Réunion d'Experts

L'Usage de la Force
Dans les Conflits Armés

Interaction entre le paradigme de la conduite des hostilités et le paradigme du maintien de l'ordre
Traduit de l’anglais.
Dans le passé, l’usage de la force par les belligérants était considéré comme étant presque exclusivement régi par le paradigme de la conduite des hostilités. La force était employée contre des combattants ennemis que l’on pouvait clairement distinguer de la population civile. Quand l’usage de la force visait à maintenir ou rétablir la sécurité publique, il était considéré comme une tâche interne, dévolue à la police. Aujourd’hui, dans les situations de conflit armé, les forces armées sont de plus en plus souvent appelées à conduire des opérations de combat contre l’adversaire tout en intervenant pour faire régner la loi et l’ordre. Parmi les différentes raisons pouvant expliquer la situation actuelle, deux méritent d’être relevées ici.

D’une part, les conflits armés contemporains sont majoritairement des conflits armés non internationaux. Dans ces situations, l’État belligérant emploie la force contre des membres d’un groupe armé organisé qui, souvent, sont en même temps considérés comme des criminels au regard de la législation interne. Sous l’angle du droit international humanitaire (DIH), les membres d’un groupe armé organisé constituent des cibles légitimes qui peuvent être attaquées selon les règles de la conduite des hostilités. Toutefois, le paradigme du maintien de l’ordre pourrait être considéré comme également pertinent étant donné qu’en fin de compte, si la force est employée contre des membres d’un groupe armé organisé, c’est pour maintenir ou rétablir la sécurité publique. De plus, la lutte anti-insurrectionnelle se mène parfois loin du champ de bataille lorsque les membres d’un groupe armé organisé ne sont pas engagés dans des opérations militaires. Le paradigme du maintien de l’ordre peut apparaître alors comme le régime le mieux à même de minimiser les pertes dans la population de l’État belligérant.

D’autre part, dans les conflits armés contemporains, les opérations militaires se déroulent de plus en plus souvent au sein même de la population ; les adversaires se mêlent à la population civile. Il peut donc être parfois extrêmement difficile, sur un plan purement pratique, de différencier la population civile des combattants ennemis, des membres d’un groupe armé organisé et des civils qui participent directement aux hostilités. Des troubles civils ou d’autres violences – telles que des émeutes, par exemple – peuvent aussi éclater alors même que des opérations de combat sont en cours contre l’adversaire. De plus, les situations de conflit armé actuelles sont extrêmement volatiles. Des troubles civils survenant dans le contexte d’un conflit armé peuvent très rapidement se transformer en situation de combat effective. Il peut alors être difficile de déterminer quel paradigme s’applique à l’usage de la force.

Le droit international ne répond pas toujours de manière claire et directe à ces questions. Quand les instances chargées de surveiller l’application des instruments des droits de l’homme sont appelées à se prononcer sur la manière dont la force a été employée dans une situation de conflit armé non international ou dans un contexte d’occupation, leur raisonnement est de plus en plus souvent axé sur l’application des lois et le maintien de l’ordre public. Or, dans le domaine des droits de l’homme, la pratique est souvent basée sur des cas individuels, dont il peut être difficile de tirer des conclusions générales valables. Cela est d’autant plus vrai que, s’agissant de l’usage de la force dans les conflits armés, la pratique la plus intéressante est celle des instances régionales, telles que la Cour européenne des droits de l’homme ou la Cour interaméricaine des droits de l’homme. Des juristes éminents proposent des approches et des interprétations divergentes, parfois même contradictoires. Certains experts estiment que, dans les situations de conflit armé, c’est le paradigme de la conduite des hostilités – en tant que lex specialis gouvernant l’usage de la force – qui doit prévaloir sur le paradigme du maintien de l’ordre. D’autres experts affirment au contraire que les principes et règles relatifs à la conduite des hostilités lors d’un conflit armé non international sont insuffisamment clairs et précis que, par conséquent, le paradigme du maintien de l’ordre doit prévaloir. D’autres experts encore estiment que les circonstances concrètes jouent un rôle décisif. À leur avis, par exemple, la localisation de la situation (à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit) peut constituer l’un des éléments permettant de définir le paradigme pertinent. Enfin, deux autres critères sont retenus par certains experts en tant que circonstances déterminantes. Ce sont d’une part, le degré de contrôle exercé sur la zone dans laquelle la force est employée et, d’autre part, l’intensité de la violence qui règne dans cette zone.

Il est donc difficile de savoir quel paradigme gouverne l’emploi de la force dans différentes situations de conflit armé. Ce manque de clarté est d’autant plus regrettable que les États belligérants sont régulièrement confrontés à ce problème. Certains États ont donc mené une réflexion dans le but d’aider leurs forces armées à déterminer quel paradigme doit régir l’usage de la force : celui de la conduite des hostilités ou celui du maintien de l’ordre. D’autres États sont réticents à reconnaître la pertinence de jure des opérations de maintien de l’ordre dans les situations de conflit armé. Ces mêmes États appliquent toutefois de plus en plus souvent des procédures d’escalade de la force pour régler un certain nombre de situations rencontrées, par exemple, aux postes de contrôle ou lorsque leurs forces armées sont attaquées (ou sur le point de l’être) par des individus non identifiés. Les conflits armés récents
foisonnent d’exemples de situations où il serait difficile de répondre clairement à la question de savoir quel paradigme régit l’usage de la force. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) rencontre souvent cette problématique dans le cadre de son dialogue juridique opérationnel avec les États belligérants.

Afin de garantir l’application adéquate du droit international, il convient de trouver des solutions qui soient efficaces en théorie et en pratique. La détermination effective du régime juridique applicable n’est pas uniquement une question théorique qui intéresse les spécialistes du droit international et les experts militaires. Au contraire, elle peut avoir un impact capital sur les conséquences humanitaires d’une opération en raison de son effet direct sur le nombre de personnes tuées ou blessées. Les deux paradigmes régissant l’usage de la force dans les conflits armés ont en effet des contenus différents. Sous le paradigme de la conduite des hostilités, il n’est pas interdit de tuer des individus qui constituent des cibles légitimes, à condition que soient respectés notamment les principes de proportionnalité et de précaution. Sous le paradigme du maintien de l’ordre, l’usage de la force létale est interdit, sauf en dernier recours, en cas de menace sur la vie, quand d’autres moyens disponibles restent sans effet ou ne permettent pas d’escompter le résultat désiré. Par ailleurs, le paradigme de la conduite des hostilités tolère davantage de pertes « incidentes » en vies humaines que celui du maintien de l’ordre. Les implications des deux paradigmes sont également très différentes en termes de planification. Par exemple, contrairement à celui du maintien de l’ordre, le paradigme de la conduite des hostilités ne prévoit pas l’emploi, dans toute la mesure du possible, d’armes dites « à létalité réduite ». De plus, se démarquant en cela du droit des conflits armés, le régime du maintien de l’ordre implique l’obligation d’enquêter au moins chaque fois qu’il y a une allégation de violation du droit à la vie.

L’environnement opérationnel et juridique décrit ci-dessus a convaincu le CICR de la nécessité d’une clarification, le but étant d’établir dans quels types de cas l’usage de la force relevait soit de la conduite des hostilités soit du maintien de l’ordre. Pour cette raison, et dans le cadre de ses activités visant à réaffirmer le DIH et à en clarifier l’interaction avec d’autres branches du droit international, le CICR a organisé une réunion d’experts en janvier 2012. Cette réunion avait pour but de faire la lumière sur la problématique en question via cinq études de cas illustrant certains problèmes concrets, tant juridiques que pratiques, rencontrés sur le terrain. Certes, toutes les situations décrites se déroulent lors de conflits armés non internationaux ; néanmoins, dans une large mesure, les enseignements à en tirer s’appliquent également aux conflits armés de caractère international. Lors de la réunion, les experts ont abordé la problématique sous un angle global. Ils ont examiné à la fois les problèmes qui se présentent pendant l’exécution d’une opération (au moment même où la force est employée) et les questions qui se posent avant et après l’usage de la force, notamment les questions de planification et d’enquête.

Le présent rapport ne prétend pas exposer les points de vue juridiques du CICR sur ces questions. Il a pour but de rendre compte des débats captivants qui ont eu lieu pendant la réunion.

Le CICR espère que ce document contribuera à clarifier certains aspects, parmi les plus importants, de l’interaction entre le paradigme de la conduite des hostilités et celui du maintien de l’ordre, et qu’il aidera ainsi à façonner le débat sur les problèmes juridiques et politiques liés à l’usage de la force dans les situations de conflit armé.

Knut Dörmann
Chef de la Division juridique
Comité international de la Croix-Rouge
REMERCIEMENTS

Le présent rapport est une publication officielle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR).

Il est le fruit de la réunion d’experts organisée en janvier 2012 sur le thème « L’usage de la force dans les conflits armés : interaction entre paradigme de la conduite des hostilités et paradigme du maintien de l’ordre ».

La conceptualisation, la rédaction et la publication du rapport n’ont été possibles que grâce à l’engagement et aux contributions d’un grand nombre de personnes.

Nous voudrions tout d’abord exprimer notre gratitude aux experts qui ont participé à la réunion à titre personnel. Leur engagement et leur compétence ont permis de faire la lumière sur les aspects juridiques et pratiques les plus complexes de la relation entre les paradigmes qui régissent l’usage de la force dans les conflits armés, ayant ainsi grandement contribué à la clarification de cette problématique.

Nous souhaitons également dire toute notre reconnaissance à Mme Gloria Gaggioli, conseillère juridique à la Division juridique du CICR. Chargée de l’organisation de la réunion, elle a ensuite assuré la préparation et la rédaction finale du présent rapport.

Nous voudrions enfin remercier sincèrement tous nos collègues au CICR qui ont apporté un soutien apprécié à l’organisation et au suivi de la réunion d’experts de 2012 et qui ont participé à l’élaboration du présent rapport par leurs commentaires ou qui en ont permis la publication.

Knut Dürmann
Chef de la Division juridique
Comité international de la Croix-Rouge
INTRODUCTION

Dans une situation de conflit armé, deux ensembles normatifs distincts (« paradigmes ») régissent l'emploi – par les forces armées et par les agents de l'ordre public – de la force létale ou potentiellement létale. Si le paradigme de la conduite des hostilités est dérivé du droit international humanitaire (DIH), le paradigme du maintien de l'ordre est principalement dérivé du droit international relatif aux droits de l'homme (DIDH)1.

Dans de nombreuses situations de conflit armé actuelles, telles qu'elles se présentent en particulier dans les territoires occupés2 et dans le contexte d’un conflit armé non-international, les forces armées sont appelées à conduire de plus en plus souvent non seulement des opérations de combat contre l’adversaire, mais aussi des opérations visant à maintenir ou à rétablir l’ordre public. Les deux paradigmes peuvent aussi coexister lors d’un conflit armé non international, si une intervention étrangère a lieu avec l’accord de l’État hôte. Par exemple, l’État tiers intervenant conduit parfois des opérations de maintien de l’ordre avec l’accord de l’État territorial (ou hôte) afin d’aider ce dernier à maintenir ou à rétablir la loi et l’ordre ; de la même façon, un État tiers intervenant peut être amené à conduire des hostilités contre des membres d’un groupe armé organisé ennemi3 et des civils qui participent directement aux hostilités.

Dans le contexte d’un conflit armé, quelles sont les situations qui relèvent du paradigme de la conduite des hostilités ? Quelles sont les situations qui relèvent du paradigme du maintien de l’ordre ? La distinction n’est pas tout à fait clairement établie en droit international. Dans la pratique également, il peut être difficile de déterminer dans quelles situations l’un ou l’autre de ces paradigmes s’applique. Par exemple, dans un conflit armé non international, quand un État emploie la force contre des membres d’un groupe armé organisé, l’on peut considérer que cet État est simultanément engagé dans des hostilités et dans des opérations d’application de la loi (du fait que les membres d’un groupe armé organisé sont aussi fréquemment considérés comme des criminels au regard du droit national). De la même façon, une situation de troubles civils (émeutes, par exemple) peut parfois se présenter alors que se déroulent des opérations de combat contre l’adversaire. Il est même possible que les deux situations de violence se superposent (si, par exemple, des membres d’un groupe armé organisé se cachent parmi les émeutiers civils ou les manifestants). En ce cas, il peut devenir difficile de faire la distinction entre les membres d’un groupe armé organisé et les émeutiers civils, et donc d’identifier le paradigme pertinent.

Les deux paradigmes ayant un contenu différent, la détermination du régime pertinent est susceptible d’avoir un impact crucial sur les conséquences humanitaires d’une opération. Ainsi, en vertu du paradigme de la conduite des hostilités, il est permis de tuer des individus constituant des cibles légitimes ; par contre, en vertu du paradigme du maintien de l’ordre, les personnes suspectes doivent être « capturées plutôt que tuées », à moins que ces personnes ne représentent une menace imminente pour la vie. De plus, le paradigme de la conduite des hostilités tolère davantage de pertes « incidentes » en vies humaines que celui du maintien de l’ordre. Ces différences montrent que la détermination du paradigme pertinent a un impact direct sur la manière dont la force létale peut (ou non) être employée contre des individus. Il convient donc, en particulier lorsque ces deux régimes s’appliquent simultanément dans un même contexte, d’identifier les types de cas dans lesquels l’usage de la force relève soit du paradigme de la conduite des hostilités, soit de celui du maintien de l’ordre.

Souhaitant apporter un éclairage supplémentaire sur ces questions, le CICR a organisé une réunion d’experts les 26 et 27 janvier 2012 à Genève. La réunion a rassemblé vingt-deux professionnels et universitaires, venant de seize pays et participant à titre personnel, tous éminents spécialistes des questions liées à l’usage de la force. Les débats se sont tenus en anglais et conformément aux règles de Chatham House4.

1 Le présent rapport examine l’usage qui peut être fait de la force pendant un conflit armé ; la question de la licéité de l’usage de la force entre États (qui relève du jus ad bellum et qui est régi par la Charte des Nations Unies de 1945) n’est pas abordée ici.


4 Quand une réunion se déroule conformément aux règles de Chatham House, les participants sont libres d’utiliser les informations collectées à cette occasion, mais ne doivent révéler ni l’identité ni l’affiliation des intervenants, ni d’autres informations personnalités, http://www.chathamhouse.org/about-us/chathamhouserules.
Les experts ont tenté de déterminer où se situait la ligne de démarcation séparant le paradigme de la conduite des hostilités et celui du maintien de l’ordre dans une situation de conflit armé. Les conflits armés non internationaux ont particulièrement retenu l’attention, car c’est précisément dans leur contexte que la question de l’interaction entre les deux paradigmes revêt le plus d’importance. Dans les situations autres que les conflits armés (troubles et tensions internes, par exemple), la question ne se pose pas : le paradigme de la conduite des hostilités s’applique en effet uniquement aux conflits armés. En outre, bien que l’interaction entre les deux paradigmes ait également une incidence sur les attaques dirigées contre des objets, les débats ont porté exclusivement sur les attaques contre des personnes. Par ailleurs, la question a été analysée en se plaçant du point de vue des États. En effet, seuls les États sont liés de jure par le droit relatif aux droits de l’homme et doivent, dès lors, se conformer aux exigences que le DIDH impose à la conduite des opérations de maintien de l’ordre. La réunion d’experts de janvier 2012 n’a pas spécifiquement traité de la question de l’usage de la force par des groupes armés non étatiques. À noter également que le seul objet du présent rapport (et de la réunion dont il est issu) était l’usage de la force en tant que tel ; les questions liées à l’internement et à la détention en lien avec un conflit armé n’ont donc pas été abordées pendant les débats.

Un document d’information préparé par le CICR a été remis aux experts participant à la réunion. La question de l’usage de la force dans les conflits armés y était présentée dans son ensemble, à travers cinq études de cas pratiques :
• Étude de cas n°1 - Usage de la force contre des cibles potentielles (exemple d’un membre d’un groupe armé isolé dormant chez lui)
• Étude de cas n°2 - Émeutes (au cours desquelles les membres d’un groupe armé organisé et les civils se mêlent et se confondent)
• Étude de cas n°3 - Lutte contre la criminalité
• Étude de cas n°4 - Tentatives d’évasion et émeutes de détenus
• Étude de cas n°5 - Postes de contrôle

Les experts étaient invités à déterminer si, dans chacun des cas présentés, l’usage de la force relevait du paradigme de la conduite des hostilités ou, au contraire, de celui du maintien de l’ordre. Ils ont également examiné un certain nombre de questions juridiques pertinentes qui se posent avant et après l’utilisation effective de la force, notamment en relation avec la planification des opérations et l’ouverture d’enquêtes.

