars 2018).

¹²⁹ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international coutumier, Volume I: Règles*, op. cit., pp. 69-81, 315-392.; TPIY, *Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, §127, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf> (consulté le 27 mars 2018).

¹³⁰ M. SASSOLI ET A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ? Vol. I.*, op. cit., p. 257.

¹³¹ N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit., p. 29.

¹³² International Institute of Humanitarian Law, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary*, San Remo, 2006, pp. 4-5, cité par S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 360.

¹³³ N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit., p. 29.

purement sporadique, soulève toujours des questionnements. De plus, le Guide interprétatif n'a pas un caractère contraignant, puisque le CICR lui-même dit que « *Ni les dix recommandations présentées dans le Guide interprétatif ni le commentaire qui les accompagne ne visent donc à modifier les règles contraignantes du DIH conventionnel ou coutumier ; il s'agit de la position officielle du CICR quant à la manière dont le DIH existant devrait être interprété à la lumière des circonstances qui caractérisent les conflits armés modernes*¹³⁴ ».

§2. La notion de « combattant » comme une solution de clarification

De nombreux auteurs soutiennent que cette clarification pourrait être opérée par un rapprochement du régime des conflits armés non internationaux à celui des conflits armés internationaux. Cela permettrait de résoudre de nombreuses questions. Tout d'abord, en remplaçant les notions floues de « participant direct aux hostilités » ou de « fonction continue de combat », par la notion claire de « combattant », la distinction entre civil et combattant serait facilitée. Ainsi, les règles étant clarifiées, elles seraient plus facilement applicables et donc, en théorie, davantage respectées. Ensuite, il est également nécessaire de confirmer dans un texte international l'application coutumière de certains principes entourant les moyens et méthodes de guerres autorisés. À nouveau, une clarification du cadre juridique permettrait un meilleur respect des règles et finalement une plus grande protection des civils en cas de conflit armé non international.

Néanmoins, prenant note des différences de réalités et des difficultés pour les rebelles à respecter le principe de distinction tel que prévu pour les conflits internationaux, et tenant compte du déséquilibre militaire entre les groupes armés rebelles et des forces gouvernementales, il ne serait pas équitable – ni réaliste – de demander à chaque membre d'un groupe rebelle de se distinguer en tout temps¹³⁵. Ainsi, il semblerait plus adéquat d'instaurer un régime similaire à celui de l'article 44, paragraphe 3 du Protocole additionnel I qui oblige au minimum un combattant de se distinguer des civils « *pendant chaque engagement militaire* » (a) et « *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* » (b)¹³⁶. Il faut évidemment tenir compte des capacités des groupes armés à respecter une règle,

¹³⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹³⁵ M. SASSÖLI, « Combattants et Combattants illégaux », *op.cit.*, p. 157.

¹³⁶ Art. 44, §3 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

sous peine de voir celle-ci négligée, diminuant d'un même coup la crédibilité des autres règles¹³⁷.

Section 3 : Incitation au respect du droit international humanitaire

Sous-section 1 : Améliorer le respect du droit international humanitaire

§1. La dénégarion du privilège du combattant comme obstacle au respect du droit international humanitaire

Outre l'asymétrie entre les Parties au conflit et le principe de distinction, un dernier argument à l'octroi du statut du combattant – et non le moindre – consiste à dire que la reconnaissance de l'immunité du combattant aux insurgés dans les conflits armés non internationaux permettrait un plus grand respect des règles de droit international humanitaire. En effet, de nombreux auteurs ont avancé l'idée selon laquelle l'absence de reconnaissance du statut du combattant pour les rebelles serait la cause de leur non-respect de ces préceptes humanitaires¹³⁸. Sachant qu'ils n'échapperont pas à des poursuites pénales basées sur le droit domestique de l'État à la fin des hostilités – ils sont en effet déjà considérés comme des criminels pour le simple fait d'avoir pris les armes –, les insurgés tentent alors le recours à la « guerre totale », et le « tout pour le tout », afin de gagner le conflit. Ainsi, ils préfèrent ne pas s'encombrer du respect de certaines règles, puisqu'ils sont déjà coupables.

Cette idée a été mise en avant par J. McMAHAN : « *Unjust combatants who feared punishment at the end of the war might be more reluctant to surrender, preferring to continue to fight with a low probability of victory than to surrender with a high probability of being punished ... And they might also reason that if they face mass punishment in the event of defeat, they have little to lose from abandoning all restraint in the effort to win. They might reason, for example, that if they are defeated, and if the prosecutors are unlikely to have knowledge of their individual acts, each might have nothing to lose, but perhaps something to gain, from the commission of war crimes or atrocities that would increase their chance of victory and thus of immunity to punishment.* »¹³⁹

¹³⁷ M. SASSÒLI, « Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law », *Journal of International humanitarian legal studies*, 2010, p. 16.

¹³⁸ Voy. notamment, N. MELZER, « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict », in *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 514-515; E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, op.cit., p. 168.

¹³⁹ J. McMAHAN, *Killing in War*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 190-191.

§2. L'octroi de l'immunité du combattant

C'est pourquoi certains auteurs défendent l'idée de leur accorder une immunité du combattant : ainsi, les insurgés seraient sûrement influencés par la possibilité d'éviter des poursuites judiciaires et renonceraient peut-être à attaquer les populations et les biens civils¹⁴⁰. En leur déniaient cette immunité pour protéger la souveraineté de l'État, le cadre juridique international a créé un obstacle au respect du droit international humanitaire et des incitants à combattre désespérément afin de renverser le gouvernement puisque la victoire est leur seule chance d'éviter des sanctions pénales – voire l'exécution¹⁴¹.

De plus, étendre la possibilité de se voir reconnaître l'immunité du combattant aux membres des groupes armés rebelles renforcerait la crédibilité de la sanction pénale : les individus qui n'auraient pas respecté les règles de droit international humanitaire pourraient être condamnés pour violation de ce droit. La crédibilité de la sanction découlerait du fait que l'État pourrait mettre en avant la possibilité offerte au rebelle de jouir de l'immunité du combattant, mais que ce dernier a préféré violer les règles humanitaires¹⁴².

Sous-section 2 : Le statut du combattant aux rebelles, une régression humanitaire ?

Cette argumentation selon laquelle l'absence du privilège du combattant pousse les rebelles à violer le droit international doit être remise en question. Ces différents auteurs avancent qu'une formidable avancée dans le respect du droit international humanitaire est une conséquence inévitable de l'octroi de l'immunité du combattant. Cependant, l'argument reste théorique et se doit d'être réfléchi plus profondément afin de gagner en crédibilité.

§1. Le manque de preuve quant au lien causal

Premièrement, le lien entre la motivation des rebelles à épargner les civils et la promesse de ne pas être poursuivi sur base du droit domestique pour le meurtre de combattants n'est pas si évident. F. MÉGRET souligne cet aspect en remettant en question l'influence de l'absence ou non de ce privilège du combattant sur le comportement des belligérants : d'une part, il doute qu'un rebelle engagé à ne pas tuer des civils change d'approche s'il apprendrait qu'il risquerait d'être poursuivi pour le fait d'avoir participé au combat et d'avoir tué des combattants ; d'autre part, il doute, inversement, qu'un rebelle qui tue des civils change d'avis uniquement grâce à la reconnaissance d'une immunité du combattant. En quoi l'espoir d'échapper aux poursuites

¹⁴⁰ G. S. CORN, «Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors», *op. cit.*, p. 287.

¹⁴¹ J. D. OHLIN, « The Combatant's Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts », *op. cit.*, p. 350.

¹⁴² G. S. CORN, «Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors», *op. cit.*, pp. 292-293.

judiciaires aurait-il un effet certain sur le comportement des rebelles ? Au vu des difficultés de mener une étude empirique sur le terrain, il est malaisé d'établir un lien causal entre l'octroi du statut et le comportement des membres des groupes armés.

§2. La légitimation du recours à la violence

Deuxièmement, l'octroi de l'immunité du combattant aux participants dans les conflits armés non internationaux n'est peut-être pas en soi une avancée humanitaire. Au contraire, octroyer cette immunité est synonyme de légalisation de meurtres d'individus : comment cela pourrait-il être vu comme une avancée humanitaire puisqu'on supprime une limitation à la violence¹⁴³ ? Plutôt que de limiter la guerre, l'immunité qui découle du statut du combattant la rend possible et légale. Le rebelle, s'il en jouissait, pourrait tuer – des soldats ennemis – avec impunité¹⁴⁴. Dès lors, n'y aurait-il pas là un incitant à commettre davantage de meurtres ?

§3. L'absence de justification humanitaire

Troisièmement, la raison pour laquelle le statut du combattant a été créé dans les conflits armés internationaux n'est pas une raison humanitaire. Alors que certains auteurs indiquent – sans aucune explication – que ce statut a été développé « *to incentivize restraint and to encourage compliance with humanitarian protections, especially in regard to civilians*¹⁴⁵ », il est une fois encore nécessaire de prendre du recul. Fondamentalement, le statut du combattant dans les conflits armés internationaux représente davantage une tolérance légale internationale et continue de la guerre et d'une certaine forme de violence¹⁴⁶. C'est le reflet du seuil irréductible de violence tolérée par la communauté internationale. Il ne s'agit pas de vouloir supprimer les actes qui vont à l'encontre des principes humanitaires, puisque le statut est accordé *ipso facto* aux membres des forces armées régulières et que ces derniers ne peuvent le perdre que dans certaines conditions assez poussées¹⁴⁷. Il s'agit plutôt de vouloir protéger des acteurs étatiques et de légitimer le recours à la violence publique.

¹⁴³ F. MÉGRET, « Response to Claus Kreß: Leveraging the privilege of belligerency in non-international armed conflict towards respect for the jus in bello », *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁴⁴ F. MÉGRET, « Should Rebels Be Amnestied? », *op. cit.*, p. 529.

¹⁴⁵ R. J. PARSONS, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *op. cit.*, p. 6; G. S. CORN, « Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors », *op. cit.*, p. 256 (« This immunity, and the other humanitarian protections afforded to prisoners of war, developed in large measure to incentivize compliance with humanitarian law. »).

¹⁴⁶ F. MÉGRET, « Should Rebels Be Amnestied? », *op. cit.*, p. 530.

¹⁴⁷ Art. 44, §2 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

Sous-section 3 : L'octroi d'une immunité : la suppression d'un découragement

Néanmoins, nous l'avons vu, la situation actuelle témoigne du besoin de changement et du besoin de davantage de protection envers les civils. Le cadre juridique contemporain n'est pas suffisant. L'attitude de *statu quo* de la communauté internationale face à la régulation des conflits armés non internationaux doit être abandonnée. Ainsi, même s'il est présentement impossible de justifier empiriquement le résultat espéré, le débat n'est pas vain. Certains auteurs doctrinaux soutiendront que, même s'il n'y a que très peu de chances que cela fonctionne, mais qu'il y a quand même un espoir, il est du devoir de la communauté internationale d'essayer. Au risque de ne pas créer un incitant à proprement parler, l'octroi du statut du combattant pourrait au minimum améliorer la situation qui, actuellement, constitue un obstacle au respect du droit international humanitaire par les membres des groupes armés rebelles.

Il est également intéressant de noter que quand les États essayent de régler les affaires concernant les forces rebelles uniquement sur base du droit domestique, l'expérience montre que cela peut empirer plutôt qu'améliorer le respect envers les considérations humanitaires¹⁴⁸. Il est temps de supprimer le désintéressement du droit international envers les conflits armés non internationaux et de laisser entrer ces questions dans le champ du droit international humanitaire.