Le présent rapport vise, d’une part, à exposer la problématique en présentant les informations générales fournies aux experts ainsi que les études de cas examinées pendant la réunion et, d’autre part, à offrir un résumé de l’analyse et des points de vue des experts sur les différentes questions débattues.

Trois parties composent le rapport :

I. Fondements juridiques et spécificités des deux paradigmes en jeu.
II. Analyse des études de cas illustrant l’utilisation effective de la force.
III. Questions juridiques pertinentes qui se posent avant et après l’utilisation effective de la force (planification et enquêtes, notamment).

Enfin, une brève conclusion reprend un certain nombre de remarques issues des débats qui ont eu lieu pendant la réunion d’experts.

5 L’interaction entre le paradigme de la conduite des hostilités et celui du maintien de l’ordre est très différente selon que la force est employée contre des objets ou contre des personnes. En vertu du droit des droits de l’homme (DIDH), les questions liées à l’emploi de la force contre des personnes sont examinées au regard du droit à la vie ; les questions liées à l’emploi de la force contre des objets sont examinées au regard d’autres droits (tels que, par ex., le droit de propriété, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit au respect du domicile, etc.).

6 CICR, Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains, Genève, Suisse, octobre 2011, p. 16 et 17 (ci-après Rapport du CICR sur le DIH (2011)) : « (il existe cependant, en matière d’interaction entre le DIH et les droits de l’homme, d’importantes différences de caractère général qui méritent d’être mentionnées. La première est que les droits de l’homme ne lient juridiquement que les États, comme le démontre le fait que les traités et autres sources de normes dans le domaine des droits de l’homme ne créent pas d’obligations légales pour les groupes armés non étatiques. […] Il convient toutefois de noter une exception à ce qui vient d’être précisé : les cas où un groupe, généralement grâce à un contrôle stable du territoire, est en mesure d’agir comme une autorité étatique et où ses responsabilités en matière de droits de l’homme peuvent par conséquent être reconnues de facto». 

7 Les informations contenues dans le document de travail remis aux participants ont été intégrées dans le présent rapport.
L’ordre du jour de la réunion et la liste des participants figurent ci-joint (annexes 1 et 2). En annexe 3 figure une déclaration écrite de l’un des experts invités qui n’a pu participer à la réunion⁸. Les exposés présentés par trois experts lors de la séance d’introduction pour préciser et contextualiser le thème de la réunion ont été résumés (annexes 4, 5 et 6)⁹. Chaque fois que cela a paru utile, il a été fait mention dans le présent rapport des éléments essentiels des exposés et des débats qui leur ont fait suite.

⁸ Cette déclaration, rédigée par Mme Françoise Hampson, traite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (CréDH) relative à l’usage de la force.

⁹ Le premier exposé, celui du Colonel J. C. Gómez Ramírez, a porté sur l’emploi de la force dans le contexte du conflit armé en Colombie. L’orateur a notamment présenté un certain nombre de réflexions sur le Manuel de droit opérationnel colombien, ouvrage dont les auteurs ont tenté de répondre à la difficile question de la relation entre les paradigmes de la conduite des hostilités et du maintien de l’ordre. Le deuxième exposé, présenté par le Colonel Richard Gross, a porté sur l’emploi de la force dans les différentes phases du conflit en Afghanistan. Enfin, un tour d’horizon de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (CréDH) ayant trait à l’usage de la force a été présenté par Mme Olga Chernishova.
I. FONDEMENTS JURIDIQUES ET SPÉCIFICITÉS DES PARADIGMES EN JEU

Cette première partie vise à introduire le thème de la réunion et à le placer dans son contexte général avant de procéder à l’analyse des études de cas. Les régimes juridiques internationaux régissant l’usage de la force dans les conflits armés sont tout d’abord présentés. Les deux paradigmes en jeu – celui de la conduite des hostilités et celui du maintien de l’ordre – sont ensuite décrits. Enfin, les principales différences entre ces deux paradigmes sont mises en évidence. Les informations générales communiquées aux experts pour servir de base de discussion se trouvent ainsi résumées dans ces trois sections. Un certain nombre de remarques-clés formulées par les participants quant aux fondements juridiques et aux spécificités de chacun des deux paradigmes sont présentées dans la quatrième et dernière section.

A. LES RÉGIMES JURIDIQUES INTERNATIONAUX RÉGISSANT L’USAGE DE LA FORCE DANS LES CONFLITS ARMÉS

Sur le plan du droit international, deux ensembles normatifs – le droit des conflits armés, ou droit international humanitaire (DIH), et le droit international relatif aux droits de l’homme (DIDH) – régissent l’emploi de la force contre des personnes.

En ce qui concerne le DIH, les principes et règles relatifs à l’usage de la force sont principalement énoncés dans le Règlement de La Haye de 1907, dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève et, enfin, dans le DIH coutumier. En ce qui concerne le DIDH, le régime juridique régissant l’usage de la force contre des individus découle principalement du droit à la vie ; ce droit est protégé dans tous les traités généraux relatifs aux droits de l’homme ainsi que dans le droit coutumier.

Le DIH et le DIDH ont des champs d’application différents : le DIH ne s’applique que dans les situations de conflit armé, tandis que le DIDH s’applique en temps de paix comme en temps de guerre.

Pour être couvert par le DIH, l’emploi de la force doit, d’une part, avoir lieu dans une situation de conflit armé et, d’autre part, avoir un lien avec ce conflit armé. De plus, comme cela a été déclaré par le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (TPIY) dans l’arrêt Tadić, le DIH « continue de s’appliquer sur l’ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, c’est-à-dire sur l’ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, ou, dans le cas de conflits non internationaux, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie. »

10 Règlement de La Haye de 1907 [art. 22 à 28 et art. 43].
11 Protocole additionnel I (PA I) [art. 48 et suiv.]; Protocole additionnel II (PA II) [art. 13 et suiv.].
13 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) [art. 6]; Convention européenne des droits de l’homme (CEDH) [art. 2]; Convention américaine relative aux droits de l’homme (CADH) [art. 4]; Charte africaine des droits de l’homme et des peuples [art. 4].
15 Il existe, cependant, un point de vue minoritaire selon lequel le DIDH n’est pas applicable dans les situations de conflit armé. Voir, par ex., la position formulée par certains États à l’occasion de la publication de l’Avis consultatif sur les armes nucléaires rendu par la Cour internationale de Justice (CIJ), Voir : CIJ, Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, supra note 12 [§ 24]: « […] le pacte vise la protection des droits de l’homme en temps de paix, alors que les questions relatives à la privation illicite de la vie au cours d’hostilités sont régies par le droit international applicable dans les conflits armés. » Voir également la position de l’État d’Israël dans : Cour internationale de Justice, Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le Territoire palestinien occupé, 9 juillet 2004 [§ 102 à 110].
que des combats effectifs s'y déroulent ou non»16. Enfin, les règles de DIH lient d'une manière égale les États ou les groupes armés non étatiques.

S'agissant du droit international relatif aux droits de l'homme (DIDH), il est vrai qu'il peut être dérogé à certains droits «dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation»17. Toutefois, l'interdiction de la privation arbitraire de la vie ne souffre aucune dérogation : en découlent les limites imposées par le DIDH à l'emploi de la force contre des individus18. Il convient en outre de souligner ici que le champ d'application extraterritorial du DIDH19 a été accepté par les organes des droits de l'homme et par la Cour internationale de Justice20. À noter cependant que tous les États n'acceptent pas l'application extraterritoriale du DIDH21. En outre, la mesure exacte de la portée extraterritoriale du DIDH fait encore, à ce jour, l'objet d'un débat juridique.

Bien que le DIH et le DIDH aient des champs d'application différents, certains chevauchements existent, en particulier dans les situations d'occupation et de conflit armé non international. L'opinion majoritaire estime en effet que le DIDH est applicable dans ces situations étant donné qu'un contrôle suffisant est exercé sur le territoire. Les situations de conflit armé non international dans un contexte extraterritorial font néanmoins l'objet de davantage de débats, la portée extraterritoriale du DIDH étant controversée hors des contextes d'occupation et de détention22.

B. LES PARADIGMES EN JEU : CONDUITE DES HOSTILITÉS ET MAINTIEN DE L'ORDRE

Les fondements juridiques internationaux du paradigme de la conduite des hostilités et du paradigme du maintien de l'ordre se trouvent dans deux ensembles normatifs : le droit international humanitaire (DIH) et le droit international des droits de l'homme (DIDH).

16 TPIY, Le Procureur c. D. Tadić, supra note 12 [§ 70].
17 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) [art. 15]; Convention africaine des droits de l'homme (CADPH) [art. 27]. Néanmoins, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADPH) ne contient pas une telle disposition. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a donc estimé qu'aucune dérogation n'était possible. Voir : Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Commission nationale des droits de l'homme et des libertés c. Tchad, 11 octobre 1995 [§ 21].
18 PIDCP [art. 4.2]; CADPH [art. 27.2]. La CEDH constitue la seule exception : le droit à la vie y est considéré comme indérogable, «sauf pour le cas de décès résultant d'actes de guerre» [art. 15.2]. À ce jour, cette disposition n'a eu encore aucun impact réel dans la pratique de la CEDH, étant donné qu'aucun des États européens n'a dérogé au droit à la vie et que la CEDH n'a jamais invoqué cette exception proprement motu. La dérogation n'était possible. Voir : Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Commission nationale des droits de l'homme et des libertés c. Tchad, 11 octobre 1995 [§ 21].
19 Le débat sur le champ d'application extraterritorial des traités relatifs à des droits de l'homme est lié à l'interprétation de dispositions telles que, par ex., l'article 2.1 du PIDCP ou l'article premier de la CEDH.
20 Voir notamment : CIJ, Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, supra note 15 [§ 107 à 113]; Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation générale no 31/80: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 26 mai 2004, doc. NU CCPR/C/21/Rec.1/Add.13 [§ 10], p. 259; CrEDH, affaire Al-Skeini et autres c. Le Royaume-Uni, 7 juillet 2011 [§ 130 à 150]. Sur la jurisprudence de la CrEDH concernant sa compétence, voir la déclaration écrite de Mme Françoise Hampson (annexe 3) ainsi que le résumé de l'exposé de Mme Olga Cheremeshova (annexe 6).
Les règles essentielles du DIH régiissant la conduite des hostilités ont été conçues pour refléter la réalité des conflits armés. Elles reposent sur le postulat suivant : l’usage de la force létale est inhérent à la conduite de la guerre, le but ultime des opérations militaires étant de l’emporter sur les forces armées de l’ennemi. Le principe de distinction figure au premier rang des règles essentielles du DIH. Il stipule que les parties à un conflit armé doivent en tout temps établir une distinction entre, d’une part, les civils et les biens de caractère civil et, d’autre part, les combattants et les objectifs militaires (seuls ces derniers pouvant faire l’objet d’attaques). Par conséquent, les parties à un conflit armé ont le droit (ou tout au moins ne sont pas empêchées par le droit) d’attaquer leurs objectifs respectifs, y compris les membres des forces ennemies. En revanche, les actes de violence dirigés contre des personnes ou des biens civils sont illégaux. L’un des principaux buts du DIH est en effet de protéger les civils et les biens de caractère civil contre les effets des hostilités. Par le biais du principe de distinction, le DIH interdit également inter alia les attaques menées sans discrimination et les attaques disproportionnées. Le DIH oblige en outre les parties au conflit à prendre une série de mesures de précaution dans l’attaque, dans le but d’éviter, ou de réduire au minimum, les pertes et les dommages qui pourraient être causés incidemment à la population civile et aux biens de caractère civil. Ces trois principes — distinction, proportionnalité et précaution — peuvent être considérés comme constituant la partie principale du paradigme de la conduite des hostilités car ils réglementent les méthodes et moyens de combat.


23 PA (art. 48). Voir aussi Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 [Règles 1 à 10].
24 PA (art. 51). Voir aussi Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 [Règles 11 à 14].
25 PA (art. 57). Voir aussi Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 [Règles 15 à 24].
27 Code de conduite, supra note 26. 28 Principes de base, supra note 26 (Principe 4, relatif à l’emploi de la force et des armes à feu et Principe 9, portant spécifiquement sur l’emploi d’armes à feu).
29 Principes de base, supra note 26 (Principe 4, relatif à l’emploi de la force et des armes à feu et Principe 9, portant spécifiquement sur l’emploi d’armes à feu).
C. PRINCIPALES DIFFÉRENCES ENTRE LES DEUX PARADIGMES EN JEU

Les principes qui sous-tendent les deux paradigmes en jeu – conduite des hostilités et maintien de l'ordre – n'opèrent pas de la même manière; les principales différences peuvent se résumer de la manière suivante :

1. Le principe de nécessité est conçu différemment. Sous le paradigme de la conduite des hostilités, la nécessité militaire du recours à la force – dirigée contre des cibles légitimes – est présumée. Le postulat est le suivant : les combattants et les membres d’un groupe armé organisé peuvent être attaqués avec des moyens licites ; à l’inverse, aucune attaque ne peut être dirigée contre des personnes civiles, sauf si ces dernières participent directement aux hostilités, et pendant la durée de cette participation. Sous le paradigme du maintien de l’ordre, le principe de « nécessité absolue » implique que l’emploi de la force doit constituer un dernier recours et poursuivre un but légitime (par exemple, agir en situation de légitime défense, procéder à une arrestation régulière, empêcher l’évasion d’une personne régulièrement détenue, ou encore réprimer une émeute). En d’autres termes, le recours à la force doit être absolument nécessaire pour maintenir la loi et l’ordre.

2. Le principe de proportionnalité – dont le respect est d’une importance cruciale aussi bien dans la conduite des hostilités que dans les opérations de maintien de l’ordre – est conçu de manière différente dans chacun des deux corps juridiques. Pour sa part, le DIH interdit de lancer contre des cibles légitimes des attaques « dont on peut attendre qu’elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l’avantage militaire concret et direct attendu »22. En d’autres termes, le principe de proportionnalité – tel que le définit le DIH – ne protège les personnes et les biens civils que contre des dommages qui seraient excessifs par rapport à l’avantage militaire concret et direct attendu d’une attaque. En vertu du DIH, les cibles légitimes (combattants, membres d’un groupe armé organisé ou civils participant directement aux hostilités) ne sont pas prises en compte dans l’évaluation de la proportionnalité d’une attaque.

En vertu du DIDH, quand un agent de l’État fait usage de la force contre un individu, le principe de proportionnalité exige de procéder à une évaluation mettant en balance, d’une part, les risques posés par l’individu et, d’autre part, les dommages que pourraient subir cet individu et les autres personnes présentes. Ainsi, contrairement au DIH, le DIDH exige que soit prise en compte la vie de l’individu qui pose une menace imminente de mort ou de blessure grave. Si l’individu ne pose pas une telle menace, l’usage de la force létale (ou potentiellement létale) ne serait pas considéré « proportionné » (même si l’exigence de nécessité était respectée). De plus, chaque fois que l’usage licite de la force et des armes à feu est inévitable, l’examen de proportionnalité exigé par le DIDH conduit à la nécessité d’employer le minimum de force nécessaire – y compris, possiblement, en recourant à des armes à létalité réduite. Il est également requis d’appliquer des procédures d’escalade de la force, sauf dans les cas où cela apparaît impossible23. Enfin, le DIDH exige d’employer la force en évitant, autant que faire se peut, qu’il y ait des morts ou des blessés parmi les autres personnes présentes24. Au sens du DIH, le principe de proportionnalité interdit uniquement de causer des pertes excessives en vies humaines dans la population civile.