CHAPITRE 2 : Les risques de l'octroi

Si la communauté internationale n'a toujours pas franchi le cap d'octroyer le statut du combattant aux membres des groupes armés rebelles, c'est que les arguments en faveur de cet octroi n'ont pas l'exclusivité.

Certains risques méritent d'être analysés en profondeur, car ils ne sont pas à sous-estimer. Premièrement, le fait de vouloir assimiler le régime conçu pour les conflits internationaux au régime des conflits armés non internationaux connaît les dangers d'une sur-application pour la population civile (section 1). Ensuite, la stabilité et l'intégrité territoriale de l'État peuvent se voir être fragilisées dans certaines situations (section 2). Finalement, il faut légiférer en tenant compte de l'entière du droit international : il y a des risques que l'octroi du statut du combattant aille à l'encontre des droits de l'homme (section 3).

¹⁴⁸ R. J. PARSONS, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », *op. cit.*, p. 11.

Section 1 : Risque d'une sur-application

Sous-section 1 : Conséquences sur la population civile

§1. Participation importante de la population civile

La réalité concernant les conflits armés non internationaux est que les groupes rebelles recrutent certains de leurs membres au sein de la population civile. À cet effet, E. GIRAUD note que « *[la guerre civile], c'est la guerre dans laquelle la distinction des combattants et des non-combattants est la moins nette et dans laquelle l'ensemble de la population prend la plus large part à la guerre et le fait avec le plus de passion, voire de férocité*¹⁴⁹ ».

§2. La perte de la protection accordée aux civils

La proposition d'accorder le statut du combattant aux personnes participant directement aux hostilités dans les conflits armés non internationaux comporte des inconvénients. Si le but de cette manœuvre est d'améliorer la protection des civils, il faut cependant mettre en lumière le fait que cette solution est peut-être moins humanitaire que ce qu'elle prétend l'être : une partie importante de la population civile ne sera plus protégée et les conséquences pourraient être catastrophiques¹⁵⁰. La particularité dans ce contexte est donc de définir *in abstracto* une catégorie comprenant les « combattants » dans les conflits armés non internationaux (voy. *infra*). Au moment de définir quelles sont les personnes qui pourront obtenir le statut du combattant, il faudra prendre garde à ne pas inclure toutes les personnes qui prennent part aux hostilités, afin d'éviter une sur-application du principe.

Il n'est pas envisageable qu'une force armée gouvernementale puisse prendre pour cible une population entière, ou la majeure partie de celle-ci, parce qu'elle lui reconnaîtrait le statut du combattant. Il faut donc faire attention ne pas accorder trop généreusement ce statut aux personnes civiles : il y a un risque de voir le principe de distinction violé et que ce statut justifie des attaques indiscriminées¹⁵¹.

§3. La confirmation du risque dans la pratique

Il y a actuellement une certaine tendance à traiter tous les acteurs non étatiques comme des civils prenant part directement aux hostilités, ce qui permet des attaques indiscriminées à l'encontre des civils¹⁵². Dans les conflits armés non internationaux récents, les massacres

¹⁴⁹ E. GIRAUD, « 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'étranger*, Paris, 1958, p. 670.

¹⁵⁰ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op. cit., pp. 268-269.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 269.

¹⁵² G. CORN, C. JENKS, « Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 33, No. 2, 2011, p. 316.

indiscriminés résultent en des crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocides. C'est une réalité notamment dans les conflits qui ont eu lieu en République démocratique du Congo, au Rwanda, au Soudan, au Kosovo, etc.¹⁵³.

Cette tendance semble être le résultat du manque – au niveau international – d'un consensus sur la façon de déterminer l'appartenance aux groupes armés rebelles. Le CICR a élaboré une réponse dans son « *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités* » : on distingue alors les civils, les civils qui participent directement aux hostilités et les membres des groupes armés qui exercent des fonctions continues de combats. Cependant, cette approche n'a pas rencontré un franc succès auprès des différents États. Cela étant, la solution offerte par le CICR ne semble pas suffisante : l'absence de notion de « *combattant* » combinée au manque de définitions claires de la notion de « *personne participant directement aux hostilités* » et du concept « *fonction de combat continue* » sont certainement une cause de la tendance actuelle à considérer de nombreux civils comme cibles légitimes dans un conflit armé non international (voy. *infra*)¹⁵⁴.

Sous-section 2 : Solutions au risque de sur-application

Un premier point d'attention est celui de savoir s'il faut inclure les civils participant directement aux hostilités dans la catégorie d'individus pouvant bénéficier d'un statut du combattant. Ensuite, il y a la question de savoir s'il est envisageable de l'octroyer uniquement pour une durée limitée, c'est-à-dire pendant le temps que la personne participe effectivement aux hostilités. Cela permettrait d'être en accord avec l'approche majoritaire du Protocole additionnel II reconnaissant que le civil qui participe directement aux hostilités ne perd sa protection que pour le temps de sa participation.

Quoi qu'il en soit, il est tout d'abord important de définir clairement qui est combattant ou non afin de faciliter le respect du principe de distinction (voy. *infra*). Ensuite, lors de la catégorisation, il faudra s'assurer de ne pas dénier le statut de civils à trop de personnes, malgré leur possible participation dans les hostilités. Un seuil relativement élevé serait alors préférable afin de permettre aux populations civiles de le rester le plus longtemps possible pour assurer leur protection (voy. *infra*). Il est néanmoins indispensable aujourd'hui de reconnaître le statut du combattant aux personnes ayant des fonctions belligérantes importantes dans les conflits armés non internationaux.

¹⁵³ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op. cit., p. 269

¹⁵⁴ G. CORN, C. JENKS, « Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts », op. cit., pp. 328–330.

Section 2 : Risque pour la stabilité politique et l'intégrité territoriale de l'État

Sous-section 1 : La légitimation de la rébellion et de la violence non gouvernementale

§1. L'importance de la souveraineté étatique

La souveraineté étatique est un pilier majeur excluant la possibilité d'étendre le statut du combattant aux insurgés des conflits armés non internationaux (voy. *supra*)¹⁵⁵. Les États craignent qu'une telle reconnaissance encourage les rébellions, ce qui porterait atteinte à leur stabilité politique et à leur intégrité territoriale. C'est pourquoi le contexte juridique actuel encadrant les conflits armés non internationaux est si minimaliste – bien que révolutionnaire puisqu'existant¹⁵⁶.

§2. L'incontournable prohibition du recours à la violence

La crainte n'est pas uniquement une excuse sur laquelle se reposent les États afin de ne pas accorder de statut juridique aux rebelles : les conséquences sont réelles et non négligeables. Il ne serait pas bénéfique pour l'unité de l'État d'octroyer automatiquement la possibilité aux populations civiles d'attaquer militairement leur gouvernement. En l'absence de restriction quant au recours à la force, l'introduction d'une immunité du combattant serait hautement problématique : plutôt que d'essayer de s'opposer pacifiquement, les groupes rebelles pourraient être tentés de recourir à une violence armée organisée afin de déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire¹⁵⁷.

Or, il est obligatoire pour le droit international d'avoir comme souci la réduction du nombre de conflits armés non internationaux tout en assurant le respect du droit international humanitaire lors de ceux-ci. Il faut rappeler qu'il n'est pas préférable de les abandonner au domaine réservé des États. Un équilibre est donc à trouver entre d'une part, le besoin de préserver la paix publique et, d'autre part, la nécessité d'accorder une immunité du combattant dans les conflits armés non internationaux.

Sous-section 2 : L'incompatibilité avec le *jus contra bellum*

§1. L'ère contemporaine du jus contra bellum

L'ère contemporaine est celle de la prohibition internationale du recours à la violence. Dès lors, comment justifier que la suppression de la possibilité pour les États de poursuivre pénalement les rebelles pour le fait d'avoir pris les armes diminuerait le recours aux conflits

¹⁵⁵ G. ABI-SAAB, « Les conflits armés non internationaux », *op. cit.*, p. 251.

¹⁵⁶ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁵⁷ N. MELZER, « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict », *op. cit.*, p. 515.

armés ? Le *jus ad bellum* en droit international humanitaire interdit de manière générale de recourir à la force dans les relations internationales – c’est pourquoi il est souvent référé comme le *jus contra bellum*. Cependant, concernant le droit des conflits armés internationaux, il connaît des situations dans lesquelles un État peut légalement recourir à la force¹⁵⁸. Légitimer de nouveaux acteurs non étatiques à lancer une guerre civile ne serait-il pas incompatible avec le *jus contra bellum* contemporain ?

§2. La nécessité de distinguer le *jus ad bellum* et le *jus in bello*

Le *jus in bello* – incluant les règles de droit international humanitaire et le statut du combattant – n’entre en jeu qu’une fois qu’un conflit a émergé, c’est-à-dire quand le *jus contra bellum* a été violé par au moins une des deux Parties au conflit¹⁵⁹. Ces deux régimes juridiques sont indépendants l’un de l’autre : le *jus in bello* et le droit international humanitaire, bien qu’octroyant des droits aux Parties belligérantes, ne peuvent pas être considérés comme comprenant une autorisation ou une interdiction de recourir à la force.

Dans le régime des conflits armés internationaux, le principe de séparation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* est absolu et le statut du combattant est octroyé même aux combattants « injustes » – ceux qui ont violé le *jus contra bellum*. Dès lors, ce principe devrait être appliqué à l’identique au regard des conflits armés non internationaux. Bien que le conflit armé ne soit jamais désirable, l’interdire n’est pas suffisant : il est obligatoire de réguler la conduite des hostilités, puisqu’il n’est pas possible actuellement d’éradiquer toute forme de conflit armé dans le monde. C’est cette réalité, combinée à la volonté de protéger les populations civiles, qui est la raison de la naissance du droit international humanitaire¹⁶⁰. Pourquoi cela devrait-il être différent lorsqu’il est question de conflits armés non internationaux ? Les populations civiles méritent autant de protection dans un conflit armé non international que dans un conflit armé international, et elles méritent autant de protection face à un belligérant « juste » ou « injuste » - suivant qu’il ait respecté le *jus ad bellum* ou non.

Sous-section 3 : Un nouveau *jus contra bellum internum*

§1. La création d’un *jus ad bellum* pour les conflits armés non internationaux

Techniquement, il n’existe pas de *jus ad bellum* au regard des conflits armés non internationaux dans le droit international. Il serait donc intéressant de pallier ce vide juridique

¹⁵⁸ M. SASSÒLI, « *Ius ad Bellum and Ius in Bello: The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare – Crucial or Outdated?* », in *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultiness, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, ed. M. N. SCHMITT et J. PEJIC, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden et Boston, 2007, p. 242.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 243.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 242-245.

en créant un cadre normatif nouveau afin de crédibiliser et renforcer la stabilité étatique. Concernant plus particulièrement le *jus contra bellum internum*, il s'agirait d'une interdiction quasi totale de recourir à la force pour les membres rebelles. Or, puisque derrière tout *jus contra bellum*, il y a un *jus ad bellum* implicite, il existerait une exception à cette interdiction totale du recours à la force – exception extrêmement limitée : notamment le droit de légitime défense pour les populations qui sont sujettes à une attaque mortelle, jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité des Nations Unies ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix internationale et la sécurité¹⁶¹.