3. Dans la même veine, sous le paradigme de la conduite des hostilités, le principe de précaution dans l’attaque demande aux belligérants de veiller à épargner en tout temps la population civile, les civils et les biens de caractère civil25. Au contraire, sous le paradigme du maintien de l’ordre, toutes les précautions doivent être prises de manière à éviter, autant que possible, l’emploi de la force en tant que tel, et non pas uniquement pour éviter de causer incidemment des pertes en vies humaines ou des blessures parmi la population civile et des

31 PA I [art. 51.5.b]).
32 Voir aussi N. Lubell, « Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict », dans International Review of the Red Cross, Vol. 87, n° 860, décembre 2005, p. 745-746 : « [Traduction] Le principe de proportionnalité est considéré comme fondamental, tant dans le DIH que dans le DIDH. Dans ces deux corps juridiques, il signifie qu’il existe un équilibre dans la relation de X par rapport à Y. Sur le fond, toutefois, ce principe n’a pas toujours la même signification et il peut même porter à confusion. Par ex., en vertu du DIDH et des règles qui régissent le maintien de l’ordre, lorsqu’un agent de l’État fait usage de la force contre un individu, le principe de proportionnalité veut que l’on mesure cette force en tenant compte de son effet sur l’individu lui-même, d’où la nécessité d’utiliser le minimum de force nécessaire et de restreindre le recours à la force létale. En revanche, en vertu du DIH, si l’individu est, par ex., un combattant qui peut être pris pour cible en toute légalité, le principe de proportionnalité – tel que le définit le DIH – ne protège les personnes et les biens civils que contre des dommages qui seraient excessifs par rapport à l’avantage militaire concret et direct attendu d’une attaque. En vertu du DIH, les cibles légitimes (combattants, membres d’un groupe armé organisé ou civils participant directement aux hostilités) ne sont pas prises en compte dans l’évaluation de la proportionnalité d’une attaque.
33 Il convient de noter que même au regard du DIH, le fait de tuer ou de blesser d’autres personnes présentes ne constitue pas nécessairement une violation du droit à la vie, pour autant que l’usage de la force ait été absolument nécessaire et strictement proportionné aux circonstances. Voir, par ex., CEDH, affaire Andronicou et Constantinou c. Chypre, 9 octobre 1997 (§ 194); CEDH, affaire Kirmowo et autres c. Russie, 3 mai 2011 (§ 246).
34 Voir supra note 25.
dommages aux biens de caractère civil[s]. Par conséquent, les agents de l’État sont tenus, dans toute la mesure du possible, de veiller à infliger un minimum de blessures, et de respecter et de préserver la vie humaine[s].

Êtant donné, d’une part, l’applicabilité parallèle (« concomitante ») de ces deux corps du droit international régissant l’usage de la force dans les situations de conflit armé et, d’autre part, les contenus différents de ces deux ensembles normatifs, la question cruciale qui demeure est la suivante : quand l’emploi de la force relève-t-il du paradigme de la conduite des hostilités ou, au contraire, de celui du maintien de l’ordre ?

D. REMARQUES DES EXPERTS ET COMPTE-RENDU DES DÉBATS

Les experts se sont accordés sur le point suivant : les régimes juridiques régissant l’usage de la force dans les conflits armés se trouvent à la fois dans le DIH et dans le DIDH. Les participants ont également été d’accord sur le postulat de base, selon lequel les deux paradigmes – celui de la conduite des hostilités et celui du maintien de l’ordre – peuvent être applicables dans une même situation de conflit armé. Par contre, l’existence d’un certain nombre de différences entre ces deux paradigmes a également été reconnue. Chacune des sections figurant ci-dessus dans le présent rapport a cependant donné lieu à des remarques et à des débats, dont un certain nombre méritent d’être résumés ici.

En ce qui concerne les régimes juridiques régissant l’usage de la force, la discussion a porté, d’une part, sur l’applicabilité du DIH dans les situations de conflit armé et, d’autre part, sur l’applicabilité extraterritoriale du DIDH. Quelques experts ont estimé que le DIH reléguait la relation entre un État et sa population et que, juridiquement parlant, le DIDH n’était pas applicable dans les conflits armés. La dimension extraterritoriale du DIDH a été également contestée par ces mêmes experts, qui se sont référés à l’article 2.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) : « [l]es États parties au présent Pacte s’engagent à respecter et à garantir [les droits reconnus dans cet instrument] à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence [nous soulignons] ». De plus, le fait d’imposer aux États, dans les situations de conflit armé non international, le respect des obligations pertinentes découlant du DIDH risquerait d’accroître l’asymétrie entre les États et les groupes armés organisés non étatiques (ces derniers n’étant pas, en principe, liés par le DIDH). Une asymétrie existerait ainsi non seulement dans les méthodes et moyens de combat utilisés mais aussi dans l’ensemble de règles imposées aux belligérants. Une telle asymétrie conférerait un avantage aux groupes armés organisés non étatiques qui ne sont liés que par le DIH alors que les États sont tenus de respecter les obligations découlant à la fois du DIH et du DIDH.

Dans leur grande majorité, les experts ont cependant estimé que le DIDH était généralement applicable dans les situations de conflit armé. À noter qu’il convient d’éviter de mélanger deux problématiques : celle de l’applicabilité du DIH dans les situations de conflit armé et celle de l’applicabilité extraterritoriale du DIDH. Dans les conflits armés non internationaux (se déroulant sur le territoire d’un État), la question de l’applicabilité extraterritoriale du DIDH ne se pose pas. En outre, dans le contexte de conflits armés qui se déroulent sur le territoire de deux ou de plusieurs États, la plupart des experts ont estimé que, s’agissant de situations où un contrôle effectif est exercé sur le territoire (en cas d’occupation, par exemple), l’applicabilité extraterritoriale du DIDH ne pouvait pas être mise en doute.


Il convient également de relever que les quelques experts qui contestaient l’applicabilité du DIDH dans les situations de conflit armé ont néanmoins estimé que le DIDH ne serait pas totalement « non pertinent » dans les conflits armés. À leur avis, la pertinence du DIDH tient à des raisons politiques, tout conflit armé devant avoir pour résultat final une situation de paix dans laquelle les droits de l’homme sont respectés. L’idée selon laquelle, dans une situation de conflit armé, le DIDH s’appliquerait uniquement pour des raisons politiques a cependant été rejetée par de nombreux experts.

En ce qui concerne les descriptions générales figurant dans les sections ci-dessus, la plupart des experts ont estimé que les deux paradigmes étaient globalement bien définis, mais qu’il convenait de poursuivre les discussions quant à leur nature. Les experts sont tombés d’accord pour conclure que ces deux paradigmes n’étaient ni des régimes ni des cadres juridiques nouveaux. L’un et l’autre constituaient plutôt une description des différents ensembles de normes – appartenant à la fois au DIH et au DIDH – applicables à l’usage de la force dans les situations de conflit armé. À ce propos, et bien que la réunion ne porte essentiellement que sur l’usage de la force, certains experts ont estimé que l’interaction entre les deux paradigmes pourrait s’étendre au-delà de l’utilisation effective de la force et avoir des implications dans le contexte des opérations de capture ou d’arrestation, voire même dans le cadre de la détention. De l’avis de ces experts, il conviendrait de garder cette conception plus large à l’esprit lorsque l’on analyse l’interaction entre ces deux paradigmes dans le contexte de l’usage de la force.

En ce qui concerne le contenu des deux paradigmes, plusieurs experts ont relevé que le fait de déclarer que le paradigme du maintien de l’ordre dérive seulement du DIDH constituait une simplification abusive. D’après ces experts, le DIH contient lui aussi des règles spécifiques relatives à l’emploi de la force en dehors de la conduite des hostilités (comme, par exemple, l’obligation imposée à la Puissance occupante de maintenir la loi et l’ordre dans le territoire occupé37). Un expert a également souligné que le droit de la guerre sur mer contenait de nombreux principes et règles relatifs à l’usage de la force dans des situations s’apparentant au maintien de l’ordre, notamment lors d’opérations visant à faire respecter un blocus ou à réglementer le trafic maritime civil38.

De plus, a-t-il été mentionné, le paradigme du maintien de l’ordre dérive aussi de la notion de contrat social, en vertu de laquelle les États sont tenus de maintenir la loi et l’ordre sur leurs territoires respectifs. Par conséquent, des normes relatives au maintien de l’ordre se trouvent dans la plupart des ordres juridiques internes. Les principes essentiels régissant le maintien de l’ordre peuvent donc être considérés comme des principes généraux du droit au sens de l’article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de Justice39.

Au cours de la discussion sur les paradigmes de la conduite des hostilités et du maintien de l’ordre, la notion de légitime défense a également été évoquée. Quelques experts ont relevé que, dans leur pays, la loi interdisait aux forces armées de conduire des opérations de maintien de l’ordre. Par conséquent, dans les situations de conflit armé, les militaires ne sont autorisés à employer la force que dans le cadre du paradigme de la conduite des hostilités et au titre de la légitime défense. Ainsi, selon ces experts, la notion de légitime défense n’est pas subsumée dans le paradigme du maintien de l’ordre. Elle constitue un concept distinct, dérivé du droit interne. D’autres experts ont émis une opinion différente. Leur conception de la légitime défense reflète la doctrine suivie par leur pays dans les conflits armés, mais ils considèrent qu’elle est totalement cohérente avec les règles internes régissant l’usage de

---


la force (dérivées du DIDH et/ou des normes relatives au maintien de l'ordre40). Comme le paradigme du maintien de l'ordre, la légitime défense implique généralement une utilisation graduée de la force. D'autres experts encore ont critiqué une telle approche, jugée dangereuse, étant donné que la conception de la légitime défense varie considérablement d'un État à l'autre41. Une clarification de la notion de légitime défense serait sans doute utile, mais cela sortirait du cadre de la réunion.

S'agissant des spécificités propres à chacun des deux paradigmes, une discussion s'est engagée sur une question qui peut être formulée de la manière suivante : s'agissant de l'évaluation du risque ou du danger justifiant l'emploi de la force, en quoi le paradigme du maintien de l'ordre et celui de la conduite des hostilités diffèrent-ils ? Sous le paradigme du maintien de l'ordre, l'emploi de la force ne peut être considéré nécessaire et proportionné que s'il existe un danger concret et imminent de mort ou de blessure, posé par un ou plusieurs individus. Sous le paradigme de la conduite des hostilités, la notion de risque doit être comprise dans un sens plus large. Des objectifs militaires peuvent constituer la cible d'une attaque qu'il y ait ou non une menace imminente de mort ou de blessure, et même si cette attaque risque de causer des pertes collatérales dans la population civile ainsi que des dommages aux biens de caractère civil. En d'autres termes, au regard du DIH, la légalité d'une attaque dépend non pas de la détermination de l'existence d'une menace imminente pesant sur la vie mais de la «qualification» d'une personne ou d'un objet comme objectif militaire (susceptibles à leur tour de constituer un danger pour les opérations militaires seulement de façon lointaine).

Enfin, de l'avis de certains experts, l'acteur utilisant la force constituerait l'un des facteurs de différenciation entre les deux paradigmes. Sous le paradigme de la conduite des hostilités, la force est employée par les forces armées et, sous celui du maintien de l'ordre, par les forces de police. La plupart des experts ont cependant rejeté la pertinence de ce critère en tant que moyen de différencier le champ d'application des deux paradigmes. Certes, en vertu de sa législation interne, un État est habilité à décider que ses forces armées ne sont pas autorisées à conduire des opérations de maintien de l'ordre. Par contre, au regard du droit international, l'acteur ne constitue pas le critère décisif permettant de déterminer le paradigme pertinent. Dans certains contextes et circonstances spécifiques, des forces de police peuvent être amenées, dans la pratique, à participer directement aux hostilités ; de même, dans la pratique, des forces armées peuvent être amenées à conduire des opérations de maintien de l'ordre.


# II. Usage de la force dans les conflits armés: analyse des études de cas

Cette deuxième partie du rapport traite de l'emploi de la force dans cinq situations différentes, à savoir :

1. Quand la force est employée contre des cibles légitimes (exemple d'un membre d'un groupe armé organiséisolé dormant chez lui);

2. Quand des civils sont impliqués dans des émeutes à proximité étroite des membres d'un groupe armé organisé, ou se mêlent et se confondent avec eux;

3. Quand des civils appartiennent à des groupes criminels qui ne sont pas parties au conflit armé mais qui ont desliens étroits avec des groupes armés organisés;

4. Quand des détenus ou des internés tentent de s'évader ou sont impliqués dans une émeute;

5. Quand des civils n'obéissent pas aux ordres donnés par les militaires.

À chacune de ces cinq situations correspond une étude de cas, présentée en tête de chaque section. Les informationsgénérales fournies aux experts, les remarques formulées au cours de la discussion et la discussion elle-même sontensuite résumées.

## A. Emploi de la force contre des cibles légitimes pendant les conflits armés

### Étude de cas n°1 - Emploi de la force contre des cibles légitimes

Dans le contexte d’un conflit armé non international opposant un gouvernement à un groupe armé organisé non étatique, unmembre de ce groupe armé organisé42 est endormi chez lui, auprès de sa famille, dans une partie du territoire contrôlée par legouvernement. L’armée gouvernementale localise cet individu et décide de lancer une opération contre lui.

1. Cette opération est-elle régie par le paradigme de la conduite des hostilités ou par celui du maintien de l’ordre ? Quellesconséquences cela a-t-il quant à la manière de conduire l’opération ?

2. Le paradigme à appliquer est-il différent selon que le membre du groupe armé organisé se trouve ou non dans la zone deconflit43 ? En d’autres termes, le paradigme du maintien de l’ordre devrait-il être appliqué si le membre du groupe armé organisése trouve dans la partie nord de l’État, par exemple, alors que les hostilités ne se déroulent que dans le sud ?

3. Le fait qu’un contrôle soit exercé sur la zone et le niveau de violence régnant dans la zone jouent-ils un rôle ? En d’autres termes,le paradigme du maintien de l’ordre devrait-il être appliqué même contre une cible légitime si le niveau de contrôle exercé surle territoire est élevé et si le niveau de violence est bas ?

### 1. Contexte général

Du point de vue du DIH, c’est le paradigme de la conduite des hostilités qui régit l’emploi de la force contre desindividus constituants les cibles légitimes d’une attaque. Dans ce contexte, les cibles légitimes sont : premièrement,dans un conflit armé international, les membres des forces armées d’une partie au conflit, ou les civils participantà une levée en masse44 ; deuxièmement, dans un conflit armé non international, les membres des forces armées de

---

42 Supra note 3.

43 L’expression « zone de conflit » est utilisée dans le présent rapport pour désigner la zone dans laquelle se déroulent des hostilités actives.

44 Les membres du personnel sanitaire et religieux des forces armées sont protégés contre les attaques directes, sauf s’ils commettent des actes« hostiles » ou des actes « nuisibles » en dehors de leur fonction privilégiée. Voir CG I [art. 24 et 25], CG II [art. 36]; PA I [art. 9.1]; Étude sur le DIHcoutumier, supra note 12 [Règles 25 et 27]. Voir aussi Guide interprétatif, supra note 3, note de bas de page n° 8.
l'État et les membres d'un groupe armé organisé ; troisièmement, dans tout conflit armé (de caractère international ou non international), les civils participant directement aux hostilités. Les combattants et les membres d'un groupe armé organisé peuvent, en principe, être attaqués en tout temps, sauf s'ils sont hors de combat. Les personnes civiles ne doivent pas être l'objet d'attaques, sauf si elles participent directement aux hostilités, et pendant la durée de cette participation.