Les conflits armés non internationaux représentent aujourd'hui la majorité des conflits armés dans le monde, ayant souvent des conséquences transnationales et internationales. Personne ne peut se targuer de pouvoir maintenir la violence à l'intérieur des frontières d'un État, sans aucune conséquence pour la communauté internationale. Dès lors, cette dernière a le droit d'intervenir et de poser un cadre légal international afin de réguler la violence. Exprimer de manière internationale un nouveau *jus contra bellum internum* adapté aux conflits armés non internationaux pourrait dissuader les acteurs non étatiques de prendre les armes. L'État aurait donc le pouvoir de sanctionner le fait d'avoir initié ou participé à une rébellion, fait qui serait rendu illégal par le nouveau *jus contra bellum internum*. Cela n'empêche néanmoins pas la possibilité d'octroyer le statut du combattant lors des hostilités.

§2. La combinaison du statut du combattant et du *jus contra bellum internum*

Tout comme dans les conflits armés internationaux, il faut impérativement différencier le *jus in bello* du *jus ad bellum*. Cette séparation est absolue en droit international humanitaire¹⁶². Il y a deux objectifs différents à prendre en compte concernant l'octroi du statut du combattant dans les conflits armés non internationaux : l'incitation à respecter le droit international humanitaire lors des conduits des hostilités (*jus in bello*) et le découragement à initier un conflit armé en contravention au droit domestique (*jus ad bellum*)¹⁶³. Le premier objectif peut être réalisé par l'octroi du statut du combattant, sous certaines conditions. Le deuxième objectif sera atteint grâce à l'introduction d'un *jus contra bellum internum* pour les acteurs non gouvernementaux.

¹⁶¹ C. KREB, « Towards further developing the law of non-international armed conflict: a proposal for a *jus in bello* interno and a new *jus contra bellum internum* », *op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁶² *Ibid.*, p. 241.

¹⁶³ N. MELZER, « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict », *op. cit.*, p. 516; C. KREB, « Towards further developing the law of non-international armed conflict: a proposal for a *jus in bello* interno and a new *jus contra bellum internum* », *op. cit.*, p. 39.

Afin de ne pas annihiler l'effet escompté de l'immunité du combattant, il est indispensable de réfléchir à des sanctions adaptées en cas de violation du *jus contra bellum internum*. Les sanctions punissant la rupture de la paix publique devraient donc exclure en tout état de cause la peine de mort et l'emprisonnement à vie. Elles devraient également être appliquées en proportion de la gravité et de la culpabilité personnelle et individuelle¹⁶⁴. Ainsi, il y aura lieu de prendre en considération les conditions *in concreto*.

Section 3 : Tension avec les droits de l'homme

Sous-section 1 : Applicabilité des droits de l'homme en temps de conflits armés

§1. Application continue des droits de l'homme

Bien que cela ait été débattu auparavant, il est aujourd'hui largement reconnu que les droits de l'homme s'appliquent en temps de conflit armé¹⁶⁵. Illustrant ceci pour les conflits armés non internationaux, le Protocole additionnel II rappelle dans son préambule que « [...] *les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme offrent à la personne humaine une protection fondamentale*¹⁶⁶ ». En outre, les traités de droit international des droits de l'homme sont également clairs à ce sujet : l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoient que certaines obligations sont indérogeables même en temps de conflit armé¹⁶⁷. Déjà en 1968, l'Assemblée Générale des Nations Unies a pris une résolution concernant le respect des droits de l'homme en temps de conflit armé¹⁶⁸. Confirmant ceci, la Cour internationale de Justice s'est exprimée à ce propos, notamment dans l'affaire du mur en 2004, en disant que « *la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁶⁹ ».

¹⁶⁴ N. MELZER, « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 516-517.

¹⁶⁵ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, *op. cit.*, 2012, p. 83.

¹⁶⁶ Préambule du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adoptés à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

¹⁶⁷ Art. 4, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New-York, le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983, p. 8806 ; art. 15, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de ses libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

¹⁶⁸ Assemblée Générale des Nations Unies, « Résolution 2444 sur le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », doc. ONU A/RES/2444(XXIII), 19 décembre 1968, disponible sur [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2444\(XXIII\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2444(XXIII)&Lang=F) (consulté le 9 avril 2018).

¹⁶⁹ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, §106, disponible sur <http://www.icj-cij.org> (consulté le 9 avril 2018).

§2. Une approche complémentariste des droits de l'homme et du droit international humanitaire

Une difficulté apparaît alors : celle de déterminer comment appliquer simultanément les deux régimes juridiques. La théorie prévalente aujourd'hui est une approche complémentariste : elle admet un rapprochement des deux branches de droit, tout en les gardant distinctes, permettant de compléter les règles d'une branche de droit par les règles de l'autre branche de droit¹⁷⁰. Cette approche est celle à laquelle se rallie notamment le Comité des droits de l'homme, lorsqu'il souligne que « [...] *le Pacte s'applique aussi dans les situations de conflit armé auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables. Même si, pour certains droits consacrés par le Pacte, des règles plus spécifiques du droit international humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, les deux domaines sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un de l'autre*¹⁷¹ ». C'est l'approche qui est adoptée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les Nations Unies, la Cour internationale de Justice, etc.¹⁷². Concernant l'articulation des deux branches du droit, la Cour internationale de Justice a qualifié de *lex specialis* le droit international humanitaire par rapport aux droits de l'homme¹⁷³.

Sous-section 2 : Le statut du combattant et le droit à la vie

§1. Deux approches opposées

Concernant spécifiquement le droit à la vie, il est *a priori* difficile de réconcilier les deux approches – quasi antagoniques – du régime des droits de l'homme et du régime du droit international humanitaire. En effet, le principe central des droits de l'homme est le respect du droit à la vie¹⁷⁴, alors que le droit international humanitaire permet de tuer dans certaines

¹⁷⁰ G. GAGGIOLI, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris, Pedone, 2013, p. 34.

¹⁷¹ Comité dr. h., « Observation générale n°31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 mars 2004, §11, disponible sur http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=fr&TreatyID=8&DocTypeID=11 (consulté le 10 avril 2018).

¹⁷² G. GAGGIOLI, *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. 37-40.

¹⁷³ C.I.J., *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, 8 juillet 1996, p. 226, §25 : « [...] En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. » C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, op.cit., §106 in fine : « pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire ».

¹⁷⁴ Art. 6, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New-York, le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, M.B., 6 juillet 1983, p. 8806 ; art. 2, Convention de sauvegarde des droits de l'homme

circonstances. Avec les droits de l'homme, le droit à la vie de chaque personne est protégé et ne peut être violé en raison de son statut. En outre, le pouvoir d'utiliser la force létale est fortement limité : il faut que cela soit absolument nécessaire, dans certaines situations strictement définies – comme la défense d'une personne à l'encontre de violence illégale ou alors la légitime défense¹⁷⁵.

§2. Le statut du combattant contraire au droit à la vie

Accorder le statut du combattant aux rebelles réduit la protection des droits de l'homme : le statut du combattant supprime le caractère criminel du fait de tuer des ennemis, sans être dans le cas de légitime défense par exemple¹⁷⁶. De plus, les combattants constituent un « objectif militaire » et donc une cible légitime. Puisque le droit international humanitaire est considéré comme la *lex specialis*, et dès lors qu'il est moins protecteur concernant le droit à la vie, son application réduit ainsi la protection offerte aux belligérants¹⁷⁷. Alors que sous le régime contemporain, tuer un agent gouvernemental exerçant légalement son autorité est considéré comme l'un des crimes les plus graves, le statut du combattant permettrait de l'attaquer dans certaines circonstances. Alors que sous le régime des droits de l'homme, chaque personne s'attend à voir son droit à la vie être protégé, le statut du combattant accordé aux rebelles mènerait à une situation dans laquelle ils pourraient légalement être tués¹⁷⁸.

Sous-section 3 : Réconcilier le droit à la vie et le statut du combattant

Il est évident que dans une certaine mesure, le statut du combattant peut être considéré comme une « licence de tuer », et donc en contradiction avec le droit à la vie des droits de l'homme. Cependant, cette affirmation doit être nuancée. En effet, soutenir qu'il est toujours légal de tuer un combattant n'est pas exact d'un point de vue juridique. *A contrario*, tuer un combattant n'est pas toujours contraire au droit à la vie.

§1. Le caractère non absolu du droit à la vie

Premièrement, le droit à la vie sous le régime des droits de l'homme n'est pas un droit absolu : il existe des exceptions à ce droit, ainsi que des limitations¹⁷⁹. C'est pourquoi les traités

et de ses libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028 ; etc.

¹⁷⁵ D. KRETZMER, « Rethinking the application of IHL in non-international armed conflicts », *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁶ F. MÉGRET, « Response to Claus Kreß: Leveraging the privilege of belligerency in non-international armed conflict towards respect for the jus in bello », *op. cit.*, p. 53.

¹⁷⁷ D. KRETZMER, « Rethinking the application of IHL in non-international armed conflicts », *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁸ F. MÉGRET, « Response to Claus Kreß: Leveraging the privilege of belligerency in non-international armed conflict towards respect for the jus in bello », *op. cit.*, pp. 53-54.

¹⁷⁹ G. GAGGIOLI, *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. 245-246.

de droit de l'homme interdisent les privations « arbitraires » de la vie¹⁸⁰, et ne parlent pas d'une interdiction absolue. Ainsi, même si le droit à la vie s'applique lors des conflits armés, l'interprétation qu'il faut donner à ce droit est flexible. De plus, l'article 15, §2 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit explicitement une exception au droit à la vie dans les « *cas de décès résultant d'actes licites de guerre*¹⁸¹ ». Cependant, jusqu'à présent cette exception n'a jamais été utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸². En tout cas, le fait d'avoir tué un combattant lors d'un conflit armé ne sera pas considéré comme une « privation arbitraire » de la vie¹⁸³.

§2. L'application indirecte des droits de l'homme

Deuxièmement, ce n'est pas parce que le régime des droits de l'homme a été évincé par le régime du droit international humanitaire qu'il disparaît pour autant. Il est possible que le droit international humanitaire applique de manière indirecte les droits de l'homme – ces derniers peuvent toujours servir de source d'interprétation par exemple¹⁸⁴. De plus, la règle qui a été évincée reste applicable tant qu'il n'y a pas de conflit normatif avec la règle ayant primauté¹⁸⁵.

§3. La protection du droit à la vie en droit international humanitaire

Troisièmement, le droit à la vie est protégé également par le droit international humanitaire. En effet, tant l'article 3 commun aux Conventions de Genève¹⁸⁶ que le Protocole additionnel II¹⁸⁷ interdisent les « atteintes portées à la vie » – ce qui, même si textuellement différent, est semblable au « droit à la vie ». Il s'agit donc davantage d'une différence de formulation¹⁸⁸. Cependant, il est vrai qu'il y a une différence *ratione personae* : en droit

¹⁸⁰ Art. 6, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New-York, le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983, p. 8806 ; art. 4, §1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, le 22 novembre 1969 ; art. 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi, le 28 juin 1981.

¹⁸¹ Art. 15, §2, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de ses libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

¹⁸² L. DOSWALD-BECK, « The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers? », *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 88, n°864, 2006, p. 883.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 899-900.

¹⁸⁴ G. GAGGIOLI, *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. 70.

¹⁸⁵ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 89.