Néanmoins, dans le contexte de conflits armés non internationaux ou de situations d'occupation, le paradigme du maintien de l'ordre a été utilisé par certains organes des droits de l'homme ayant à se prononcer sur l'usage de la force même contre des personnes qui auraient constitué des cibles légitimes au regard du DIH. À noter cependant que la Commission interaméricaine des droits de l'homme constitue une importante exception en la matière. Bien que cela fût rare, la Commission a dû parfois se prononcer sur des affaires dans lesquelles la force avait été utilisée contre des cibles légitimes. De manière générale, elle a alors considéré le DIH comme la *lex specialis* ou, tout au moins, elle a invoqué le DIH.45

Trois exemples dans lesquels les organes des droits de l'homme ont appliqué le paradigme du maintien de l'ordre pour se prononcer sur l'emploi de la force contre des cibles légitimes peuvent être cités :

1. Dans le contexte du conflit armé non international en Colombie, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a considéré (en l'affaire Guerreño) que la force qui avait été employée par des membres des forces de police contre des guérilleros présumés, non armés, avait été disproportionnée et avait violé le droit à la vie (les policiers avaient attendu les suspects à leur domicile dans le Contador, un district de Bogota, et les avaient abattus). Le Comité a notamment critiqué trois éléments : aucune sommation n'avait été faite, les guérilleros n'avaient pas eu la possibilité de se rendre et l'emploi de la force ne pursuivait pas un but légitime (légitime défense, arrestation ou action visant à empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue). Bref, le Comité a appliqué le paradigme du maintien de l'ordre à l'usage de la force contre des personnes soupçonnées d'appartenir à un groupe armé organisé.46

2. Dans le contexte des territoires occupés par Israël, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a estimé dans ses *Observations finales* de 2003 qu'« [a]vant de recourir à l'emploi d'une force meurtrière, tous les moyens permettant d'arrester une personne soupçonnée d'être en train de commettre un acte de terrorisme devraient être épuisés »47. Face au même problème, la Cour suprême d'Israël a adopté une approche différente, que l'on pourrait qualifier de « modèle mixte »48. Lors de son examen de la question des opérations dirigées contre des civils participant directement aux hostilités, la Cour suprême d'Israël a suivi un raisonnement basé sur le paradigme de la conduite des hostilités. Toutefois, la Cour a finalement statué, en se basant sur le paradigme de l'ordre, que si un terroriste qui participe directement aux hostilités peut être arrêté, interrogé et jugé, ce sont ces moyens-là qui devraient être employés.49

---

45 Par ex., dans l'Affaire Tablada (les forces armées argentine avaient utilisé la force létale contre des personnes qui attaquaient une caserne militaire), la Commission a simplement déclaré qu'en vertu du DIH, ces personnes constituaient des cibles légitimes étant donné qu'elles participaient directement aux hostilités. Voir Commission IDH, affaire Abella c. Argentine (« affaire de Tablada »), 18 novembre 1997. De plus, dans son rapport de 1999 concernant la situation des droits de l'homme en Colombie, la Commission a considéré que les membres de groupes armés organisés non étatiques placés sous un commandement responsable et dont la principale activité quotidienne consiste à participer directement aux hostilités, doivent être considérés comme pouvant faire l'objet d'attaques directes au regard du DIH de la même façon que les membres des forces armées régulières. Au contraire, les civils ne peuvent être pris pour cible que s'ils participent directement aux hostilités. Voir Commission IDH, Troisième Rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie, Chapitre IV, 24 février 1999, OEA/Ser.L/V/II.102, [§ 61].


3. Dans le contexte des violations qui, à la fin des années 1990, ont opposé le gouvernement turc au PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan), la CrEDH s'est systématiquement référée au paradigme du maintien de l'ordre lorsqu'elle s'est prononcée sur des affaires dans lesquelles la force avait été utilisée contre des membres du PKK, y compris quand les membres du PKK avaient eu eux-mêmes recours à la force armée. Il convient de relever que la Turquie ne reconnaissait pas l'existence d'un conflit armé sur son territoire. Cet élément peut avoir eu un impact sur le raisonnement de la CrEDH, bien qu'elle ait fait explicitement référence à l'existence de « violents conflits armés » dans certaines affaires en rapport avec la Turquie.

Adoptée par certains organes des droits de l'homme, mais se démarquant du raisonnement basé sur le DIH, cette approche a conduit les juristes à formuler des avis divergents quant au paradigme devant s'appliquer si des cibles légittimes sont attaquées dans une situation de conflit armé non international ou d'occupation. Cette divergence s'est avérée être. En effet, comme cela a été dit plus haut, les résultats peuvent être différents selon que l'un ou l'autre des paradigmes est appliqué.

Par exemple, dans une situation comme celle décrite dans l'étude de cas n° 1 ci-dessus (exemple du membre d'un groupe armé organisé isolé dormant chez lui), est-ce le paradigme de la conduite des hostilités qui s'appliquerait, ou est-ce, au contraire, celui du maintien de l'ordre ? Si l'on considère que c'est le premier qui s'applique, le membre d'un groupe armé organisé pourrait être pris pour cible, pour autant que soient notamment respectés les principes de proportionnalité et de précaution dans l'attaque. D'autre part, si l'on considère que c'est au contraire le second qui s'applique, il faudrait qu'avant de recourir à la force létale, le gouvernement se soit efforcé de procéder — dans la mesure du possible — à l'arrestation (à la capture) du membre du groupe armé organisé, et qu'il ait épuisé tous les moyens raisonnables « moins que létaux » et non violents.

Bien que, notamment de l'avis du CICR, le respect des principes de nécessité militaire et d'humanité du DIH puisse amener à conclure que, dans certaines circonstances, un membre d'un groupe armé organisé ne doive pas être pris pour cible et tué à vue, l'application du paradigme de la conduite des hostilités conduirait tout de même à des résultats différents de ceux qui découleraient de l'application du paradigme du maintien de l'ordre. En effet, sous le paradigme du maintien de l'ordre, l'hypothèse de départ est que les agents de l'État doivent arrêter (capturer) les personnes suspects, et ne pas les tuer à vue (« capturer plutôt que tuer »). L'usage de la force létale n'est autorisé en dernier recours que si l'arrestation est à risque, et si la personne fait peser une menace imminente sur la vie.


51 Voir, par ex., CrEDH, affaire Hamyett Kaplan et autres c. Turquie, 13 septembre 2005. Des membres armés du PKK avaient été tués par les forces de sécurité turques lors d'un raid qui avait dégénéré en affrontement armé. La Cour a conclu à une violation du droit à la vie étant donné que les forces de sécurité n'étaient pas équipées d'armes non létales et n'avaient pas été formées aux méthodes non létales d'arrestation. De plus, le cadre juridique et administratif turc comportait des recommandations suffisamment claires quant à l'emploi de la force létale, et les autorités turques n'ont pas mené une enquête effective sur le sujet de cet incident. Dans ce cas, la violation du droit à la vie ne se situe pas au niveau de l'exécution d'une opération, mais au niveau de sa préparation ainsi qu'au niveau de l'obligation d'enquêter. Voir aussi CrEDH, affaire Mansuroğlu c. Turquie, 26 février 2008.


54 Guide interprétatif, supra note 3, p. 78 et suiv. A propos des pouvoirs dans lesquelles une telle conclusion prévalait, le Guide interprétatif spécifique (p. 81 et 82) : [Une évaluation complexe – tenant compte d'une grande variété de circonstances opérationnelles et contextuelles – doit être réalisée pour déterminer le type et le degré de force pouvant être considérés comme nécessaires dans une attaque lancée contre un objectif militaire particulier]. […] L'importance pratique de la fonction restrictive des principes de nécessité militaire et d'humanité « augmente avec la capacité d'une partie au conflit de contrôler tant les circonstances que la zone dans lesquelles elle conduit ses opérations militaires. De fait, une telle fonction peut devenir décisive quand les forces armées opèrent contre certaines personnes dans des situations comparables aux opérations de police en temps de paix. Dans la pratique, ces éléments sont susceptibles de devenir particulièrement pertinents quand une partie au conflit exerce un contrôle territorial effectif, tout particulièrement dans les territoires occupés et lors de conflits armés non internationaux. Il est également relevé dans le Guide interprétatif que cette question a donné lieu à de vifs débats lors des réunions d'experts consacrées à la notion de participation directe aux hostilités. [...] Nonse, tout au long des discussions, personne n'a avancé les arguments selon lesquels, d'une part, il existait une obligation de prendre des risques accrus pour protéger la vie d'un adversaire n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes (p. 81, note de bas de page n° 212). En d'autres termes, à la question de savoir si, lors d'une intervention contre une cible légitime, les principes de nécessité militaire et d'humanité exigent la capture ou l'emploi d'autres moyens non létaux, il serait répondu de manière différente selon qu'il existe ou non des risques supplémentaires pour les forces en opération ou pour la population civile se trouvant à proximité (Guide interprétatif, p. 84).
Sous le paradigme de la conduite des hostilités, l’hypothèse de départ est inverse. De l’avis du CICR, une cible légitime peut être tuée en tout temps, sauf s’il est clair que cette personne peut être capturée ou être mise hors de combat sans risque supplémentaire pour les forces qui interviennent. En effet, « ce serait bafouer les notions fondamentales d’humanité que de tuer un adversaire ou de ne pas lui donner une chance de se rendre quand il n’existe manifestement aucune nécessité d’employer la force létale »\(^{55}\). Cette différence fondamentale montre le rôle crucial de la détermination du paradigme applicable.

La question-clé posée aux experts était par conséquent la suivante : le paradigme de la conduite des hostilités est-il le celui qui doit prévaloir chaque fois que la force est employée contre une cible légitime et, le cas échéant, pourquoi en est-il ainsi ? La question peut aussi être formulée ainsi : existe-t-il des situations où le paradigme du maintien de l’ordre pourrait s’appliquer et, en ce cas, quels seraient les facteurs à prendre en compte pour déterminer le paradigme applicable ?

Plus précisément, les experts ont été invités à se demander si les facteurs suivants devraient être pris en compte afin de déterminer le paradigme applicable :

1. **La localisation de la cible potentielle (le fait que la personne visée se trouve à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit)**

Le champ d’application géographique du DIH – et, notamment, du paradigme de la conduite des hostilités – n’est pas défini de manière tout-à-fait claire. En son arrêt Tadić, le TPIY a souligné que :

Les Conventions de Genève restent silencieuses sur le champ géographique des « conflits armés » internationaux mais les dispositions suggèrent qu’au moins certaines des clauses desdites Conventions s’appliquent à l’ensemble du territoire des Parties au conflit et pas simplement au voisinage des hostilités effectives. *Indéniablement, certaines des dispositions sont clairement liées aux hostilités et le champ géographique de ces dispositions devrait y être limité* (italiques ajoutés). D’autres, en particulier celles se rapportant à la protection des prisonniers de guerre et des civils, ne sont pas restreintes de la même façon. […] Le cadre géographique et temporel de référence pour les conflits armés non internationaux est tout aussi large. Cette interprétation se manifeste dans le fait que les bénéficiaires de l’article 3 commun aux Conventions de Genève sont ceux qui ne participent pas directement (ou qui ne participent plus directement) aux hostilités. Cela indique que les règles figurant à l’article 3 s’appliquent aussi à l’extérieur du contexte géographique étroit du théâtre effectif des combats\(^{56}\).

Il pourrait être allégué – en se basant sur la phrase figurant en italique dans la citation ci-dessus – que le champ d’application géographique du paradigme de la conduite des hostilités se limite à la « zone de conflit ». Bien que cette notion de « zone de conflit » ne soit ni définie ni utilisée dans les traités de DIH, elle est souvent utilisée, dans la pratique, pour décrire une zone dans laquelle se déroulent des hostilités actives. Ainsi, dans un conflit armé non international, le paradigme dominant à l’intérieur de la zone de conflit serait celui de la conduite des hostilités ; à l’extérieur de cette zone, le paradigme du maintien de l’ordre prévaudrait, même si l’action est dirigée contre des cibles légitimes (ou, tout au moins, le paradigme du maintien de l’ordre ne serait pas remplacé par le paradigme de la conduite des hostilités).

Il convient toutefois de remarquer que dans l’Arrêt Tadić, le TPIY n’a pas tenté de se prononcer de manière définitive sur le champ d’application géographique du paradigme de la conduite des hostilités. Le TPIY a plutôt tenté de démontrer que les règles de DIH qui protègent les personnes tombées au pouvoir de l’ennemi sont applicables sur l’ensemble du territoire des parties belligérantes, même si les hostilités ne se déroulent pas dans cette partie du territoire. En outre, la phrase figurant en italique dans la citation ci-dessus portait davantage sur les conflits armés internationaux que non internationaux.

\(^{55}\) Ibid, p. 84. À propos des critiques formulées contre le Chapitre IX du Guide interprétatif, voir infra, note 66.

\(^{56}\) Voir TPIY, Le Procureur c. D. Tadić, supra note 12, [§ 68 et 69].
2. **Intensité de la violence et degré de contrôle**

Il a parfois été dit que le degré de contrôle et le niveau de violence pourraient constituer des critères utiles quand il s’agit de déterminer le paradigme devant régir l’usage de la force57.

L’idée de base est la suivante : le paradigme de la conduite des hostilités serait le paradigme dominant quand l’action est dirigée contre des cibles légitimes, mais seulement dans les situations d’« hostilités » réelles. Cette notion supposerait en outre un niveau élevé de violence et l’absence de contrôle sur la zone et sur les circonstances. En d’autres termes, le paradigme de la conduite des hostilités primerait sur celui du maintien de l’ordre quand les conditions suivantes sont réunies : la force est employée contre des cibles légitimes, le degré de violence est élevé, mais le niveau de contrôle exercé sur la zone et sur les circonstances est bas. À noter, d’autre part, que plus le contrôle exercé sur la zone et sur les circonstances serait important, plus grande serait la possibilité d’appliquer le paradigme du maintien de l’ordre – et, par conséquent, d’adopter la logique « capturer plutôt que tuer ». Dans la même veine, plus l’intensité de la violence régnant dans la zone serait faible, plus le paradigme du maintien de l’ordre apparaîtrait pertinent et serait préféré à celui de la conduite des hostilités.

Ces deux critères – intensité de la violence et degré de contrôle – sont à distinguer du critère dit de la « zone de conflit », mentionné plus haut, qui est lié au champ d’application géographique du paradigme de la conduite des hostilités. Les deux premiers critères renvoient à la définition matérielle des hostilités. Dans la pratique, la mise en œuvre de ces différents types de critères pourrait aboutir à des résultats différents. Par exemple, dans certaines situations – même à l’intérieur d’une zone de conflit – un degré de contrôle élevé pourrait être exercé à un moment donné sur la zone et sur les circonstances alors que la violence serait de faible intensité. Par conséquent, s’ils avaient été utilisés dans une telle situation, les critères du degré de contrôle et de l’intensité de la violence auraient conduit à l’application du paradigme du maintien de l’ordre (alors même que l’action se déroulait à l’intérieur d’une zone de conflit). À l’inverse, s’il avait été retenu dans cette même situation, le critère de la zone de conflit aurait conduit à la prévalence du paradigme de la conduite des hostilités.

2. **REMARQUES DES EXPERTS ET COMpte-RENdu DES ĐÉBATs**

Des divergences de vue sont apparues lors de l’analyse juridique de l’étude de cas n° 1.

Les experts ont estimé à une faible majorité que, pour l’étude de cas n° 1, l’emploi de la force contre une personne constituant une cible légitime était régi par le paradigme de la conduite des hostilités du DIH. Concrètement, cela signifie que, d’un point de vue juridique, le membre d’un groupe armé organisé isolé endormi chez lui pourrait être attaqué en toute légalité, pour autant que soient respectés les principes du DIH de proportionnalité et de précaution dans l’attaque.

---

Le principal argument juridique apporté à l’appui de ce point de vue était le suivant : étant spécifiquement conçu pour être appliqué en cas de conflits armés, le DIH constitue la lex specialis ; par conséquent, il prime sur le régime juridique général du DIDH. De fait, le caractère de lex specialis des règles de DIH relatives à la conduite des hostilités a été clairement reconnu par la Cour internationale de Justice et par la Commission interaméricaine des droits de l’homme58.

Plus précisément, de l’avis de certains experts, pour déterminer que le DIH constitue la lex specialis quant à l’emploi de la force en situation de conflit armé, c’est le statut (ou la fonction) de la personne contre laquelle la force est employée qui constitue le « fait prépondérant ». Pourquoi en est-il ainsi ? Dans les conflits armés, le DIH – conventionnel et coutumier – autorise les attaques dirigées contre les membres des forces armées et les membres de groupes armés organisés, ainsi que contre les civils qui participent directement aux hostilités. Des règles détaillées et spécifiques sont énoncées en la matière par le DIH, et la pratique des États paraît corroborer cette analyse.

Dans la même veine, l’argument suivant a été avancé : logiquement, il devrait être juridiquement possible de cibler à tout moment les membres des forces armées et les membres de groupes armés organisés, qu’ils posent ou non une menace imminente dans les circonstances prévalant au moment considéré, et de ne pas tenir compte du paradigme du maintien de l’ordre. Dans le cas contraire, les membres des forces armées et les membres de groupes armés organisés seraient de fait traités comme des civils. Cela ferait disparaître la distinction imposée par le DIH entre, d’une part, les membres des forces armées et les membres des groupes armés organisés et, d’autre part, les personnes civiles qui ne doivent pas être l’objet d’attaques, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation59. Un autre argument a été avancé : il serait « injuste » de considérer que, dans un conflit armé non international, un membre d’un groupe armé organisé isolé dormant chez lui devrait être capturé (et non pas tué) dans une situation telle que celle décrite dans l’étude de cas n° 1, alors que, dans un conflit armé international, un combattant peut en tout temps être pris pour cible.