¹⁸⁶ Art. 3 commun aux quatre conventions de Genève, signées à Genève le 12 août 1949, approuvées par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952, p. 6822.

¹⁸⁷ Art. 4, §2, a), du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adoptés à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

¹⁸⁸ G. GAGGIOLI, *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. 266.

international humanitaire, cette protection n'existe que pour les civils, et non pour les combattants. Cette distinction n'existe pas dans le régime des droits de l'homme¹⁸⁹.

§4. Les principes de nécessité et de proportionnalité

Quatrièmement, les principes de nécessité et de proportionnalité du droit international public s'appliquent également lorsqu'il est question de recourir à l'usage de la force¹⁹⁰. De ces principes, certains auteurs ont déduit une règle selon laquelle un combattant ne peut pas être sujet à des attaques à n'importe quel moment¹⁹¹. Selon J. PICTET, il faudrait alors capturer plutôt que blesser et blesser plutôt que tuer¹⁹². En ce sens, le CICR estime, dans sa recommandation IX du Guide sur la participation directe aux hostilités, qu'« outre les limitations imposées par le DIH à l'emploi de certains moyens et méthodes de guerre spécifiques, et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant être imposées par d'autres branches applicables du droit international, le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent¹⁹³ ».

En conclusion, une certaine interprétation du droit international humanitaire consiste à dire qu'il faudra d'abord essayer d'intercepter la personne si cela est possible, pour ne pas violer le principe de nécessité et de proportionnalité. Cette vision a le mérite de réconcilier – en tout cas en partie – les droits de l'homme et le droit international humanitaire, qui ont trop souvent été considérés comme aux antipodes l'un de l'autre. Ces deux disciplines, bien que différentes sur plusieurs points, partagent en tout cas une préoccupation importante : la dignité humaine¹⁹⁴.

TITRE 3 : Proposition de solutions

Au regard des différentes conclusions tirées précédemment, accorder une immunité aux belligérants dans les conflits armés non internationaux pourrait être une solution au manque de respect du droit international humanitaire. Restaurer la symétrie et l'égalité entre les belligérants, améliorer l'applicabilité et les probabilités du respect du principe de distinction et, surtout, inciter au respect du droit international humanitaire en général sont les raisons pour

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 267.

¹⁹⁰ L. DOSWALD-BECK, « The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers? », *op. cit.*, p. 887.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 253-254.

¹⁹² J. PICTET, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 75.

¹⁹³ N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁹⁴ E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 122.

lesquelles il est nécessaire de sortir du *statu quo* normatif. Néanmoins, les risques inhérents à l'octroi de l'immunité du combattant ont démontré le besoin de le conditionner : il faut éviter que de nombreux civils perdent leur protection, assurer une stabilité politique et prévenir les violations des droits de l'homme. Ce sont des risques non négligeables qu'il faut assurément prendre en compte.

Dans un premier chapitre, il est donc essentiel de définir les conditions nécessaires à l'octroi du statut du combattant. En effet, il ne peut pas être automatique dès la prise d'armes par un rebelle d'un groupe armé. Ensuite, le deuxième chapitre s'attelle à la mise en lumière de ce qui doit être mis en place au niveau international, ainsi qu'à l'analyse des clauses de sauvegarde.

CHAPITRE 1 : Les conditions à l'octroi

Un premier point d'attention a été la nécessité d'instaurer un nouveau *jus contra bellum internum* afin de préserver la stabilité étatique. En effet, le contexte historique appuie le besoin de mettre en balance, d'une part, la nécessité de créer un incitant à respecter le droit international humanitaire pour les insurgés avec, d'autre part, les intérêts étatiques à ne pas encourager le recours à la violence (voy. *supra*)¹⁹⁵. Toutefois, ceci n'est pas suffisant. Conditionner en tant que tel l'octroi du privilège du combattant n'est pas une option : sans condition, l'introduction du privilège du combattant pour les rebelles pourrait devenir problématique. Le but n'est ni de légitimer l'excès à la violence, ni de rendre impossible toute prise d'armes par les groupes armés rebelles ; mais bien d'humaniser les conflits armés. Enfin, il n'est pas question de soumettre le statut du combattant à une condition de cause légitime comme le soutiennent certains auteurs¹⁹⁶ : ici encore, la distinction entre *jus in bello* et *jus ad bellum* doit subsister.

Dans un premier temps, il sera donc question d'analyser le champ d'application du privilège du combattant dans les conflits armés non internationaux (section 1) : une analyse des conditions de l'article 3 commun et du Protocole II sera présentée. Ensuite, le sujet de l'appartenance du groupe armé sera abordé afin de déterminer, de manière individuelle, les personnes qui pourront faire l'objet d'une immunité (section 2). Finalement, la condition du respect du droit international humanitaire sera développée (section 3).

¹⁹⁵ N. MELZER, « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict », *op. cit.*, p. 516.

¹⁹⁶ F. MÉGRET, « Should Rebels Be Amnestied? », *op. cit.*, pp. 538-539.

Section 1 : Champ d'application

Sous-section 1 : Conditions analogues de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II

§1. Organisation interne du groupe armé

L'organisation du groupe armé est un élément constitutif de l'existence d'un conflit armé non international¹⁹⁷. Cependant, le niveau d'organisation requis pour l'application de l'article 3 commun ou de l'article 1^{er} du Protocole additionnel II n'est pas clairement défini. De plus, bien que tous deux imposent aux groupes armés d'être organisés, le niveau d'organisation nécessaire est différent : le Protocole additionnel demande un niveau d'organisation plus avancé¹⁹⁸. Un lien est ainsi établi entre le contenu des obligations et le champ d'application : alors que les obligations sont plus nombreuses et plus lourdes dans le Protocole additionnel II, seuls ceux organisés de manière à pouvoir remplir les obligations humanitaires y sont sujets¹⁹⁹.

Toutefois, concernant le droit international humanitaire, il est question d'obligations ne nécessitant pas beaucoup de moyens pour être respectées (voy. *supra*). La capacité des groupes armés à les respecter n'est donc pas remise en question. Ainsi, il n'est pas justifié d'imposer un seuil difficile à atteindre. L'obligation d'organisation de l'article 3 commun semble donc être un bon compromis. En effet, les groupes armés – tout comme les conflits armés – diffèrent d'une situation à une autre : ils peuvent agir de manière discrète, ou agir ouvertement ; ils peuvent être constitués de forces dissidentes, ou plutôt d'associations de civils ; etc. Ainsi, la forme du groupe armé diffère elle aussi. En conséquence, il n'est pas opportun d'imposer une forme d'organisation précise des forces armées. C'est pourquoi on parle d'un « *niveau minimum d'organisation*²⁰⁰ » en ce qui concerne l'article 3 commun, ce qui est un terme plutôt imprécis. Il s'agit donc d'un niveau peu élevé et relativement vite rencontré par un groupe armé. Ceci est positif puisque cela permet l'applicabilité rapide du droit international humanitaire.

§2. Commandement responsable

La notion d'organisation du groupe armé est directement liée à la notion de « commandement responsable ». Bien qu'elle ne soit pas citée textuellement concernant le

¹⁹⁷ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op.cit., p. 170.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 185.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 66.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 170 ; D. SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva conventions and protocols (Volume 163) », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, disponible sur http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028609303.117_164 (consulté le 2 mai 2018).

champ d'application de l'article 3 commun, il est admis que son existence est implicite²⁰¹. Toutefois, la notion est apparue dans l'article 1^{er} du Protocole additionnel II. Selon le Commentaire du Protocole additionnel II du CICR, « *l'existence d'un commandement responsable implique une certaine organisation 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*²⁰² ». Ainsi, il est accepté que les groupes armés soient organisés sans pour autant disposer d'une hiérarchie militaire verticale, une organisation relativement déstructurée est suffisante²⁰³.

Deux objectifs sont rencontrés grâce à l'inclusion de ce critère. D'une part, tout groupe armé rebelle obtient un incitant à atteindre un certain niveau d'organisation pour pouvoir prétendre à l'octroi du statut. D'autre part, l'organisation du groupe armé sous un commandement responsable permet également d'avoir la capacité de mettre en œuvre les obligations du droit international humanitaire. Illustrant ceci, l'International Law Association Committee on the Use of Force indiquait que la condition d'organisation « *is that there must be a sufficient level of organisation through a command structure in order for the basic requirements of Common Article 3 to the 1949 Geneva Conventions to be implemented*²⁰⁴ ».

Sous-section 2 : Les conditions trop restrictives de l'article 1^{er} du Protocole additionnel II

§1. Intensité des conflits armés

Les conditions de l'article 1^{er} du Protocole additionnel II ont créé une situation dans laquelle s'opposent les conflits de basse intensité – régis par l'article 3 commun aux Conventions de Genève – aux conflits de haute intensité – régis par l'article 3 commun complété par le Protocole additionnel II. Ainsi, appliquer des conditions similaires à celui du Protocole additionnel II reviendrait à réduire l'application du statut du combattant à peu de situations²⁰⁵.

²⁰¹ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op.cit., p. 174; TPIY, *Procureur c. Hadzihasanovic, Alagic et Kubura*, IT-01-47-AR72, décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), 16 juillet 2003, §16, disponible sur http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/fr/030716.htm (consulté le 2 mai 2018).

²⁰² CICR, *Commentaire au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, op. cit., §4463.

²⁰³ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., pp. 172-176.

²⁰⁴ International Law Association Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, Conférence de La Haye sur l'usage de la force, 2010, p. 30.

²⁰⁵ E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 163.

Néanmoins, l'exclusion des tensions internes, des troubles intérieurs et de tensions internes²⁰⁶ est une condition à conserver. Cependant, ceci n'est pas une nouvelle condition puisque dès l'adoption de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, les troubles intérieurs et les tensions internes étaient exclus du champ d'application du droit international humanitaire – ceux-ci ne constituant pas des conflits armés non internationaux²⁰⁷. Ceci marque une différence fondamentale avec le régime des conflits armés internationaux où tout « recours à la force armée entre États » entraîne l'applicabilité du droit international humanitaire²⁰⁸. Il est toutefois nécessaire d'avoir un seuil minimum d'applicabilité pour préserver la stabilité de l'État.

§2. Contrôle du territoire

Une situation dans laquelle le groupe armé contrôle une partie du territoire est un conflit armé de haute intensité qui oppose deux forces armées avec une puissance comparable. Aujourd'hui, de nombreux conflits armés non internationaux répondent à ce critère – principalement grâce à la facilité d'armement des groupes armés et à leur capacité de résistance qui en découle²⁰⁹. Quel contrôle est requis ? Ceci n'est – une fois encore – pas explicitement défini dans le Protocole additionnel II. Ici aussi, le Commentaire donne une explication : « *Le contrôle doit être suffisant pour pouvoir mener des opérations militaires continues et concertées et appliquer le Protocole, c'est-à-dire soigner les blessés et les malades par exemple, ou détenir des prisonniers et les traiter décemment, comme le prévoient les articles 4 et 5*²¹⁰ ».

Ainsi, le critère est assez large. Cependant, à l'instar de la condition d'organisation interne du Protocole additionnel II, imposer le contrôle d'une partie du territoire implique inévitablement une restriction significative du champ d'application. Or, le but de l'octroi d'une immunité du combattant est de protéger davantage les populations civiles. Dans ce contexte, comment justifier alors une telle restriction aux seuls groupes armés qui contrôlent une partie du territoire ? Ne sont-ils pas en mesure de toucher les civils dans le cas contraire ? Qu'en est-il des conflits caractérisés par une mobilité élevée ? L'Égypte avait d'ailleurs soulevé de

²⁰⁶ Art. 2, §2, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adoptés à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.