Une minorité d’experts a défendu un point de vue opposé. Ces intervenants ont estimé que, dans l’étude de cas n° 1, le paradigme du maintien de l’ordre devrait être le paradigme dominant. L’un de leurs arguments était le suivant : il conviendrait de considérer au départ qu’un principe, tant le paradigme de la conduite des hostilités (dérévif du DIH) que le paradigme du maintien de l’ordre (dérévif du DIDH) sont applicables. Pour déterminer quel paradigme doit être appliqué, la règle selon laquelle lex specialis derogat legi generali (la règle spéciale déroge à la règle générale) devrait être prise en compte. Toutefois, cette norme ne donne pas toujours préséance au DIH et, par conséquent, la lex specialis doit être déterminée dans chaque cas particulier.

Selon ce point de vue, le paradigme juridique pertinent devrait être déterminé en tenant compte des règles applicables ainsi que des faits et des circonstances propres à chaque cas. Pour déterminer la lex specialis, il conviendrait d’identifier les règles présentant « la plus grande surface commune » avec les faits et circonstances du cas. Ainsi, dans l’étude de cas n° 1, le fait que la personne soit membre d’un groupe armé organisé ferait pencher la balance en faveur de l’application du paradigme de la conduite des hostilités ; par contre, tous les autres facteurs plébisciteraient le paradigme du maintien de l’ordre. Ce membre d’un groupe armé organisé n’est pas en train de combattre (il dort chez lui, auprès de sa famille) ; de plus, il est isolé, ce qui rend sa capture réalisable. En outre, les autres éléments factuels mentionnés dans les questions 2 et 3 (zone de conflit, contrôle, intensité de la violence) constituerait des facteurs supplémentaires à prendre en compte pour déterminer la lex specialis applicable. Par exemple, si le membre du groupe armé organisé se trouve dans une zone contrôlée par le gouvernement dans laquelle l’intensité de la violence est très faible (ou non existante), ces éléments factuels supplémentaires feront pencher la balance du côté du paradigme du maintien de l’ordre. En d’autres termes, le statut ou la fonction de la cible potentielle n’est pas nécessairement le critère unique, ni même le critère décisif, à utiliser pour déterminer le paradigme pertinent.

La situation serait différente si, au contraire, le membre du groupe armé organisé dormait non pas chez lui, mais dans un cantonnement du groupe armé, ou s’il participait directement aux hostilités. Dans ces deux cas, les éléments factuels feraient pencher la balance du côté de l’application du paradigme de la conduite des hostilités. De la même façon, la situation serait différente si l’homme endormi était un combattant engagé dans un conflit armé international. Dans ce cas, l’argument selon lequel le statut constitue le critère décisif est valable : en effet, pour les conflits armés internationaux, le DIH définit clairement et spécifiquement qui est un combattant – c’est-à-dire qui

58 CIJ, Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, supra note 12 [§ 25]. En ce qui concerne la jurisprudence de la Commission IDH, voir supra note 45.
59 Tous les experts sont tombés d’accord sur le point suivant : dans une situation identique à celle présentée dans l’étude de cas n° 1, si l’individu endormi chez lui, avec sa famille, n’était pas un membre du groupe armé organisé, mais plutôt un civil ayant (dans le passé) participé directement aux hostilités, le DIH stipulerait que cet individu doit être capturé, et non abattu.
peut vraisemblablement, en tant que tel, être pris pour cible en tout temps. Les conflits armés non internationaux ont été considérés à cet égard comme fondamentalement différents des conflits armés internationaux. Au regard du DIH, le « statut de combattant » n’existe pas dans les conflits armés non internationaux et, de fait, le DIH ne définit pas non plus qui est un « membre d’un groupe armé organisé » (fighter, en anglais) dans ce type de conflit. Compte tenu de cette différence fondamentale, comment le statut pourrait-il être considéré comme le seul critère permettant de différencier les deux paradigmes dans le contexte des conflits armés ne présentant pas un caractère international ? Par ailleurs, dans la pratique, les membres d’un groupe armé organisé ne portent généralement pas d’uniforme, et il est donc plus difficile de vérifier qu’une personne est réellement un membre d’un groupe armé organisé. Pour ces diverses raisons, d’ordre tant juridique que pratique, et parce que le DIDH s’applique clairement à l’emploi de la force par un État contre des personnes se trouvant sur son propre territoire, le paradigme de la conduite des hostilités pourrait ne pas toujours constituer la lex specialis.

Bien qu’admettant l’existence de différences fondamentales entre les conflits armés internationaux et non internationaux, des experts ont fait valoir un point de vue légèrement divergent : dans les conflits armés non internationaux, le paradigme du maintien de l’ordre constitue le « régime juridique par défaut ». En d’autres termes, pour reprendre les mots de l’un des experts, « le paradigme du maintien de l’ordre serait la norme et le paradigme de la conduite des hostilités serait l’exception ». Cela ne signifie pas pour autant que le paradigme du maintien de l’ordre devrait être appliqué de la même façon qu’en temps de paix. De l’avis de cet expert et de certains de ses collègues, le paradigme du maintien de l’ordre du DIDH est flexible et peut être adapté pour tenir compte de la situation singulière d’un conflit armé donné. L’analyse de la situation dans l’étude de cas n° 1 (si l’on tient compte notamment du contrôle exercé par l’État sur la zone, et pour autant que le niveau de violence soit faible) amènerait à conclure que le paradigme du maintien de l’ordre continue de s’appliquer et qu’il n’est pas remplacé par le paradigme de la conduite des hostilités.

D’autres experts ont critiqué la norme de la lex specialis, lui reprochant de ne pas apporter grand-chose au débat étant donné que son interprétation varie beaucoup d’un expert à l’autre. Il a été relevé que la Cour internationale de Justice (CIJ) elle-même avait progressivement abandonné la règle de la lex specialis dans le contexte de l’analyse de l’interaction entre le DIH et le DIDH. Par exemple, la CIJ n’y a pas fait référence dans l’affaire Congo c. Ouganda61. En tout état de cause, même si la pertinence de la norme de la lex specialis devait être acceptée, les intervenants ont mis en doute le fait que le DIH constitue la lex specialis en matière de ciblage dans les conflits armés non internationaux. Dans un conflit armé non international, qui peut être pris pour cible, et quand ? Que dit le DIH ? Le débat à ce sujet se poursuit, malgré les efforts du CICR visant à clarifier la question par le biais de son Guide interprétatif62. Selon ces experts, le DIH manque à tel point de précision dans ce domaine qu’il ne peut pas être considéré comme constituant la lex specialis.

Un autre point de vue a ensuite été exprimé. Le paradigme de la conduite des hostilités et celui du maintien de l’ordre étant tous deux potentiellement applicables dans la situation décrite, il conviendrait que l’opération se déroule sous le paradigme en vertu duquel les pertes en vies humaines sont les moins nombreuses (c’est-à-dire le paradigme le plus favorable pour l’individu). Étant le plus « protecteur », le paradigme du maintien de l’ordre devrait ici primer sur celui de la conduite des hostilités qui est plus permissif.

Certains experts ont basé leur analyse sur la jurisprudence des organes des droits de l’homme62 qui ont eu à se prononcer sur des situations similaires. De l’avis de ces intervenants, la plupart des spécialistes des droits de l’homme parviendraient à la même conclusion : dans l’étude de cas n° 1, le membre du groupe armé organisé devrait être arrêté (prévalence du paradigme du maintien de l’ordre) ; le fait de l’attaquer et de le tuer serait considéré comme une privation arbitraire de la vie tant de cet individu que d’éventuelles autres victimes collatérales de l’emploi de la force. Le gouvernement contrôlant le territoire et la zone où se trouve cet individu, il serait en effet possible de procéder à son arrestation. D’autres experts ont pris le parti opposé. Plaidant pour l’applicabilité du paradigme de la conduite des hostilités, ces intervenants ont estimé que le droit juridusprudential n’avait pas à être pris en compte. Ils ont notamment critiqué la tendance de certaines organisations non gouvernementales et de certains juristes à extrapoler des critères à partir de la jurisprudence des organes des droits de l’homme et, en particulier, celle de la…

60  CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), 19 décembre 2005 [§ 216]. Dans cette affaire, la Cour a spécifié que, dans un avis rendu précédemment (Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le Territoire palestinien occupé), elle avait conclu que « les deux branches du droit international, à savoir le droit international relatif aux droits de l’homme et le droit international humanitaire, devaient être prises en considération », sans cependant se référer à nouveau au DIH en tant que lex specialis.

61  Pour la référence au Guide interprétatif du CICR, voir supra note 3.

62  Pour une vue d’ensemble de la jurisprudence de la CEDH relative à l’usage de la force, voir la déclaration écrite de Mme Françoise Hampson (annexe 3) ainsi que le résumé de l’exposé de Mme Olga Chemishova (annexe 6).
Cour européenne des droits de l’homme portant sur des situations de conflit armé non international. À leur avis, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme n’est pas directement pertinente étant donné que de manière générale, la Cour ne tient pas compte de l’existence d’une situation de conflit armé non international (en raison, notamment, de la réticence des États concernés à admettre l’existence d’un conflit armé sur leur territoire). La Cour européenne s’abstient donc de faire référence aux règles de DIH applicables et ne se prononce absolument pas sur la question de l’interaction entre le DIH et le DIDH63.

Bien qu’ils aient exprimé des opinions divergentes à propos de l’étude de cas n° 1 – et indépendamment du fait qu’ils plaident pour l’applicabilité soit du paradigme de la conduite des hostilités soit de celui du maintien de l’ordre –, les experts ont été majoritairement d’accord sur un point particulier. Ils ont estimé que le critère de la zone de conflit ne devrait pas être considéré comme constituant un critère additionnel pertinent d’un point de vue purement juridique. L’introduction d’un tel critère additionnel pour déterminer le paradigme applicable a été jugée dangereuse et irréalisable. Considéré trop subjectif, trop polémique et trop sujet à des interprétations erronées ou divergentes, le critère de la zone de conflit soulève de fait un certain nombre de questions. Qui décide ce qui constitue le « théâtre d’opérations immédiat » ? Cela signifie-t-il, par exemple, que le cantonnement d’un groupe armé organisé situé à l’extérieur de la zone de conflit ne pourrait pas être attaqué ? Ne serait-ce pas là – pour tous les membres de groupes armés organisés – une incitation à opérer depuis des bases situées à l’extérieur de la zone de conflit ? Si un membre d’un groupe armé organisé est pris pour cible dans une zone exempte d’hostilités, cette zone devient-elle une « zone de conflit » du fait de cette attaque ? Que se passe-t-il quand un civil participe directement aux hostilités dans une zone exempte de combats ? Cette zone devient-elle « zone de conflit » ?

Les deux autres critères (contrôle exercé et intensité de la violence) ont suscité moins de commentaires de la part des experts. De façon générale, cependant, ces critères ont été critiqués en raison de leur trop grande dépendance par rapport au contexte. Il a été souligné, en particulier, que le critère du contrôle exercé était souvent difficile à évaluer. Par exemple, dans l’étude de cas n° 1, les forces armées de l’État pourraient exercer un contrôle sur la maison dans laquelle se trouve le membre du groupe armé organisé qui dort auprès des siens. Cela ne signifierait pas nécessairement, pour autant, que les forces armées de l’État exercent un contrôle sur le village dans lequel se trouve la maison. Si une opération de capture était lancée, elle risquerait d’échouer à cause de l’intervention d’autres membres du groupe armé organisé présents dans le village.

Selon l’un des experts, les critères tels que ceux évoqués plus haut (zone de conflit, contrôle exercé et intensité de la violence) introduisent une complexité nouvelle dans l’analyse. Ces éléments ont été décrits comme convenant davantage à l’appréciation des organes des droits de l’homme (c’est-à-dire quand ils sont appliqués après la commission des faits) qu’aux décisions prises en temps réel par les militaires. Les règles régissant le ciblage doivent être claires et simples afin de rester réalisistes et équitables pour les combattants qui doivent prendre des décisions en une fraction de seconde.

Enfin, bien que l’analyse juridique varie beaucoup selon les experts, la différence en termes de conséquences pratiques a semblé se réduire quelque peu si des arguments non seulement juridiques mais aussi politiques sont pris en compte. La plupart des experts qui étaient favorables à l’application du paradigme de la conduite des hostilités dans la situation décrite dans l’étude de cas n° 1 ont souligné que, dans la pratique, un commandant militaire raisonnable qui serait confronté à une telle situation ordonnerait probablement une opération de capture conformément au DIH plutôt que le ciblage létal du membre du groupe armé organisé. Ce serait là le résultat de considérations d’ordre politique et non pas juridique64. En raison, d’une part, de l’intérêt que pourrait présenter, sur le plan du renseignement, la capture d’un membre du groupe armé organisé et, d’autre part, du fait qu’il devient essentiel, dans de nombreux conflits armés contemporains, de « gagner les cœurs et les esprits » les forces armées étatiques pourraient opter pour une opération de capture conformément au DIH lorsqu’il existe peu ou pas de risques pour la mission ou pour les forces appelées à intervenir.

D’après certains experts, même si le paradigme de la conduite des hostilités devait être le paradigme dominant dans une situation comme celle décrite dans l’étude de cas n° 1, les principes sous-jacents – nécessité militaire et humanité – constituerait des contraintes juridiques à prendre en considération. Ces principes seraient applicables de la même manière aux combattants dans les conflits armés internationaux, aux membres d’un groupe armé

63  Voir aussi à ce propos la déclaration écrite de Mme Françoise Hampson (annexe 3).
64  L’exposé introductif présenté par le Colonel Richard Gross (portant sur l’emploi de la force dans les opérations de contre-insurrection en Afghanistan) a bien illustré le fait que les États belligérants peuvent décider, pour des raisons politiques, de restreindre l’usage de la force davantage que ne l’exige le droit international. Voir, à l’annexe 5, le résumé de l’exposé du Colonel Richard Gross sur l’emploi de la force dans les différentes phases du conflit en Afghanistan.
organisé dans les conflits armés non internationaux et aux civils participant directement aux hostilités. D’autres experts ont contesté cette approche, estimant que, même s’ils sous-tendent le DIH, les principes de nécessité militaire et d’humanité ne sont pas des règles juridiques additionnelles à observer dans la conduite des hostilités.

B. ÉMEUTES DANS LES SITUATIONS DE CONFLIT ARMÉ

ÉTUDIE DE CAS N° 2 - ÉMEUTES DANS LES SITUATIONS DE CONFLIT ARMÉ

Dans le contexte d’un conflit armé non international, une manifestation est organisée pour protester contre la manière dont le gouvernement réprime l’insurrection. Plus d’une centaine de personnes se rassemblent sur l’artère principale de la capitale (lieu de cantonnement des troupes gouvernementales). La manifestation est d’abord pacifique. Après que l’armée gouvernementale ait tenté de disperser la foule (notamment en lançant des appels par haut-parleur), les manifestants deviennent plus agressifs et commencent à jeter des pierres sur les soldats. En même temps, des membres d’un groupe armé organisé, portant des fusils, profitent de l’émeute pour attaquer les soldats. Certains prétendent que les membres du groupe armé organisé ont instrumentalisé la population et l’ont incitée à manifester, leur objectif étant de se cacher dans la foule pour mener une attaque.

1. Le paradigme du maintien de l’ordre devrait-il régir l’emploi de la force contre les émeutiers civils, et le paradigme de la conduite des hostilités devrait-il régir l’emploi de la force contre les membres du groupe armé organisé (« approche parallèle ») ?

2. Doit-on considérer que la situation dans son ensemble relève du paradigme de la conduite des hostilités ? Si oui, quelles seront les implications pratiques ?

3. Le paradigme à appliquer est-il différent selon que l’émeute se déroule à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit ?

4. Doit-on considérer que la situation dans son ensemble relève du paradigme du maintien de l’ordre, à moins que l’armée gouvernementale ne perde le contrôle sur la zone et que la violence atteigne un niveau élevé : à partir de quand ce niveau sera-t-il atteint et quelles seront les implications pratiques ?