²⁰⁷ CICR, *Commentaire à la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, 2018, article 3, §386.

²⁰⁸ *Ibid.*, §§236-244.

²⁰⁹ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, *op.cit.*, pp. 346-347.

²¹⁰ CICR, *Commentaire au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, *op. cit.*, §4466.

manière similaire la non adéquation de ce critère, en affirmant que la condition du contrôle territorial était trop restrictive au regard de la nature des conflits actuels et que cela engendrerait une exclusion de la majorité des conflits armés non internationaux actuels du champ d'application du Protocole additionnel II²¹¹. Concernant en tout cas l'octroi de l'immunité du combattant, ce commentaire semble pertinent.

Section 2 : Appartenance au groupe armé

Pour revenir sur la question de la distinction entre civils et personnes qui participent directement aux hostilités, il est important de définir un critère permettant de déterminer objectivement qui pourrait se voir octroyer le statut du combattant. Il est important de ne pas maximiser le champ d'application afin d'éviter que de nombreux civils perdent leur protection (voy. *supra*). Préliminairement, il faut relever que le statut du combattant ne sera donc accordé qu'aux seules personnes qui combattent, en excluant alors les civils – qu'ils participent directement aux hostilités ou non. Seules les personnes appartenant à un groupe armé rebelle pourront se voir octroyer ce statut. Il reste alors à définir un critère permettant de déterminer objectivement l'appartenance au groupe armé.

Sous-section 1 : Critère fonctionnel

§1. La fonction continue de combat

Étant donné que, souvent, l'appartenance au groupe armé rebelle ne se crée pas sur une base formelle – un engagement formel similaire à celui des combattants dans les forces gouvernementales, le CICR a développé un critère fonctionnel. L'approche du CICR est basée sur la notion de « *fonction continue de combat* » (voy. *supra*) : une personne est alors membre du groupe armé si elle « *assume, pour, le groupe une fonction continue impliquant sa participation directe aux hostilités*²¹² ». Il s'agit donc d'une nouvelle catégorie, différente de celle des civils participant directement aux hostilités de manière sporadique ou spontanée. Ces derniers garderaient alors leur statut de civils, mais perdraient uniquement leur protection de manière temporaire – comme l'indique l'article 13, §3 du Protocole additionnel II²¹³.

²¹¹ Département politique fédéral, « Official Records of the Diplomatic Conference of the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977) », Berne, 1978, vol. VIII, CDDH/I/SR.22., p. 32.

²¹² N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit., p. 35.

²¹³ Art. 13, §3, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adoptés à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, M.B., 7 novembre 1986, p. 15196

Assument alors une fonction continue de combat deux types de personnes : d'une part celles qui sont impliquées dans « *la préparation, l'exécution ou le commandement d'actes ou d'opérations constituant une participation directe aux hostilités* » ainsi que toute personne « *recrutée, entraînée et équipée par un groupe armé organisé pour participer, en son nom, aux hostilités de manière continue et directe*²¹⁴ ». Pour le CICR, la participation directe aux hostilités est une composante importante, puisque le fait d'accompagner ou de soutenir le groupe armé organisé n'est pas suffisant, à lui seul, pour impliquer une fonction continue de combat²¹⁵. Cette approche rejoint l'enseignement de l'arrêt *Targeted Killings* devant la High Court of Justice d'Israël en 2006, qui indiquait qu'une distinction devait être établie entre les personnes qui prennent part directement aux hostilités de manière sporadique et celles qui ont joint activement le groupe²¹⁶.

§2. Insuffisances

Certaines critiques se sont élevées à l'encontre du Guide interprétatif et notamment à l'encontre de cette fonction de combat continue. Ainsi, K. WATKIN avance qu'il s'agit d'une notion nouvelle et ambiguë en droit international humanitaire, ne représentant pas l'état du droit existant²¹⁷. De plus, la possibilité d'appartenir *de jure* au groupe armé organisé n'est pas abordée dans le Guide interprétatif du CICR. Finalement, le fait que certaines personnes n'ayant pas une fonction continue de combat dans le groupe armé rebelle soient automatiquement jugées non membres du groupe pose également problème : en effet, il se peut que ces personnes jouent un rôle logistique ou de renseignement crucial²¹⁸.

Sous-section 2 : Critère organique

§1. L'appartenance formelle

Une approche concurrente consiste à rapprocher le critère d'appartenance à un groupe armé rebelle à celui des forces étatiques. À l'instar de la détermination de l'appartenance du combattant à la force armée gouvernementale, basée sur l'adhésion formelle selon le droit national, il serait possible de déterminer l'appartenance d'un rebelle à un groupe armé organisé

²¹⁴ N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit., p. 36.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 36.

²¹⁶ High Court of Justice of Israel, *The Public Committee Against Torture in Israel et al v. the Government of Israel*, HCJ 769/02, 14 décembre 2006, §§34-39, disponible sur http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.htm (consulté le 6 mai 2018).

²¹⁷ K. WATKIN, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and The ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n°641, 2010, p. 693.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 675; S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 361.

selon le droit de celui-ci²¹⁹. K. WATKIN rejoint également cette interprétation, puisqu'il indique que « *individuals are simply members of armed forces regardless of which party to a conflict they fight for, the domestic law basis of their enrolment, or whether they wear a uniform*²²⁰ ». Selon lui, la seule chose qui importe est de savoir si la personne est membre d'une force armée sous un commandement responsable²²¹.

§2. Insuffisances

Il est évident que ce critère, bien que pertinent, ne peut pas être utilisé comme critère unique, puisque cela supprimerait la possibilité de se voir attribuer le privilège du combattant pour toute personne combattant en dehors d'un cadre juridique. Or, tout groupe armé organisé ne dispose pas forcément d'un régime juridique qui lui est propre, permettant une adhésion formelle à ses rangs.

Sous-section 3 : Appartenance *de jure* et *de facto*

Une approche alternative se trouve dans une combinaison des deux critères. Étant toutes deux lacunaires, mais reflétant chacune des réalités différentes, il n'est pas possible de se prononcer pour l'une ou pour l'autre approche. Ainsi, il est possible d'appartenir à un groupe armé de deux manières différentes : selon le droit du groupe armé organisé rebelle (*de jure*) ou selon les conditions de l'espèce (*de facto*).

Afin de déterminer l'appartenance *de facto* d'un individu, le critère fonctionnel de fonction continue de combat prôné par le CICR est pertinent, mais non suffisant. Ainsi, pour rejoindre K. WATKIN, il s'agit plutôt d'un critère parmi d'autres²²². En outre, certaines personnes – exclues par le critère fonctionnel du CICR – sont au contraire considérées comme combattants concernant les forces armées étatiques et peuvent donc faire l'objet d'attaque : cela crée un déséquilibre entre les Parties au conflit²²³. Compléter la possibilité d'être membre *de facto* par d'autres critères que celui de fonction continue de combat permettrait de restaurer l'égalité entre les Parties²²⁴. La détermination doit se faire au cas par cas, suivant le contexte et le groupe armé concerné – puisqu'un groupe armé n'est pas l'autre et ne sera pas organisé de la même façon.

²¹⁹ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 360.

²²⁰ K. WATKIN, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and The ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretive Guidance », op.cit., pp. 690-691.

²²¹ *Ibid.*, p. 691.

²²² K. WATKIN, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and The ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretive Guidance », op.cit., p. 691.

²²³ *Ibid.*, p. 694.

²²⁴ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 361.

Section 3 : Obligation de respecter les règles de droit international humanitaire

Sous-section 1 : Perte du statut en cas de non-respect

§1. Principe général

Puisque la raison d'être de l'octroi de l'immunité du combattant aux membres des groupes armés rebelles dans les conflits armés non internationaux est l'amélioration du respect du droit international humanitaire, il est évident que le respect de ce dernier est une condition *sine qua non* de l'octroi. De plus, cette condition se retrouvait déjà dans les différentes listes de critères pour la reconnaissance de belligérance (voy. *supra*) : cela marquait déjà son importance et son caractère incontournable. Ainsi, en cas de non-respect de ces règles, il ne sera pas possible pour le membre du groupe armé rebelle de se voir octroyer l'immunité du combattant. Il n'est donc pas suffisant que le groupe armé crée le fait accompli d'un conflit armé pour que l'immunité du combattant leur soit accordée.

Seule la possibilité pour l'État de poursuivre le rebelle pour le fait d'avoir participé aux hostilités sera supprimée. Néanmoins, avec l'introduction du nouveau *jus contra bellum internum*, il sera toujours possible de sanctionner la rupture de la paix publique en violation de ce dernier – moyennant des sanctions proportionnées et individualisées (voy. *supra*). De plus, le statut du combattant n'offre pas d'immunité judiciaire pour les crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou crimes de génocide²²⁵. Il est d'ailleurs important de rappeler que le droit international humanitaire coutumier exclut cette possibilité (voy. *supra*). La stabilité de l'État est donc préservée.

§2. Exceptions

Toutefois, il est important de noter que toute violation des règles du droit international humanitaire ne mènera pas à la suppression du statut : seules des violations « graves » mèneront à une dénegation de l'immunité. Il n'est pas possible de lister exhaustivement les actes qui mèneraient à une perte de l'immunité, puisqu'il s'agira parfois d'analyser les situations au cas par cas. Cependant, il est certain que le principe de distinction devrait être un principe indérogeable puisqu'il est à la base de la protection des civils.

²²⁵ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op.cit., p. 158.

Sous-section 2 : Matérialisation de l'engagement à respecter le droit international humanitaire

§1. Un acte d'engagement international comme condition à l'octroi du statut du combattant

Une condition énoncée par E. CRAWFORD attachée à l'octroi d'une immunité du combattant consiste en l'enregistrement d'un acte d'engagement international par le groupe armé à respecter le droit international humanitaire, auprès d'une ONG – comme *Geneva Call* par exemple²²⁶.

Ceci permettrait alors aux groupes armés de montrer *a priori* leur bonne foi et leur volonté de respecter les règles humanitaires. En outre, cela leur donnerait également la possibilité de pouvoir – tout comme les États – s'engager internationalement à respecter des règles par lesquelles ils sont de toute façon liés et donc de pallier la non-possibilité de ratifier les traités internationaux (voy. *supra*). De plus, cela obligerait les groupes armés à être mieux informés sur les règles encadrant les conflits armés et impliquerait donc une meilleure application de ces règles.

§2. Difficultés engendrées par cette condition

Bien que cette proposition présente des avantages certains, elle pose une question cruciale. Qu'en est-il des groupes armés qui n'auraient pas émis un tel acte : sont-ils alors automatiquement exclus de la possibilité de se voir octroyer une immunité du combattant ? *Quid* de celui qui aurait respecté toutes les règles de droit international humanitaire et les différentes conditions, à l'exception de celle-ci ? Il serait peut-être un peu extrême d'imposer l'enregistrement d'un tel acte comme obligation *sine qua non*.

De plus, l'imposition d'une telle condition paraît problématique puisqu'il se créerait alors une situation dans laquelle l'application du droit international humanitaire deviendrait dépendante d'un acte d'engagement international. Suite à la création d'une telle obligation, quel deviendrait alors le statut juridique de cet acte d'engagement ? L'argument selon lequel les groupes armés sont liés par le droit international humanitaire, alors même qu'ils n'auraient pas enregistré un tel acte, perdrait de sa consistance et serait certainement remis en question. Ceci n'est pas désirable. En effet, il n'est pas possible de prôner d'une part que cela permet de lier les groupes armés et, d'autre part, affirmer que sans cet acte, ces derniers sont quand même liés.

Pour qu'ils se sentent liés par le droit international, il est incontestablement intéressant de les pousser à se l'approprier en s'engageant internationalement à le respecter. Cependant,

²²⁶ E. CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 168.

ceci est une question distincte du caractère obligatoire du droit international humanitaire et de l'immunité du combattant : il faut veiller à les distinguer. Pour les raisons indiquées ci-dessus, il est certes désirable d'inciter les groupes armés à enregistrer de tels actes, mais il n'est néanmoins pas judicieux d'en faire une obligation nécessaire à l'octroi du statut du combattant.

CHAPITRE 2 : Éléments concrets de solution

Après avoir déterminé quelles sont les conditions indissociables de l'immunité du combattant, il est nécessaire de s'attarder sur la forme que doit prendre cette immunité. Bien que plusieurs auteurs invoquent une préférence pour une recommandation plus poussée à accorder une amnistie²²⁷ ou encore une amnistie automatique et obligatoire²²⁸, il semble que d'autres solutions plus adéquates existent. À cet effet, notons qu'il est difficile d'entrevoir la possibilité d'imposer au niveau international une obligation pour les États d'accorder une amnistie, cette dernière n'étant pas un acte exclusivement juridique.

Avant de se concentrer sur la forme concrète de l'immunité du combattant, il est nécessaire d'analyser des éléments externes, tels que la mise en place d'un décideur neutre et objectif et la création d'une dénomination nouvelle pour les combattants des groupes armés organisés (Section 1). Ensuite, une analyse de la possibilité d'instaurer une clause de sauvegarde du droit international humanitaire sera développée (Section 2).

Section 1 : Points communs des différentes approches

Sous-section 1 : Détermination objective soustraite du pouvoir de l'État

§1. La nécessité d'avoir un décideur neutre et objectif

Alors qu'il est important de définir clairement les conditions nécessaires pour que l'immunité du combattant puisse être octroyée, une problématique – qui n'est pas nouvelle – apparaît : quel est l'acteur qui pourrait être responsable de la mise en œuvre effective de l'immunité et de sa reconnaissance par l'État concerné ? Lorsque cette question s'était posée lors de la négociation des Protocoles additionnels – concernant alors la reconnaissance d'un conflit armé non international –, plusieurs solutions s'étaient présentées : certains États optaient pour que ce pouvoir soit accordé uniquement à l'État sur lequel le conflit émergeait²²⁹, alors

²²⁷ *Ibid.*, pp. 168-169.

²²⁸ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op.cit., pp. 352-355.

²²⁹ Département politique fédéral, « Official Records of the Diplomatic Conference of the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977) », Berne, 1978, vol 10, p. 94 et vol 8, p. 286, §7 (Brésil), §9 (Roumanie), vol 7, p. 70, §67 (Arabie Saoudite), vol. 7, p. 66, §39 (Colombie), etc.

que d'autres États argumentaient qu'il ne fallait pas que cela se fasse de manière subjective²³⁰. Cette dernière proposition reflète également la position du CICR²³¹.

Idéalement, puisque l'État sur lequel le conflit armé se déroule ne peut pas, par définition, être considéré comme objectif – en effet, il est Partie au conflit –, la constatation de l'existence du conflit armé non international ainsi que du respect des conditions énoncées pour l'octroi du statut du combattant devrait reposer sur un acteur externe, neutre et objectif²³². Ainsi, tout comme pour la reconnaissance de l'existence d'un conflit armé non international, le risque que l'État dénie l'existence des conditions menant à l'octroi de l'immunité existe²³³. Il convient d'éviter que des garanties fondamentales de respect de la dignité humaine soient mises de côté à cause de questions purement politiques²³⁴.

§2. Détermination du décideur

Actuellement, il n'existe pas d'acteur unique responsable de la reconnaissance d'un conflit armé non international. Plusieurs entités se sont chargées de cela : des États tiers, des organisations internationales ou régionales – telles que les Nations Unies par exemple – ou encore des cours et tribunaux internationaux – entre autres, la Cour internationale de Justice ou des tribunaux pénaux internationaux²³⁵. Évidemment, des propositions tendant à accorder ce pouvoir au CICR avaient déjà émergé dans le passé²³⁶, mais le CICR a réagi par la négative pour respecter son mandat de neutralité²³⁷.

Bien qu'il soit essentiel d'attribuer ce pouvoir à un acteur unique et neutre, compte tenu de la complexité de cette question et des limites imposées à cette contribution, l'analyse de ce sujet ne sera pas approfondie.

Sous-section 2 : Nouvelle qualification de « combattants irréguliers légaux »

§1. La nécessité de trouver une nouvelle terminologie

Afin de différencier le régime juridique des personnes qui pourraient se voir attribuer l'immunité du combattant dans les conflits armés non internationaux de celles qui jouissent de ce statut dans les conflits armés internationaux, il est nécessaire de trouver une qualification

²³⁰ *Ibid.*, vol. 8, p. 290, §26 (Italie), §21 (Suisse), §28 (Belgique), etc.

²³¹ *Ibid.*, vol. 8, p. 203, §12.

²³² S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 197.

²³³ *Ibid.*, p. 196.

²³⁴ O. VENET, « Infractions terroristes et droit humanitaire », *J.T.*, 2010, n°11, p. 169.

²³⁵ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., pp. 197-199.

²³⁶ Respect for Human Rights in Armed Conflicts: Report of the Secretary-General, A/8052, 18 septembre 1970, §160(b).

²³⁷ CICR, « Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève, 24 mai – 12 juin 1971), rapports sur les travaux de la conférence », Genève, 1971, pp. 49-50.

propre. En effet, les conditions n'étant pas les mêmes que dans les conflits armés internationaux, l'analogie n'est pas parfaite et il ne serait pas judicieux d'importer le terme de « combattant » purement et simplement.

De plus, étant donné le refus persistant des États de supprimer la frontière normative entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux, une qualification différente constituerait peut-être un moyen de les faire accepter cette nouveauté : ainsi toute impression selon laquelle les groupes armés rebelles et les forces gouvernementales seraient sur un pied d'égalité serait évitée²³⁸.

§2. Le terme « combattant irrégulier légal »

Par opposition aux « combattants réguliers » qui forment les forces gouvernementales, il conviendrait de nommer « combattants irréguliers » les rebelles des groupes armés organisés²³⁹. Ces notions ne sont pas nouvelles et sont généralement acceptées. Ainsi, H. MEYROWITZ – après avoir souligné le caractère coutumier de ces expressions – donne une définition de « combattant irrégulier » en tant qu'« *individus [...] qui participent aux hostilités sans faire partie de l'armée ou de formations assimilées à l'armée. Il ressort de cette définition généralement acceptée que l'élément d'irrégulier ne comporte ni jugement dépréciatif ni de présomption d'illégalité*²⁴⁰ ». Le caractère légal ou illégal du combattant irrégulier dépendra du fait d'avoir respecté ou non les conditions susmentionnées²⁴¹. Ainsi, le « combattant irrégulier légal » est l'individu appartenant à un groupe armé rebelle organisé combattant dans un conflit armé non international qui aurait respecté les règles de droit international humanitaire, et qui, dès lors, devrait se voir octroyer l'immunité du combattant.

Section 2 : Clauses de « sauvegarde » du droit international humanitaire

Sous-section 1 : Clauses existantes

§1. Différentes clauses

La clause de sauvegarde du droit international humanitaire n'est pas une création juridique nouvelle. En effet, elle existe tant dans des traités internationaux et régionaux que dans des législations nationales.

Premièrement, au niveau régional, l'Union européenne a lancé l'initiative dans ce domaine en Europe grâce à sa décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme: le considérant 11 du préambule prescrit que « *La présente décision-cadre ne régit*

²³⁸ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op.cit., p. 350.

²³⁹ Ibid., p. 350.

²⁴⁰ H. MEYROWITZ, « Le statut des guérilleros dans le droit international », *JDI*, 1973, pp. 885-886.

²⁴¹ G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op.cit., p. 351.

*pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit, et les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international*²⁴² ». Elle a été remplacée par une Directive du 15 mars 2017 qui indique la même chose dans son préambule²⁴³. De la sorte, l'Union européenne a créé une clause d'exclusion des infractions terroristes – qui n'est pas contraignante, puisqu'elle se trouve dans les considérants. De plus, des clauses formulées de manière similaire apparaissent dans des actes internationaux concernant la lutte contre le terrorisme²⁴⁴.

Deuxièmement, au niveau national, l'article 141bis du Code pénal belge est le résultat de la législation européenne et prévoit que « *Le présent titre ne s'applique pas aux activités des forces armées en période de conflit armé, tels que définis et régis par le droit international humanitaire, ni aux activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, pour autant qu'elles soient régies par d'autres règles de droit international* »²⁴⁵. Cette législation est étonnamment remarquable étant donné son champ d'application – théorique²⁴⁶ – exceptionnellement large. Le législateur canadien, quant à lui, a préféré limiter la portée de la clause en excluant uniquement les actes licites du droit international humanitaire²⁴⁷.

§2. Ratio legis des clauses de sauvegarde

Tout d'abord, il est important de noter que l'insertion d'une telle clause n'a pas pour effet de créer une impunité. Il s'agit plutôt d'éviter la superposition de règles distinctes et de respecter la spécificité du droit international humanitaire²⁴⁸. En effet, le droit international

²⁴² Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.C.E.*, L164, 22 juin 2002, pp. 3 et s., préambule, al. 11.

²⁴³ Directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L88, 31 mars 2017, pp. 6 et s., préambule, al. 37.

²⁴⁴ V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite « *Sharia4Belgium* » et l'article 141bis du Code pénal belge », in A. JACOBS et D. FLORE (éds.), *Les combattants européens en Syrie*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 85 ; Voy. à titre d'exemple, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, New-York, 15 décembre 1997, entrée en vigueur le 23 mai 2001, *RTNU*, vol. 2149, pp. 256 et s., article 19, §2, p. 302 ; Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, New-York, 13 avril 2005, entrée en vigueur le 7 juillet 2007, *RTNU*, vol. 2445, pp. 89 et s., article 4, §2, p. 152 ; « Projet de convention générale sur le terrorisme international », A/59/894, 12 août 2005, art. 20, §2., etc.

²⁴⁵ Art.141bis, Code pénal, inséré par la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, entrée en vigueur le 8 janvier 2004, *M.B.*, 29 décembre 2003, p. 61689.

²⁴⁶ Il est important de souligner que les juridictions belges ont réduit le champ d'application de cet article. Voy. notamment, O. VENET, « Infractions terroristes et droit humanitaire », *op.cit.*, pp. 169-172.

²⁴⁷ Code criminel, L.R.C., 1985, ch. C-46, Partie II. Infractions terroristes, 83.01 (1), b), disponible sur <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/> (consulté le 15 mai 2018).