1. CONTEXTE GÉNÉRAL

De manière générale, les émeutes ne sont pas considérées comme équivalent à une participation directe aux hostilités, quel que soit le niveau de violence atteint et quelles que soient les raisons poussant la population civile à réagir violemment. Ce constat reste valable même si les troubles civils sont de nature à contribuer à l’effort de guerre général de l’adversaire. Comme cela est expliqué dans le Guide interprétatif du CICR:

« En période de conflit armé, les manifestations politiques, émeutes et autres formes de troubles civils sont souvent caractérisées par des niveaux élevés de violence, et il arrive que la force armée soit employée pour les réprimer. En fait, les troubles civils peuvent fort bien provoquer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions, et lorsqu’ils favorisent les tensions politiques, l’insécurité économique, les destructions et le désordre, les troubles civils peuvent même contribuer à l’effort de guerre général d’une partie au conflit en affaiblissant l’autorité et le contrôle qu’une autre partie exerce sur un territoire. Il est donc important d’établir une distinction entre, d’une part, la participation directe aux hostilités – qui est spécifiquement conçue pour soutenir une partie à un conflit armé au détriment d’une autre – et, d’autre part, les formes violentes de troubles civils, qui ont pour but principal d’exprimer un mécontentement vis-à-vis des autorités territoriales ou détentrices.»

65 Voir Guide interprétatif du CICR, supra note 3, p. 85 : « [d]ans les situations de conflit armé, même l’emploi de la force contre des personnes n’ayant pas droit à une protection contre les attaques directes reste soumis à des restrictions d’ordre juridique. Outre les limitations imposées par le DIH sur certains moyens et méthodes de guerre spécifiques – et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant résulter d’autres branches applicables du droit international –, le type et le degré de force admissibles contre des personnes n’ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent.»


67 Des exceptions se produisent cependant. Il peut également arriver que des émeutiers dégénèrent en véritables situations de combat, lorsque des émeutes civils décident de prendre les armes et de combattre contre les autorités.

En d'autres termes, les émeutes qui ne sont pas spécifiquement conçues pour provoquer directement des effets atteignant le seuil de nuisance requis (au profit de l’une des parties au conflit et au détriment de l’autre) relèvent non pas du paradigme de la conduite des hostilités mais du paradigme du maintien de l'ordre.

La jurisprudence des organes des droits de l’homme est pleinement en accord avec cette conclusion. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur des émeutes survenues dans des contextes qu’elle a elle-même qualifiés de « conflits armés ». Dans ces affaires, la Cour a clairement appliqué le paradigme du maintien de l’ordre69.

Il peut cependant arriver que des membres d’un groupe armé organisé profitent des émeutes pour se cacher dans la foule et attaquer leur adversaire. Pour les autorités gouvernementales, il risque alors d’être difficile, voire impossible, d’établir une distinction entre les membres du groupe armé organisé et les émeutiers civils.

2. REMARQUES DES EXPERTS ET COMPTE-RENDU DES DÉBATS

La grande majorité des experts a considéré que dans les situations telles que celle décrite dans l’étude de cas n° 2, la conclusion de l’analyse juridique classique serait que les deux paradoxes régissant l’usage de la force s’appliquent en parallèle. Le paradigme de la conduite des hostilités est applicable à l’emploi de la force contre les membres du groupe armé organisé et celui du maintien de l’ordre reste applicable en cas d’usage de la force contre des émeutiers civils. Aux fins du présent rapport, cette option sera qualifiée d’« approche parallèle » (voir la première question de l’étude de cas n° 2).

Les experts ont été essentiellement d’accord quant à la nécessité de différencier les règles qui régissent l’emploi de la force contre les membres du groupe armé organisé, d’une part, et contre les civils, d’autre part. Ils ont toutefois relevé que les sources et les arguments juridiques variaient quelque peu. Selon un point de vue, le paradigme du maintien de l’ordre constitue la lex specialis pour ce qui concerne l’emploi de la force contre des manifestants civils violents dont les actes n’équivalent pas à une participation directe aux hostilités. Selon un autre point de vue, quand ils n’ont aucun lien avec les hostilités, de tels actes de violence ne sont pas couverts par le DIH en tant que lex specialis et ils restent couverts par le paradigme du maintien de l’ordre.

L’approche parallèle implique que les membres du groupe armé organisé qui se trouvent dans la foule peuvent être tus à vue, à condition que les prescriptions du DIH soient respectées (interdiction des attaques menées de manière indiscriminée ou en violation des principes de proportionnalité et de précaution). En d’autres termes, il n’est pas interdit de causer incidemment des dommages civils, à condition que ces dommages ne soient pas excessifs par rapport à l’avantage militaire concret et direct escompté.

Contrairement aux membres d’un groupe armé organisé, les émeutiers civils ne peuvent pas être considérés comme participant directement aux hostilités ; de ce fait, il est interdit de les prendre pour cible sous le paradigme de la conduite des hostilités70. Selon le DIH, les civils qui ne participent pas directement aux hostilités doivent être « respectés ». En outre, le DIH spécifie explicitement que « l’[a] présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité »71. Le DIH prévoit également et explicitement que « l’[a] présence ou les mouvements de la population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être considérés comme une menace à une population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être considérés comme une menace à une population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être considérés comme une menace à une population civile, à condition que ces dommages ne soient pas excessifs par rapport à l’avantage militaire concret et direct escompté.

69 Voir, par ex., CrEDH, affaire Güleç c. Turquie, arrêt du 27 juillet 1998 (mention au § 81 du conflit armé qui était alors en cours). Voir aussi CrEDH, affaire Simsek et al. c. Turquie, arrêt du 26 juin 2005 (traitant du même contexte). Il convient de remarquer cependant que, bien que dans la première affaire citée, la Cour ait expressément fait mention de l’existence d’un conflit armé, elle n’a pas analysé l’application du DIH dans une telle situation, ni examiné la relation entre le DIH et le DIDH. Pour une critique de la pertinence de la jurisprudence de la CrEDH portant sur des questions liées à la relation entre le DIH et le DIDH, voir la déclaration écrite de Mme Françoise Hampson (annexe 3).

70 L’un des experts a cependant estimé que dans certains cas tout-à-fait exceptionnels, les émeutiers civils pouvaient être considérés comme participant directement aux hostilités (les émeutiers civils commettant des actes de violence qui visent spécifiquement à nuire directement à l’État confronté aux émeutes, et qui apportent ainsi un appui à l’ennemi). Un cas se serait présenté si, par exemple, l’ennemi prenait la tête d’une émeute déclenchée dans le but soit de détruire les équipements militaires des forces armées gouvernementales, soit de détourner l’attention des forces armées et pouvoir mener ainsi une opération militaire dans un village des environs. Dans une telle situation exceptionnelle, les émeutiers sont réellement des civils qui participent « directement » (« activement ») aux hostilités : dès lors, ces émeutiers peuvent être pris pour cible sous le paradigme de la conduite des hostilités.


72 PA I [art. 51.7].
utilisée dans le cadre du paradigme du maintien de l’ordre public ; dans ce cas, des procédures d’escalade de la force doivent être respectées.

Une autre option consisterait à appliquer uniquement le paradigme de la conduite des hostilités à la situation décrite (comme cela est suggéré dans la question 2 de l’étude de cas). Elle n’a cependant été retenue par aucun des experts présents. En tout état de cause, a-t-il été souligné, même en appliquant uniquement le paradigme de la conduite des hostilités, l’on aboutirait à une conclusion similaire à celle que suggère l’approche parallèle (le DIH stipulant que seules les cibles légitimes peuvent être attaquées). Les émeutiers qui ne participent pas directement aux hostilités sont protégés contre les attaques directes. S’ils commettent des actes de violence, une procédure de recours progressif à la force (ou escalade de la force – avertissements, présence d’armes visibles, usage d’armes non létales, usage d’armes létales en dernier recours) devrait être appliquée conformément au principe de précaution dans l’attaque, tel qu’il figure dans le DIH73.

Bien que l’analyse juridique présentée par les experts à propos de l’étude de cas n° 2 ait pointé dans la même direction (celle de l’« approche parallèle »), les défis pratiques posés par ce type de situation ont fait l’objet de débats. Selon quelques experts, bien que l’approche parallèle présente un certain attrait sur le plan juridique, des obstacles réels risquent d’en entraver la mise en œuvre dans la pratique. Comment les soldats pourraient-ils établir une distinction entre les membres du groupe armé organisé (qui pourraient eux-mêmes ne pas chercher à se distinguer), les civils participant directement aux hostilités et, enfin, les émeutiers qui ne prennent pas directement part aux hostilités ? Comment les soldats pourraient-ils être censés appliquer deux paradigmes distincts au même moment et dans le même lieu ? En outre, dans la plupart des situations de conflit armé, les belligérants peuvent ne pas disposer de tireurs d’élite capables de cibler avec une précision chirurgicale les membres du groupe armé organisé se trouvant au milieu de la foule ; l’ouverture du feu contre ces individus risquerait de causer des pertes excessives en vies humaines dans la population civile, en violation du DIH.

Par ailleurs, les situations de troubles civils survenant dans le contexte d’un conflit armé peuvent être extrêmement volatiles et se transformer en véritables affrontements armés équivalent à des hostilités. Une situation telle que celle présentée dans l’étude de cas n° 2 pourrait ainsi se trouver principalement régie par le paradigme de la conduite des hostilités dès lors que les membres du groupe armé organisé ou les civils participant directement aux hostilités sont effectivement plus nombreux que, d’une part, les civils pacifiques et, d’autre part, les émeutiers civils dont les actes n’équivalent pas à une participation directe aux hostilités. En d’autres termes, la nature d’une situation peut changer et le paradigme prédominant peut ne pas être toujours le même.

À ce propos, certains experts ont estimé qu’une approche unique de la situation dans son ensemble pourrait être préférable, ne serait-ce que pour des raisons pratiques. L’une des propositions voudrait, par exemple, que le paradigme du maintien de l’ordre s’applique à la situation dans son ensemble aussi longtemps que l’État confronté à l’émeute continue d’exercer un contrôle suffisant (sur la zone et sur les circonstances) et que le niveau de violence reste faible (comme cela est suggéré dans la question 4 de l’étude de cas n° 2). Néanmoins, de l’avis de la plupart des experts, les deux critères mentionnés dans cette même question (à savoir, le degré de contrôle exercé et l’intensité de la violence) ne sont pas déterminants. Le critère « zone de conflit » inclus dans la question 3 de l’étude de cas n° 2 n’a été retenu par aucun des experts74. Une autre solution proposée consistait à appliquer le paradigme du maintien de l’ordre dans les situations où il est matériellement impossible d’opérer nettement une distinction entre, d’une part, les cibles légitimes au regard du DIH et, d’autre part, les civils violents. Une autre proposition a été formulée : dans la mesure où les forces armées des États peuvent ne pas accepter facilement une approche purement axée sur le maintien de l’ordre, il conviendrait de poursuivre la réflexion. Ainsi, des procédures appropriées pourraient être élaborées indépendamment du cadre ou du régime juridique. Dans de telles « zones grises », le postulat de base devrait être que, dans la pratique, il convient d’appliquer à la situation dans son ensemble une procédure d’escalade de la force.

73 Sur la question de savoir si la procédure d’escalade de la force peut être dérivée des principes et règles du DIH, voir les discussions relatives plus bas (étude de cas n° 5).
74 À propos du rejet de ces éléments en tant que critères juridiques, voir les arguments et contre-arguments exposés plus haut (étude de cas n° 1).
Le rôle de la légitime défense a été discuté à propos de tels scénarios se déroulant dans des zones grises. Certains experts ont relevé que, dans la pratique, les règles d'engagement nationales (RoE) relatives aux situations d'émeute étaient en général basées sur la notion de légitime défense. Concrètement, cela signifie que la manière de faire face à la situation dans son ensemble consisterait à adopter des procédures d'escalade de la force. En d'autres termes, instruction serait donnée aux forces armées d'employer des techniques relevant du maintien de l'ordre. Or, il a été relevé que, sur le plan du droit, ces techniques ne sont pas basées sur le paradigme du maintien de l'ordre mais plutôt sur le concept autonome de la légitime défense. Par conséquent, les instructions figurant dans les RoE varieraient non pas selon le statut ou la fonction des personnes se trouvant dans la foule, mais plutôt selon le niveau de menace présent dans certaines circonstances concrètes. Ainsi, face à un membre d'un groupe armé organisé qui ne fait pas usage de la force létale mais qui est identifiable et peut être pris pour cible, les forces armées recevraient l'ordre de ne pas ouvrir le feu afin d'éviter d'infliger des pertes excessives à la population civile. Par contre, si ce membre du groupe armé organisé employait la force, il pourrait être pris pour cible par un tireur d'élite, par exemple, conformément aux règles de la légitime défense. Selon les experts, le concept de légitime défense tel qu'il figure dans les RoE est différent de celui de l'auto-défense nationale et de celui de légitime défense au sens du DIH, et il doit plutôt être compris comme un concept militaire autonome, plus permissif. L'interprétation de ce concept de légitime défense militaire varie néanmoins d'un État à l'autre (tout comme celui de l'auto-défense nationale). Cela crée des difficultés potentielles pour les forces multinationales appelées à réprimer des émeutes. Certains experts ont aussi souligné que les règles relatives à la légitime défense figurant dans les RoE utilisées par leurs pays respectifs étaient appliquées pour des raisons politiques, bien qu'elles soient substantiellement similaires au droit interne de leurs pays respectifs, ou même entièrement dérivées de ce droit.

D'autres experts ont rejeté l'argument selon lequel les règles relatives à la légitime défense seraient applicables dans un tel contexte. Le régime de la légitime défense devrait être compris comme étant plus restrictif que celui du maintien de l'ordre. Selon ces experts, la police et les forces armées peuvent employer la force à d'autres fins que la légitime défense. Elles peuvent également recourir à la force pour effectuer une arrestation régulière ou pour réprimer une émeute, par exemple, comme le stipule l'article 2, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sur un plan pratique, et bien que se basant sur des arguments juridiques différents, la grande majorité des experts sont tombés d'accord pour conclure que de telles situations ( lorqu des membres d'un groupe armé organisé et des civils se mêlent et se confondent) devraient être principalement réglées en suivant des procédures d'escalade de la force. En outre, des membres d'un groupe armé organisé qui tirent des coups de feu ou des civils qui participent directement aux hostilités pourraient tout autant être pris pour cible sous le régime de la conduite des opérations militaires que sous celui du maintien de l'ordre. Un certain nombre d'experts ont souligné que même en cas d'application exclusive du paradigme du maintien de l'ordre, la force létales pourrait être employée contre des membres d'un groupe armé organisé qui représentent une menace imminente de mort ou de blessures (après, cependant, que toutes les précautions pertinentes prévues dans le cadre du maintien de l'ordre aient été prises). Ces arguments tendaient à montrer que, dans une situation particulière comme celle de l'étude de cas n° 2, quel que soit le paradigme dominant, les résultats étaient moins différents que prévu.

Certains experts ont toutefois estimé qu'il restait important de déterminer quel paradigme devait prévaloir. Premièrement, en théorie, un membre d'un groupe armé organisé qui se trouve au sein de la foule mais n'est pas en train de tirer des coups de feu pourrait être pris pour cible en vertu de l'approche parallèle, même si cet individu ne constitue pas une menace imminente (les principes cardinaux du DIH – proportionnalité et précaution – devraient cependant être respectés). Par contre, les règles relatives à la légitime défense ou découlant du paradigme du maintien de l'ordre n'autoriseraient pas une telle attaque. Deuxièmement, en cas d'application d'un paradigme exclusivement axé sur le maintien de l'ordre, l'acceptation de pertes collatérales en vies humaines dans la population civile pourrait être moindre que si l’approche parallèle était adoptée (quand, par exemple, des cibles légitimes au regard du DIH sont attaquées sous le paradigme de la conduite des hostilités). Troisièmement,


77 Supra, p. 11 et 12.
le paradigme du maintien de l’ordre prévoit des obligations additionnelles comme, par exemple, l’obligation de protéger la population contre des actes de violence qui menacent des vies humaines. Une telle obligation ne figure pas dans les règles relatives à la légitime défense. Par conséquent, si les forces armées suivaient la logique de la légitime défense dans une situation d’émeute, elles pourraient décider tout simplement de se retirer et de quitter la zone – cela, même si les émeutiers exposaient les civils à un danger de mort ou de blessures. Sous le paradigme du maintien de l’ordre, une telle approche pourrait être considérée comme un manquement à l’obligation de protéger la population. Enfin, la détermination du paradigme pertinente pourrait conduire à d’autres différences encore ; celles-ci pourraient avoir un impact sur la planification, la disponibilité des armes et l’obligation d’enquête. À propos de la disponibilité des armes, par exemple, un certain nombre d’experts ont relevé que les agents de lutte anti-émeute (gaz lacrymogènes, par exemple) ou les balles expansives peuvent être utilisés légalement aux fins du maintien de l’ordre, mais qu’ils sont interdits dans le cadre de la conduite des hostilités.

C. LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ

ÉTUDE DE CAS N° 3 - LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ

Dans le contexte d’un conflit armé non international, un groupe armé organisé non étatique entretient des liens étroits avec un groupe criminel – ne constituant pas une partie au conflit armé – qui se livre à des trafics illégaux (ci-après « le groupe criminel »). Le groupe criminel finance l’effort de guerre du groupe armé organisé et/ou facilite son accès aux armements. Le groupe armé organisé non étatique fournit, pour sa part, une protection armée aux membres du groupe criminel, de même que la possibilité d’opérer plus ou moins librement dans les parties du territoire qu’il contrôle. Parfois, des membres armés du groupe criminel opèrent dans une zone où se produisent des affrontements armés entre les membres du groupe armé organisé et les forces armées gouvernementales. Ainsi, l’armée gouvernementale est parfois confrontée simultanément à la violence armée des membres du groupe armé organisé non étatique et à celle des membres du groupe criminel.

1. Pour autant que les actes violents commis par les membres du groupe criminel ne soient pas équivalents à une participation directe aux hostilités, le paradigme du maintien de l’ordre devrait-il régir l’emploi de la force contre les membres du groupe criminel, le paradigme de la conduite des hostilités régissant l’usage de la force contre les membres du groupe armé organisé (« approche parallèle ») ? La proximité géographique entre membres du groupe armé organisé et membres du groupe criminel modifie-t-elle la réponse à cette question ?

2. Faut-il considérer que la situation dans son ensemble devrait être régie par le paradigme de la conduite des hostilités ? Si oui, quelles seront les implications pratiques ?

3. Le paradigme à appliquer est-il différent selon que la situation se présente à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit ?

4. Faut-il considérer que la situation dans son ensemble relève du paradigme du maintien de l’ordre à moins que les forces armées ne perdent le contrôle sur la zone et que la violence atteigne un niveau élevé. Quand un tel niveau serait-il atteint ? Quelles seraient les implications pratiques ?

1. CONTEXTE GÉNÉRAL

Dans un certain nombre de conflits armés, les parties au conflit entretiennent des liens étroits avec le crime organisé et les groupes criminels. Comme dans l’exemple de l’étude de cas n° 3, il arrive que des groupes criminels financent l’effort de guerre à travers le commerce illicite, ou qu’ils facilitent l’accès aux armes ; de leur côté, les groupes armés fournissent aux membres des groupes criminels une protection armée ainsi que la possibilité d’opérer plus ou moins librement dans les parties du territoire qu’ils contrôlent.

78 Les Règles d’engagement pourraient prévoir en outre une « autorité » chargée de protéger les civils, mais aucune obligation n’existe en la matière.

79 Un expert a relevé que ce type de stratégie pourrait, en fait, être très efficace et contribuer à désamorcer la situation quand les émeutes sont liées au mécontentement de la population envers les militaires.

80 Sur ces questions, voir plus bas, section III.

81 Sur l’interdiction d’employeur des agents anti-émeute en tant que méthode de combat, voir infra note 118. Sur l’interdiction des balles expansives dans les situations de conflit armé, voir la Déclaration de La Haye de 1899 « concernant l’interdiction de l’emploi de balles qui s’épanouissent ou s’aplatissent facilement dans le corps humain ». L’emploi de balles expansives figure également parmi les crimes de guerre mentionnés dans le Statut de la Cour pénale internationale [art. 8, par. 2, alinéa b (xix)]. Voir aussi Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 (Règle 77).
Le paradigme du maintien de l’ordre est particulièrement pertinent si, par hypothèse, le groupe criminel n’est pas considéré comme l’une des parties au conflit armé (parce qu’il n’est pas suffisamment organisé ou ne se livre pas à des violences d’une intensité suffisante). La situation pourrait être différente si les membres du groupe criminel participaient directement aux hostilités ou si certains de ses membres étaient en même temps des membres du groupe armé organisé non étatique.

Des questions difficiles, d’ordre juridique et pratique, peuvent se poser quand les parties à un conflit armé s’affrontent et qu’en même temps, les membres armés de groupes criminels opèrent dans la même zone que les membres d’un groupe armé organisé (situation décrite dans l’étude de cas n° 3). Quel serait en ce cas le résultat de l’analyse juridique, et comment les forces armées de l’État devraient-elles réagir ?

2. REMARQUES DES EXPERTS ET COMPTE-RENDU DES DÉBATS

Comme dans l’étude de cas n° 2, il a été largement admis qu’une approche parallèle serait nécessaire. Le paradigme de la conduite des hostilités serait applicable à l’usage de la force contre les membres du groupe armé organisé tandis que celui du maintien de l’ordre s’appliquerait à l’usage de la force contre les membres violents du groupe criminel (dont les actes n’équivalent pas à une participation directe aux hostilités).

Lors de l’analyse de l’étude de cas n° 2, certains éléments avaient amené quelques experts à douter de la possibilité de mettre en pratique l’approche parallèle. Ces arguments n’ont pas été avancés lors de la discussion sur l’étude de cas n° 3. Pourquoi ? De fait, même si les membres violents du groupe criminel et les membres du groupe armé organisé ont été décrits comme opérant à proximité étroite, à l’intérieur de la même zone géographique, ces groupes se trouvaient clairement séparés ; de plus, à la différence de l’exemple donné dans l’étude précédente, les membres de ces groupes ne se mêlaient et ne se confondaient pas. En ce sens, l’étude de cas n° 3 a été jugée plus directe que la précédente, et l’approche parallèle n’a pas été réellement critiquée dans ce contexte.

Cependant, les participants qui mettaient en doute la possibilité, pour les forces armées, d’appliquer le paradigme du maintien de l’ordre dans les conflits armés ont fait part de leur difficulté à accepter l’approche parallèle. De l’avis de certains experts, l’action contre les membres violents du groupe criminel dont les actes n’équivalent pas à une participation directe aux hostilités ne pourrait être engagée qu’au titre de la légitime défense. Par conséquent, l’action contre les membres du groupe armé organisé serait menée dans le cadre de la conduite des hostilités, tandis que les membres violents du groupe criminel ne pourraient être tués que si cela était absolument nécessaire, au titre de la légitime défense.

Comme dans l’étude de cas n° 2, les experts ont relevé à quel point il serait difficile sur le plan pratique de faire la distinction entre les membres armés du groupe criminel et les membres du groupe armé organisé, si ces derniers ne portaient aucun signe distinctif. Les activités menées par les membres du groupe armé organisé, d’une part, et par les membres du groupe criminel, d’autre part, peuvent paraître assez semblables. Par exemple, il pourrait être difficile pour un observateur externe de faire la différence entre l’action des groupes criminels qualifiée d’« extorsion de fonds » et celle des groupes armés non étatiques qui « lèvent des taxes ». Même les motivations des membres du groupe criminel et des membres du groupe armé organisé pourraient être similaires. Certains membres d’un groupe armé organisé pourraient s’engager dans un conflit armé non seulement pour des raisons d’ordre idéologique ou politique, mais aussi (ou principalement) pour en retirer un profit personnel. D’autre part, les membres d’un groupe criminel peuvent éprouver une certaine sympathie pour la cause d’un groupe armé. Par conséquent, il n’est pas toujours aisé d’établir une distinction entre les membres du groupe armé organisé et les membres du groupe criminel. En cas de doute quant au statut d’un individu, le DIH stipule que celui-ci doit être considéré comme un civil.

Aucun expert n’a estimé que la situation décrite dans l’étude de cas n° 3 devrait être régie uniquement par le paradigme de la conduite des hostilités (comme suggéré dans la question 2 de cette étude).

Les experts n’ont pas considéré que les critères évoqués dans les questions 3 et 4 – intérieur/extérieur de la zone de conflit, contrôle exercé sur la zone ou intensité de la violence – avaient une incidence sur la détermination du statut de l’individu dans le conflit armé. Il n’est pas toujours aisé d’établir une distinction entre les groupes armés et les groupes criminels. En cas de doute, il est préférable de considérer que l’individu est civil.

83 Si les membres du groupe armé organisé et les criminels se mêlaient et se confondaient, des problèmes similaires à celui décrit dans l’étude de cas n° 2 se poseraient également ici.
84 Voir supra, p. 10 et suiv.
85 Pour poursuivre l’examen de la question du doute, se reporter aux discussions relatives à l’étude de cas n° 5.
paradigme applicable. Ils ont estimé que, par contre, l’évaluation visant à déterminer si les personnes concernées constituent ou non des cibles légitimes au regard du DIH était un élément décisif.

Bien que ne jouant pas un rôle central dans l’analyse juridique de l’étude de cas n° 3, deux questions ont été soulevées par des experts. Premièrement : dans quelles circonstances les groupes criminel peuvent-ils devenir parties à un conflit armé ? Deuxièmement : dans quelles circonstances les membres d’un groupe criminel peuvent-ils être considérés comme participant directement aux hostilités ? Si l’on accepte l’hypothèse que le groupe criminel finance le groupe armé non étatique et lui fournit des armes, il y a lieu de se demander si le groupe criminel est réellement une organisation distincte ou, au contraire, une branche du groupe armé non étatique. En outre, dans l’hypothèse où le groupe criminel est une organisation distincte, clairement dissociable du groupe armé organisé et où, il se produit directement – entre le groupe criminel et les forces armées de l’État – des actes de violence d’une intensité suffisante pour que la situation soit qualifiée de « conflit armé non international » au regard du DIH, le groupe criminel devrait être considéré comme l’une des parties au conflit armé. S’il en était ainsi, les experts ont souligné que la question de savoir si les membres du groupe criminel se trouvant dans la zone exercent ou non une fonction de combat continue serait l’un des critères à utiliser pour déterminer lequel des paradigmes est applicable86.

À propos de la participation directe aux hostilités, la plupart des experts ont estimé que le fait que des personnes mènent des activités criminelles susceptibles de financer l’effort de guerre ne signifiait pas qu’elles prennent directement part aux hostilités. Le fait de conclure dans le sens contraire entraînerait sur une « pente glissante » très dangereuse. En effet, quasiment tout un chacun pourrait être perçu comme soutenant, d’une manière ou d’une autre, l’effort de guerre en contribuant à la richesse économique de l’État ou de l’une des parties engagées dans un conflit armé. À titre d’exemple, un certain nombre d’experts ont mentionné qu’à l’origine, en Afghanistan, certains commandants militaires de la FIAS (Force internationale d’assistance à la sécurité, déployée par l’OTAN) étaient favorables à l’idée de considérer les « seigneurs de la drogue » comme des civils participant directement aux hostilités, au motif que ces trafiquants jouaient un rôle important en finançant les talibans. Certains commandants militaires de la FIAS ont même considéré que les laboratoires de fabrication de drogues constituaient des objectifs militaires, en application de la doctrine selon laquelle ces laboratoires faisaient partie des objets contribuant à l’effort de guerre des talibans. Une telle interprétation a toutefois été rejetée par de nombreux pays fournisseurs de contingents à la FIAS ; les opérations spécifiquement dirigées contre les seigneurs de la drogue et les laboratoires clandestins ont été repensées et ont pris la forme d’opérations de maintien de l’ordre87. Aujourd’hui, en Afghanistan, ces opérations sont par conséquent menées sous le paradigme du maintien de l’ordre, notamment par la police afghane chargée de la lutte antidrogue. Désormais, les seigneurs de la drogue ne sont plus considérés comme des civils participant directement aux hostilités88.

En ce qui concerne l’étude de cas n° 3, certains experts ont néanmoins déclaré qu’ils peinaient à admettre que les membres du groupe criminel ne participaient pas directement aux hostilités. Dans la situation décrite, les membres du groupe criminel ne se bornent pas à financer le groupe armé organisé non étatique et à faciliter son accès aux armes : ils font également usage de la violence armée, aux côtés des membres du groupe armé organisé, contre les forces armées de l’État. Il serait difficile de nier qu’en fonction des circonstances, l’emploi de la force par les membres d’un groupe criminal aux côtés des membres du groupe armé organisé pourrait être une indication de l’existence d’un « lien de belligérance »89. L’argument avancé est le suivant : en tout état de cause, si des membres du groupe criminel ont employé la force aux côtés des membres du groupe armé organisé, la force léthale pourrait être employée contre eux sous le paradigme de la conduite des hostilités (si l’on considère qu’ils participent directement aux hostilités au sens du DIH).


87 De l’avis de l’un des experts, les civils ne peuvent pas être considérés comme participant « directement » aux hostilités du simple fait qu’ils contribuent à l’effort de guerre. Par contre, les objets qui apportent une contribution effective à l’action de l’ennemi (war-sustaining capabilities, en anglais) peuvent être considérés comme des objectifs militaires. Cela dit, le même expert a indiqué qu’il serait contre-productif de considérer les laboratoires de fabrication de drogues en Afghanistan comme des objectifs militaires, du fait des pertes en vies humaines et des répercussions politiques négatives qui résulteraient d’attaques lancées contre eux. Dans la même veine, un autre expert a souligné qu’au regard du DIH, il existait une différence entre les attaques dirigées contre des objets et le ciblage de personnes. Par ex., une usine d’armement peut constituer un objectif militaire, mais les ouvriers qui y travaillent sont des civils. S’ils sont blessés ou tués lors d’une attaque contre cette usine, les ouvriers font partie des pertes civiles collatérales. Par conséquent, les critères utilisés pour établir si un objet donné constitue un objectif militaire ne peuvent pas être utilisés afin d’établir si un civil participe « directement » ou « activement » aux hostilités. Pour des raisons évidentes, les règles qui régissent le ciblage de personnes sont plus restrictives que celles qui concernent le ciblage d’objets.


89 À propos du « lien de belligérance » tel que défini par le CICR, voir Guide interprétatif du CICR, supra note 3, p. 60 (afin de satisfaire à l’exigence du lien de belligérance, un acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l’avantage d’une partie au conflit et au détriment d’une autre).
aux hostilités) ou sous le paradigme du maintien de l’ordre pour autant que cela soit absolument nécessaire. Le résultat final, à savoir le recours à la force létale, serait par conséquent le même que soit le paradigme appliqué.

Enfin, la question s’est posée de savoir quel serait le paradigme applicable à l’emploi de la force dans une situation autre qu’un conflit armé, quand un gouvernement se trouve confronté à de puissants groupes criminels (tels que, par exemple, les cartels de la drogue) qui recourent à la violence armée. Dès lors que la situation n’atteint pas le seuil de conflit armé, il est clair que le paradigme de la conduite des hostilités n’est pas pertinent. Seul le paradigme du maintien de l’ordre serait applicable. Un expert a néanmoins fait valoir que le paradigme du maintien de l’ordre ne serait pas adéquat pour remédier à cette situation en raison des limitations restrictives qu’il impose à l’emploi de la force. Il a été allégué qu’une « troisième voie » devrait être explorée dans les cas où, de lege ferenda, le paradigme de la conduite des hostilités serait considéré applicable même si le groupe criminel n’était pas considéré comme partie au conflit armé.

De nombreux experts ont réagi à cet argument, se disant en désaccord avec la proposition présentée, qu’ils ont jugée dangereuse. À leur avis, tant le droit existant que les deux paradigmes sont applicables dans toute une gamme de situations de violence armée. Il n’y a aucun besoin d’élaborer différentes règles relatives à l’usage de la force, ni de penser à combiner les deux paradigmes dans une troisième voie, quelle qu’elle soit. Dans la réalité, ont-ils également souligné, le paradigme du maintien de l’ordre est suffisamment flexible pour permettre d’intervenir dans tout type de situation de violence armée autre qu’un conflit armé. Dans un conflit armé, parallèlement au paradigme des hostilités, le paradigme du maintien de l’ordre (quand il est applicable, comme, par exemple, dans une situation de troubles civils) peut également tenir compte des hostilités en cours dans l’évaluation du respect du principe de proportionnalité au sens du DIDH, par exemple, ou dans l’évaluation du respect du principe de précaution dans l’attaque (obligation de prévenir la population, par exemple).