²⁴⁸ V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite « *Sharia4Belgium* » et l'article 141bis du Code pénal belge », *op. cit.*, p. 89 ; O. VENET, « Infractions terroristes et droit humanitaire », *J.T.*, 2010, n°11, p. 169.

humanitaire prévoit lui-même des infractions, parfois différentes de celles prévues par les législations nationales. Ainsi, ce n'est pas parce qu'une matière a été exclue des juridictions nationales qu'elles ne pourront pas faire l'objet d'infractions au niveau international, le cas échéant²⁴⁹. Concernant l'article 141bis du Code pénal belge, la doctrine soulignait alors que « *l'exclusion des forces armées en période de conflit armé ne signifie pas l'impunité des forces armées pour les exactions commises, mais simplement que celles-ci devront être poursuivies conformément aux dispositions applicables du droit international humanitaire*²⁵⁰ ».

Ensuite, une seconde raison justifiant ces clauses est le risque que les États délégitiment les membres des groupes armés organisés en utilisant abusivement le concept de « terrorisme »²⁵¹. La clause d'exclusion permet alors de rendre le droit international humanitaire exclusivement compétent pour juger ces actes et d'éviter ainsi que des décisions juridiques soient prises en étant guidées par des considérations politiques.

Sous-section 2 : Application à la participation aux hostilités

§1. Extension de la ratio legis

L'analyse des motivations qui ont poussé à adopter ces clauses de sauvegarde met en avant deux raisons principales : la spécificité du droit international humanitaire et le risque de délégitimation des groupes rebelles. Ainsi, les États – de manière singulière, comme la Belgique ou le Canada, ou de manière collective – se sont imposé des limites quant aux possibilités de poursuites. Or, ces raisons ne sont pas moins pertinentes dans le cadre de la participation à un conflit armé non international que dans le cadre de terrorisme en temps de guerre. Quelle justification permet-il de limiter ce type de clause aux seuls actes de terrorisme ? Il est donc possible d'entrevoir une possibilité de limitation similaire via l'introduction d'une clause de sauvegarde du droit international humanitaire – ou d'exclusion des actes de participation dans un conflit armé non international (aux conditions émises précédemment).

En outre, concernant plus particulièrement la législation canadienne, il est intéressant de revenir sur la limitation de l'exclusion des seuls actes considérés licites du droit international humanitaire : ainsi, les actes de guerre illicites pourront être considérés comme des actes terroristes. Ceci peut s'expliquer par une *ratio legis* comparable à celle qui sous-tend l'envie d'exclure de l'octroi du privilège du combattant les groupes armés n'ayant pas respecté le droit

²⁴⁹ O. VENET, « Infractions terroristes et droit humanitaire », *op.cit.*, p. 169.

²⁵⁰ D. FLORE, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : genèse, principes et conséquences », in *Questions d'actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 211.

²⁵¹ V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite « Sharia4Belgium » et l'article 141bis du Code pénal belge », *op. cit.*, p. 90.

international humanitaire : l'introduction d'un incitant à respecter les obligations du droit international humanitaire.

§2. Création d'une clause d'exclusion au niveau international

Ainsi, il s'agirait d'insérer une clause dans le droit international humanitaire qui aurait pour effet d'exclure, en temps de conflit armé non international, la possibilité pour les autorités nationales de sanctionner en tant qu'infraction terroriste le fait, pour des membres de groupes armés organisés, d'avoir participé aux hostilités. Puisqu'en droit international humanitaire, il n'existe aucune infraction concernant le fait d'avoir pris les armes et d'avoir participé aux hostilités pour les groupes rebelles (voy. *supra*), il n'y aura donc pas d'infraction commise, ni de possibilité de poursuivre pénalement les membres des groupes armés pour ces faits. En outre, puisque les groupes armés rebelles sont incontestablement liés par les obligations du droit international humanitaire (voy. *supra*), en cas de violation de ce dernier, il sera donc possible de les poursuivre pour crimes de guerre.

Toutefois, certaines questions surgissent, concernant notamment la mise en application de cette clause ou la possibilité d'instaurer une obligation de ce type pour les États au niveau international. De plus, le fait d'obliger les États à introduire une telle clause n'est-il pas, *in fine*, analogue à l'introduction d'un privilège de belligérance conditionné similaire au statut du combattant prévu pour les conflits armés internationaux ?

Quoi qu'il en soit, la pertinence des clauses de sauvegarde du droit international humanitaire se reflète dans l'apport d'une nouvelle pratique mondiale soulignant le besoin de soustraire aux autorités nationales le pouvoir de juger certains actes commis en temps de conflit armé international ou non international.

CONCLUSION

L'objet de cette contribution était de déterminer s'il était concevable – et désirable – d'octroyer une immunité du combattant aux membres des groupes armés rebelles dans le but d'améliorer le respect du droit international humanitaire et ainsi la protection des civils dans les conflits armés non internationaux.

Pour répondre à cette question, le premier titre s'est tout d'abord penché sur la naissance du statut du combattant dans les conflits armés internationaux ainsi que sur le passé historique du cadre juridique international. En ce qui concerne les conflits armés internationaux, ce sont les Conventions de Genève, en 1949, qui ont donné naissance à la notion de « combattant » telle qu'elle existe aujourd'hui, liée à l'immunité contre les poursuites judiciaires. À propos des conflits armés non internationaux, les débats menant à l'adoption des différentes conventions et protocoles ont continuellement été marqués par la réticence des États à reconnaître un quelconque statut aux rebelles des groupes armés non gouvernementaux. Comment pourraient-ils admettre que le droit international s'immisce dans leur domaine réservé ? Ainsi, un statut du combattant pour ces rebelles n'a jamais intégré les règles de droit international humanitaire. Néanmoins, la reconnaissance de belligérance qui existait auparavant – désormais tombée en désuétude – représente la première pratique tendant à reconnaître juridiquement les insurgés et à leur octroyer des droits et obligations, moyennant le respect du droit international humanitaire. De plus, la pratique internationale des États et des groupes armés, ainsi que la pratique des cours et tribunaux, ont eu pour effet de rapprocher le régime des conflits armés non internationaux à celui des conflits armés internationaux. De plus en plus, des débats se sont soulevés à propos de l'octroi d'une immunité du combattant.

Ensuite, le deuxième titre a proposé une mise en lumière des différentes raisons en faveur de l'octroi d'un tel statut et des différents risques que cela comporte. Le premier chapitre s'est donc attelé à l'analyse de trois arguments favorables à un tel octroi : (i) remédier à l'asymétrie existante entre les Parties au conflit due au manque de ce privilège, (ii) améliorer l'applicabilité du principe de distinction et finalement (iii) créer un incitant à respecter le droit international humanitaire. Bien que chacun de ces arguments ait dû être nuancé, il ressort de notre analyse que l'octroi de ce statut est quoi qu'il en soit désirable puisqu'il permettrait tout d'abord de sauvegarder le principe d'égalité et de symétrie, de pallier l'absence des notions de « civils » et « combattants », responsable de la difficulté d'application du principe de distinction et, enfin, d'au minimum supprimer l'obstacle existant pour les groupes armés de respecter le droit international humanitaire. Il est à noter qu'à notre sens, il est pertinent

d'introduire une distinction entre des obligations de moyen et des obligations de résultat afin de tenir compte de la réalité du terrain et de rendre crédibles les obligations de droit international humanitaire. Le deuxième chapitre, quant à lui, a exposé les différents risques liés à l'octroi de ce statut : (i) les risques d'une sur-application pouvant mener à un amoindrissement de la protection envers les civils, (ii) les risques pour la stabilité politique de l'État ainsi que (iii) les tensions avec les droits de l'homme. L'analyse de ces risques a mis en avant la nécessité de ne pas octroyer le statut de manière automatique aux membres des groupes armés rebelles. En effet, pour éviter que les populations civiles ne perdent leur protection de manière trop rapide, il est recommandé de différencier clairement les combattants des non-combattants. Il faudra donc appliquer un seuil relativement élevé pour la détermination du combattant. En outre, afin de préserver la stabilité politique et de répondre au besoin de ne pas encourager le recours à la violence, il est nécessaire d'introduire un nouveau *jus contra bellum internum* spécifique aux conflits armés non internationaux – moyennant des sanctions proportionnées et individualisées. Finalement, à la suite de l'analyse des positions *a priori* antagoniques du droit à la vie et du privilège du combattant, nous remarquons que, *in fine*, l'un n'est pas exclusif de l'autre et que les positions peuvent être conciliées, notamment grâce à l'application des principes de nécessité et de proportionnalité en droit international humanitaire.

Enfin, le dernier titre de cette contribution a proposé des éléments devant être pris en compte dans la création d'un privilège du combattant dans les conflits armés non internationaux. Le premier chapitre a défini les différentes conditions attachées à l'octroi de ce privilège, à savoir : (i) être un groupe organisé sous un commandement responsable, (ii) appartenir à ce groupe armé et (iii) respecter le droit international humanitaire. Tout d'abord, il a été question du champ d'application : il faut octroyer ce privilège uniquement aux groupes armés qui disposent d'une organisation interne, au sens de l'article 3 commun, et d'un commandement responsable, dans le but d'inciter les groupes à s'organiser et de permettre une application rapide du droit international humanitaire. Ensuite, seuls les membres des groupes armés peuvent se voir octroyer le statut. L'appartenance au groupe armé peut être *de jure* – appartenance formelle – ou *de facto* – appartenance basée sur différents critères, comprenant le critère fonctionnel du CICR. Cela permet alors de répondre au risque de la sur-application. Enfin, la condition *sine qua non* de cet octroi est le respect du droit international humanitaire. Le deuxième chapitre s'est concentré sur des éléments plus concrets. Premièrement, quelle que soit la forme que le privilège pourrait prendre, deux éléments devraient être mis en place. D'une part, un décideur neutre et objectif – différent de l'État sur lequel le conflit se présente – chargé de trancher objectivement les conflits concernant la réunion des conditions et, d'autre part, une

dénomination nouvelle différente de celle du combattant – le terme « combattant irrégulier légal » a été proposé. Deuxièmement, nous avons étudié une des formes que pourrait prendre l'immunité du combattant : une clause de sauvegarde du droit international humanitaire au niveau international. Cette proposition, encore trop peu étudiée actuellement, possède certainement quelques limites ; néanmoins il est indéniable qu'il s'agirait là d'une voie vers une solution nouvelle.

Ainsi, dans la recherche du juste équilibre entre la nécessité d'accorder le privilège du combattant dans les conflits armés non internationaux et la préservation de la paix publique, différents constats sont à tirer. Premièrement, la situation désastreuse lors des conflits armés non internationaux exige de la communauté internationale qu'elle sorte de sa paralysie quasi totale au regard de la réglementation de ces situations. Deuxièmement, il est indispensable de créer un statut obligatoire au niveau international. En effet, les résultats liés à la possibilité d'une amnistie ou de la reconnaissance de belligérance – tous deux dépendant de la volonté de l'État – ne sont que minimes. Troisièmement, l'octroi pur et simple de ce privilège constituerait une solution problématique : afin d'éviter de sérieux risques concernant la protection des civils ou la stabilité politique de l'État, le privilège du combattant doit obligatoirement être assorti de conditions. Quatrièmement, il est nécessaire de mettre à charge d'un acteur international neutre la fonction de déterminer si les conditions sont remplies et si l'État a l'obligation d'octroyer le statut. Cinquièmement, à l'égard de la forme de cette immunité, plusieurs solutions sont possibles, notamment un privilège de belligérance comparable à celui existant dans le régime des conflits armés internationaux ou encore une clause de sauvegarde du droit international humanitaire.

Néanmoins, la question cruciale est de savoir ce que les États seront prêts à accepter et à quel moment. Car, malheureusement, ce sont aujourd'hui les seuls acteurs possédant un rôle normatif réel dans ce domaine sur le plan international. Toutefois, en amont de cette problématique subsiste une lacune manifeste du droit international humanitaire : la définition exacte du conflit armé non international et la compétence de déclarer l'état de conflit armé non international. En effet, l'entière application du droit international humanitaire est dépendante de cette définition et, malheureusement, pour l'éviter, trop d'États refusent encore de reconnaître que les conflits se sont mués en conflits armés non internationaux.

« L'histoire enseigne aux hommes la difficulté des grandes tâches et la lenteur des accomplissements, mais elle justifie l'invincible espoir. L'histoire humaine n'est qu'un effort incessant d'invention, et la perpétuelle évolution est une perpétuelle création. » JEAN JAURÈS

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

Monographies

- AIVO G., *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- BOUCHET-SAULNIER F., *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 2000.
- CICR, *Commentaire à la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, 2018, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/365?OpenDocument> (consulté le 15 mai 2018)
- CICR, *Commentaire à la Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, Genève, 2017, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/370?OpenDocument> (consulté le 15 mai 2018).
- CICR, *Commentaire au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, Genève, 1987, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/475?OpenDocument> (consulté le 15 mai 2018).
- CRAWFORD E., *The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict*, New-York, Oxford University Press, 2010.
- CULLEN A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- DE HEMPTINNE J. et D'ASPREMONT J., *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2012.
- DE PREUX J., *Commentaire à la Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1958.
- GAGGIOLI G., *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris, Pedone, 2013.
- HENCKAERTS J.-M., DOSWALD-BECK L., *Droit international coutumier, Volume I: Règles*, CICR, Bruylant, Bruxelles, 2006.

- KOLB R., *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, Bâle, Helbing-Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- KOLB R., HYDE R., *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2008.
- MACK M., *Increasing respect for International Humanitarian Law in non-international armed conflicts*, CICR, Genève, 2008.
- MCMAHAN J., *Killing in War*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- MELZER N., *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009.
- PERNA L., *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*, Leiden, Nijhoff, 2006.
- PICTET J., *Commentaire à la Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952.
- PICTET J., *Commentaire à la Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, CICR, Genève, 1959.
- PICTET J., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- SASSÒLI M. ET BOUVIER A., *Un droit dans la guerre ? vol. I.*, Genève, CICR, 2003.
- SIVAKUMARAN S., *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SIPRI, *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- STEFANESCO L., *La guerre civile et les rapports des belligérants*, thèse, Paris, 1903

Ouvrages collectifs

- ABI-SAAB G., « Les conflits armés non internationaux », in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, Pedone, UNESCO, Institut Henry Dunant, Genève, 1986, pp. 251-277.
- CASSESE A., « Should Rebels be Treated as Criminals? Some Modest Proposals for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane », in *Realizing Utopia, the Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 519-524.

- FLORE D., « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : genèse, principes et conséquences », in *Questions d'actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 208-225.
- KOLB R., « Le droit international public et le concept de guerre civile depuis 1945 », in *Relations internationales*, 2001, n°105, pp. 9-29, disponible sur <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44884> (consulté le 5 mars 2018).
- KOUTROULIS V., « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite « Sharia4Belgium » et l'article 141bis du Code pénal belge », in A. JACOBS et D. FLORE (éds.), *Les combattants européens en Syrie*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 85-103.
- MELZER N., « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict », in *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 508-518.
- MÉGRET F., « Should Rebels Be Amnestied? », in *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 519-541.
- SASSÒLI M., « Combattants et Combattants illégaux », in Chetail, V. *Permanence et Mutation du Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 151-184.
- SASSÒLI M., « *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello*: The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare – Crucial or Outdated? », in *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultiness, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, ed. M. N. SCHMITT et J. PEJIC, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden et Boston, 2007, pp. 241-264.

Articles

- BITTEL R., « The Concept of Combatant in Contemporary International Humanitarian Law », *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, 2002, vol. 2, pp. 134-146.
- CORN G., «Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors», *Stanford Law and Policy Review*, 2011, vol. 22, pp. 253-294.
- CORN G., JENKS C., « Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 33, No. 2, 2011, pp. 313-362.

- DOSWALD-BECK L., « The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers? », *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 88, n°864, 2006, pp. 881-904.
- 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'étranger*, Paris, 1958, pp. 613-675.
- LOOTSTEEN Y. M., « The Concept of Belligerency in International Law », *Military Law Review*, n° 166, 2000, pp. 109-141.
- JAKOVLJEVIĆ B., PATRNOGIĆ J., « The Urgent Need to Apply the Rules of Humanitarian Law to So-Called Internal Armed Conflicts », *Rev. Int. de la Croix-Rouge*, vol. 1, n°5, 1961, pp. 250-257.
- KREß C. et MÉGRET F., « Debate: The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts? », *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 96, n° 893, 2014, pp. 29-66.
- KRETZMER D., « Rethinking the application of IHL in non-international armed conflicts », *Israel Law Review*, vol. 42, n°8, 2009, pp. 8-45.
- MEYROWITZ H., « Le statut des guérilleros dans le droit international », *JDI*, 1973, pp. 875-923.
- OHLIN J.D., « The Combatant's Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts », *Yale Journal of international Law*, 2015, vol. 40, pp. 337-392.
- PARSONS R. J., «Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future», *Homeland & National Security Law Journal*, vol. 1, n°1, 2013, pp. 1-54.
- SASSÒLI M., « Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law », *Journal of International humanitarian legal studies*, 2010, pp. 5-51.
- SASSÒLI M. et SHANY Y., «Debate: Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal? », *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 93, n°882, 2011, pp. 425-436.
- SCHINDLER D., « The different types of armed conflicts according to the Geneva conventions and protocols (Volume 163) », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, disponible sur

http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028609303.117_164 (consulté le 2 mai 2018).

- SOMER J., « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *Rev. int. de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, 2007, pp. 655-690.
- VENET O., « Infractions terroristes et droit humanitaire », *J.T.*, 2010, n°11, pp. 169-172.
- WATKIN K., « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and The ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretive Guidance », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n°641, 2010, pp. 641-695.

LEGISLATION

Législation internationale

- Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, signée à Genève le 22 août 1864.
- Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, signée à Saint Pétersbourg le 11 décembre 1868.
- Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 29 juillet 1899
- Déclaration (IV,2) concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, signée à La Haye le 29 juillet 1899
- Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités, signée à La Haye le 18 octobre 1907
- Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 18 octobre 1907
- Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 27 juillet 1929
- Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, signée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952, p. 6822.
- Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, signée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952, p. 6822.

- Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952, p. 6822.
- Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952, p. 6822.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New-York, le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983, p. 8806.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, *M.B.*, 7 novembre 1986, p. 15196.
- Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, faite à Genève, le 10 octobre 1980, approuvée par la loi du 6 décembre 1994, *M.B.*, 26 février 1998, p. 5275.
- Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, faite à Oslo, le 18 septembre 1997, approuvée par la loi du 10 août 1998, *M.B.*, 18 décembre 1998, p. 40223
- Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, New-York, 15 décembre 1997, entrée en vigueur le 23 mai 2001, *RTNU*, vol. 2149, pp. 256 et s.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998, approuvé par la loi du 25 mai 2000, *M.B.*, 1^{er} décembre 2000, p. 40367.
- Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, New-York, 13 avril 2005, entrée en vigueur le 7 juillet 2007, *RTNU*, vol. 2445, pp. 89 et s.

Législation régionale

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de ses libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

- Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, le 22 novembre 1969.
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi, le 28 juin 1981.
- Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.C.E.*, L164, 22 juin 2002, pp. 3 et s., préambule, al.11.
- « Projet de convention générale sur le terrorisme international », A/59/894, 12 août 2005.
- Directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L88, 31 mars 2017, pp. 6 et s., préambule, al. 37.

Législation nationale

- Code criminel, L.R.C., 1985, ch. C-46, Partie II. Infractions terroristes, 83.01 (1), b), disponible sur <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/> (consulté le 15 mai 2018).
- Art.141bis, Code pénal, inséré par la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, entrée en vigueur le 8 janvier 2004, *M.B.*, 29 décembre 2003, p. 61689.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence internationale

- TPIY, *Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf> (21 mars 2018).
- TPIY, *Procureur c. Kupreškić et autres*, IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf> (consulté le 21 mars 2018).
- TPIY, *Procureur c. Mile Mrkšić et Veselin Sljivančanin*, IT-95-13/1-A, arrêt, 5 mai 2009, disponible sur <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/fr/090505.pdf> (consulté le 21 mars 2018).
- CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1996, 8 juillet 1996, disponible sur <http://www.icj-cij.org> (consulté le 9 avril 2018).

- C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil, 9 juillet 2004, disponible sur <http://www.icj-cij.org> (consulté le 9 avril 2018).

Jurisprudence nationale

- High Court of Justice of Israel, *The Public Committee Against Torture in Israel et al v. the Government of Israel*, HCJ 769/02, 14 décembre 2006, disponible sur http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.htm (consulté le 6 mai 2018).
- United States Supreme Court, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), No. 05.184, 29 June 2006, disponible sur <http://www.supremecourt.gov/> (consulté le 21 mars 2018)
- Military Commission, *United States of America v. Omar Ahmed Khadr*, 13 octobre 2010.

AUTRE

Comité international de la Croix-Rouge

- CICR, *Les Conventions de Genève de 1949 et leur Protocoles additionnels*, Genève, 1^{er} janvier 2014, disponible sur <https://www.icrc.org/fr/document/conventions-geneve-1949-protocoles-additionnels> (consulté le 3 mars 2018).
- CICR, *Les Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève*, Genève, 1^{er} octobre 2009, disponible sur <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm> (consulté le 5 mars 2018).
- CICR, « Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève, 24 mai – 12 juin 1971), rapports sur les travaux de la conférence », Genève, 1971, pp. 49-50.

Organisation des Nations Unies

- Conseil de sécurité, « Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils en période de conflit armé », doc. ONU S/2016/446, 13 mai 2016, disponible sur <http://undocs.org/fr/S/2016/447> (consulté le 18 mai 2018).
- Assemblée Générale des Nations Unies, « Résolution 2444 sur le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », doc. ONU A/RES/2444(XXIII), 19 décembre 1968, disponible sur

[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2444\(XXIII\)&Lang=E](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2444(XXIII)&Lang=E) (consulté le 9 avril 2018).

- Comité dr. h., « Observation générale n°31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 mars 2004, §11, disponible sur http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=fr&TreatyID=8&DocTypeID=11 (consulté le 10 avril 2018).

International Law Association Committee on the Use of Force

- International Law Association Committee on the Use of Force, Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, Conférence de La Haye sur l'usage de la force, 2010, p. 30.

Divers

- Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), United States War Department, signé le 24 avril 1863.
- Département politique fédéral, « Official Records of the Diplomatic Conference of the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977) », Berne, 1978, vol. VII, vol. VIII et vol. X.
- Département politique fédéral, « Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977) », Berne, 1978, vol. XIV.
- Sarkees, M. REID and F. WAYMAN, Resort to War: 1816 – 2007, Washington DC: CQ Press, 2010, disponible sur <http://www.correlatesofwar.org> (consulté le 20 mars 2018).

ANNEXE I

Article 3 commun aux quatre 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 prohibés, 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 ;
- 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.

2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés.

Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.

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.

L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit. »

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