### D. TENTATIVES D’ÉVASION ET ÉMEUTES DE DÉTENUS

**ÉTUDE DE CAS N° 4 - TENTATIVES D’ÉVASION ET ÉMEUTES DE DÉTENUS**

Dans le contexte d’un conflit armé non international, les forces armées gouvernementales détiennent des membres d’un groupe armé organisé. Certains détenus, mécontents de leurs conditions de détention, déclenchent une émeute et lancent toutes sortes d’objets contre les gardiens. Profitant de la situation, un petit groupe de détenus tente de s’évader. Simultanément, des membres du groupe armé organisé arrivent de l’extérieur et commencent à attaquer les gardiens pour libérer les détenus.

1. Le paradigme du maintien de l’ordre devrait-il régir l’emploi de la force contre les détenus émeutiers ou les détenus qui tentent de s’évader, alors que le paradigme de la conduite des hostilités régirait l’emploi de la force contre les membres du groupe armé organisé venus de l’extérieur (« approche parallèle ») ?

2. La situation dans son ensemble devrait-elle être considérée comme relevant du paradigme de la conduite des hostilités ? Si oui, quelles seraient les conséquences pratiques ?

3. Le paradigme à appliquer est-il différent selon que la situation se présente à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit ?

4. Doit-on considérer que la situation dans son ensemble relève du paradigme du maintien de l’ordre, à moins que les forces armées ne perdent le contrôle sur la zone et que la violence atteigne un niveau élevé d’intensité, et quand ce niveau d’intensité sera-t-il rencontré ? Quand un tel niveau serait-il atteint ? Quelles seraient les implications pratiques ?

5. Par définition, un degré particulièrement élevé de contrôle et de surveillance est exercé sur un centre de détention : cela modifie-t-il les résultats de l’analyse (par rapport à des situations comme celles décrites dans les études de cas précédentes) ?
1. CONTEXTE GÉNÉRAL

L’article 42 de la IIIe Convention de Genève porte spécifiquement sur l’emploi de la force contre les prisonniers de guerre qui tentent de s’évader. Son libellé est le suivant :

« L’usage des armes contre les prisonniers de guerre, en particulier contre ceux qui s’évadent ou tentent de s’évader, ne constituera qu’un moyen extrême qui sera toujours précédé de sommations appropriées aux circonstances. »

L’emploi des armes contre des prisonniers de guerre qui tentent de s’évader est donc considéré comme le dernier recours ; des sommations doivent être faites, exactement comme sous le paradigme du maintien de l’ordre. Certes, aucune disposition similaire ne s’applique aux internés civils ou aux personnes privées de liberté pour des motifs liés à un conflit armé non international ; il peut cependant être déduit que le paradigme du maintien de l’ordre s’applique aux tentatives d’évasion. Logiquement, cette même déduction devrait être valable pour les détenus émeutiers90. Les personnes privées de liberté sont hors de combat et placées sous le contrôle direct des autorités détentrices. Les actions menées pour empêcher les évasions ou réprimer les émeutes ne font pas partie des hostilités91.

Cette position est également confortée par la jurisprudence des organes des droits de l’homme. Par exemple, dans l’affaire Neira Alegria c. Pérou, la Cour interaméricaine des droits de l’homme (CrIADH) a été appelée à se prononcer sur le décès de nombreux détenus consécutif à une émeute survenue dans une prison péruvienne. Ces événements se sont déroulés dans le contexte du conflit armé non international opposant le gouvernement péruvien au Sentier lumineux, un groupe armé non étatique auquel appartenaient la plupart des détenus. La CrIADH a estimé que la démolition de la prison par les forces de la Marine péruvienne avait constitué un acte disproportionné. La CrIADH a appliqué le DIDH (la Convention américaine relative aux droits de l’homme) et ne s’est pas référée au DIH. Or, un conflit armé non international était en cours à cette époque, et les prisonniers étaient membres d’un groupe armé non étatique92. Il vaut la peine de rappeler que, bien qu’ayant clairement établi dans sa jurisprudence qu’elle n’était pas compétente pour appliquer le DIH, la CrIADH a admis que les dispositions du DIH pouvaient être utilisées comme outil d’interprétation93.

La situation est cependant plus complexe quand des tentatives d’évasion et/ou des émeutes ont lieu en même temps qu’une attaque ennemie visant à libérer les personnes détenues (internées), comme illustré dans l’étude de cas n° 4. Dans une telle situation, quel devrait être le résultat de l’analyse juridique, et comment le personnel pénitentiaire devrait-il réagir ?


91 Guide interprétatif du CICR, supra note 3, p. 64. Le Guide interprétatif a précisément reconnu que « [d]e la même manière, une fois que le personnel militaire a été capturé (et se trouve donc hors de combat), la répression des émeutes et la prévention des évasions ou l’exécution licite de condamnations à mort n’ont pas pour but de nuire directement à la partie adverse sur le plan militaire ; par conséquent, il n’existe pas en ce cas de lien de belligérance ». Voir aussi dans le Guide interprétatif du CICR, supra note 3, p. 50 : « L’opinion qui a prévalu durant les réunions d’experts a été que la surveillance du personnel militaire capturé constituait clairement un cas de participation directe aux hostilités. Néanmoins, dans la mesure où cela est pratiquement possible, la surveillance du personnel militaire capturé (en tant que moyen d’empêcher qu’il soit libéré par l’ennemi) devrait être distinguée de l’exercice d’une autorité administrative, judiciaire et disciplinaire sur ce personnel pendant qu’il se trouve au pouvoir d’une partie au conflit (y compris en cas d’émeutes ou d’évasions, qui ne font pas partie d’une opération militaire hostile). Cette distinction nuancée n’a pas été examinée durant les réunions d’experts. »

92 CrIADH, affaire Neira Alegria c. Pérou, arrêt sur le fond, 19 janvier 1995, [§ 74] : « [T]raduction] \( \text{[l’article 4.1 de la Convention dispose que [n]ul ne peut être privé arbitrairement de la vie \( \ldots\) ] dans l’affaire qui nous occupe, l’analyse qui doit être faite concerne davantage le droit, pour l’État, de recourir à la force \( \ldots\) même si cela implique des pertes en vies humaines \( \ldots\) afin de maintenir l’ordre, ce qui n’est pas en discussion. Il existe, dans la philosophie et dans l’histoire, d’abondantes réflexions quant au fait que la mort d’individus dans de telles circonstances n’engage la responsabilité ni de l’État ni de ses représentants. Par contre, comme cela ressort d’arguments précédemment exprimés dans cet arrêt, la Cour estime que la forte dangerosité des personnes détenues dans le Pavillon bleu de la prison San Juan Bautista ainsi que le fait que ces personnes étaient armées, ne constituent pas des éléments suffisants pour justifier le degré de force utilisé dans cette prison et dans d’autres prisons où des émeutes avaient éclaté ; la Cour estime qu’il s’agissait d’une confrontation politique entre le gouvernement et les terroristes, réels ou présumés, du Sentier lumineux \( \ldots\) en l’absence de lien de belligérance ». Voir aussi dans le Guide interprétatif du CICR, supra note 3, p. 50 : « L’opinion qui a prévalu durant les réunions d’experts a été que la surveillance du personnel militaire capturé constituait clairement un cas de participation directe aux hostilités. Néanmoins, dans la mesure où cela est pratiquement possible, la surveillance du personnel militaire capturé (en tant que moyen d’empêcher qu’il soit libéré par l’ennemi) devrait être distinguée de l’exercice d’une autorité administrative, judiciaire et disciplinaire sur ce personnel pendant qu’il se trouve au pouvoir d’une partie au conflit (y compris en cas d’émeutes ou d’évasions, qui ne font pas partie d’une opération militaire hostile). Cette distinction nuancée n’a pas été examinée durant les réunions d’experts. »

93 Voir, par ex., CrIADH, affaire Bâmaca-Velásquez c. Guatemala, Réparations, arrêt du 25 novembre 2000 [§ 208] : « [T]raduction] \( \text{[b]ien que la Cour considère n’ait pas compétence pour déclarer qu’un État est responsable au niveau international de la violation des traités internationaux qui ne lui confèrent pas une telle compétence, elle peut observer que certains actes ou omissions qui violent les droits de l’homme protégés par les traités que les États ont effectivement la compétence d’apporter, violent également d’autres instruments internationaux relatifs à la protection de l’individu, comme, par ex., les Conventions de Genève de 1949 et, en particulier, l’article 3 commun.} \)"
Lors de l’analyse de l’étude de cas n° 4, un large consensus est apparu entre les experts. De l’avis général, les procédures d’escalade de la force devaient être utilisées face à des émeutiers ou à des détenus qui tentent de s’évader (prisonniers de guerre, membres d’un groupe armé organisé ou autres internés civils). Il a été relevé que la pratique des États était très claire à ce sujet mais que, dans le contexte d’un conflit armé non international, la source juridique des procédures d’escalade de la force était controversée.

De l’avis de certains experts, dans le contexte d’un conflit armé non international, le paradigme applicable aux émeutiers ou aux détenus qui tentent de s’évader serait celui du maintien de l’ordre, tel qu’il découle du DIDH. Le DIDH applicable aux conflits armés non internationaux ne contient aucune disposition similaire à l’article 42 de la IIIe Convention de Genève. De toute façon, la mention de cet article 42 n’est rien de plus qu’une référence implicite (un « renvoi ») au paradigme du maintien de l’ordre, ce dernier constituant la lex specialis lors d’emploi de la force contre des détenus émeutiers ou des détenus qui tentent de s’évader. Selon cette approche, les membres du groupe armé organisé détenus cessent d’exercer une fonction de combat continue. La détention devait être considérée comme une « interruption », une période pendant laquelle les membres d’un groupe armé organisé redeviennent des civils, à moins qu’ils ne réussissent à s’enfuir, rejoignent ensuite le groupe armé organisé et reprennent les armes. Selon d’autres experts, le paradigme du maintien de l’ordre devrait effectivement régir l’usage de la force contre des détenus émeutiers ou des membres d’un groupe armé organisé qui tentent de s’évader pendant un conflit armé non international, mais cela seulement jusqu’à ce que les détenus aient réussi leur évacuation. Ensuite, chacun des évadés pourrait être considéré comme une attaque sous le paradigme de la conduite des hostilités. Il ne serait pas nécessaire qu’il ait effectivement rejoint le groupe armé organisé pour qu’un membre d’un groupe armé organisé soit considéré comme un civil qui tente de s’enfuir pour devenir membre d’un groupe armé organisé et être traité différemment d’un civil qui tente de s’évader.

Un certain nombre d’experts ont défendu le point de vue opposé. Ils ont considéré que le DIDH répondait déjà à cette question et qu’il n’était pas nécessaire de se référer au paradigme du maintien de l’ordre tel qu’il découle du DIDH. Selon ces experts, la portée de la règle énoncée au sujet des détenus émeutiers ou des internés qui tentent de s’évader ou qui participent à des émeutes dans un conflit armé non international. La source juridique des procédures d’escalade de la force résiderait par conséquent dans le DIDH, et non dans le paradigme du maintien de l’ordre tel qu’il découle du DIDH. L’un des arguments avancés à l’appui de cette thèse consiste à affirmer qu’un membre d’un groupe armé organisé qui tente de s’évader devrait encore être considéré comme un membre d’un groupe armé organisé et être traité différemment d’un civil qui tente de s’évader mais qui n’a jamais participé aux hostilités.

La plupart des experts qui estimaient que le DIDH fournissait déjà la réponse à une situation telle que celle de l’étude de cas n° 4, par exemple, ont cependant accepté de considérer que, dans certaines circonstances, les règles relatives au maintien de l’ordre dérivées du DIDH ou du droit interne pourraient être applicables et devenir l’inspiration – ou la source – des procédures d’escalade de la force. Plusieurs circonstances de ce type ont été relevées :

1. Quelques experts ont estimé que cela dépend de deux éléments : premierement, l’instance chargée de gérer le lieu de détention (sont-ils des militaires ou des agents de la force publique ?); deuxièmement, le type de privation de liberté (s’agit-il de personnes internées conformément au DIDH, ou placées en détention en attendant d’être poursuivies conformément à la législation nationale ?). Si les membres du groupe armé organisé capturés se trouvaient sous le contrôle des militaires en tant qu’internes au sens du DIDH, une règle de DIDH spécifique, analogue à l’article 42 de la IIIe Convention de Genève, s’appliquerait. Au contraire, si les membres du groupe armé organisé capturés avaient été remis à la police ou à d’autres agents de la force publique et s’ils étaient poursuivis en vertu de la législation nationale, alors le paradigme du maintien de l’ordre s’appliquerait.

2. Un autre argument a été avancé : dans le contexte d’un conflit armé non international se déroulant sur le territoire de l’État belligérant, par exemple, il pourrait exister, dans le droit interne, une obligation imposant aux forces armées de remettre les membres du groupe armé organisé capturés aux autorités chargées du maintien de l’ordre. Si, après ce transfert, les membres du groupe armé organisé participaient à des émeutes ou tentaient de s’évader, le paradigme du maintien de l’ordre serait applicable.
3. Selon un autre point de vue, dans un cas « classique » de conflit armé non international opposant un gouvernement à un groupe insurgé opérant sur son sol, le paradigme du maintien de l’ordre s’appliquerait ; par contre, dans le contexte d’un conflit armé non international présentant un caractère extraterritorial, des analogies devraient être tirées de l’article 42 de la IIIe Convention de Genève94.

4. Selon un dernier argument, les règles de DIH spécifiques établies par analogie avec l’article 42 de la IIIe Convention de Genève s’appliqueraient, à moins que les membres du groupe armé organisé capturés ne soient détenus dans un même centre de détention que des prisonniers de droit commun.

Une « sous-question » a encore été débattue dans le contexte de l’étude de cas n° 4 : quand une évasion est-elle « réussie » au regard du DIH ? Selon l’un des participants, une évacuation est réussie quand le détenu a rejoint le groupe armé auquel il appartenait. L’article 91 de la IIIe Convention de Genève définissant l’« évasion réussie » d’un prisonnier de guerre conforterait d’une certaine manière ce point de vue95. Ainsi, par exemple, un prisonnier de guerre qui, en tentant de s’évader, se cache dans les bois ne peut pas être l’objet d’une attaque sous le paradigme de la conduite des hostilités. Selon un point de vue légèrement différent, une tentative d’évasion peut être considérée comme réussie (aux fins d’une décision de ciblage) dès le moment où l’évadé – prisonnier de guerre ou membre d’un groupe armé organisé capturé – est sur le point de rejoindre les forces armées de l’adversaire.

Un certain nombre d’experts ont défendu le point de vue contraire. À leur avis, si un prisonnier de guerre ou un membre de groupe armé organisé capturé qui tente de s’évader est parvenu à sortir du camp, il a déjà réussi son évasion, et il peut donc être l’objet d’une attaque sous le paradigme de la conduite des hostilités. Il a été relevé que le Commentaire du CICR relatif à l’article 42 de la IIIe Convention de Genève allait dans cette direction : en effet, il accepte la possibilité, pour les autorités détentrices, de créer des « lignes de sécurité », « dont le franchissement était absolument interdit aux prisonniers, sous peine de s’exposer au feu des gardes et des sentinelles »96. Cette phrase pourrait être interprétée comme autorisant le recours au paradigme de la conduite des hostilités aussitôt qu’un prisonnier de guerre franchit la ligne de sécurité en tentant de s’évader97. Il a également été allégué que l’article 91 de la IIIe Convention de Genève n’était pas pertinent dans ce contexte, étant donné qu’il ne traite pas de la question du ciblage. Cet article stipule uniquement que les prisonniers de guerre qui ont été repris ne doivent pas être sanctionnés pour leur évasion antérieure.

Une question supplémentaire a été soulevée. Dans ce contexte particulier, le DIH et le paradigme du maintien de l’ordre apportent-ils réellement des solutions différentes ? En d’autres termes, le résultat serait-il le même dans la pratique, indépendamment du résultat de l’analyse juridique ?

À ce sujet, les experts se sont entendus pour dire que, dans une perspective pratique, les procédures d’escalade de la force prévues sous le paradigme du maintien de l’ordre sont les mêmes que celles qui prévoit le DIH (notamment en vertu de l’article 42 de la IIIe Convention de Genève). Dans certains pays, les soldats qui gèrent des lieux de détention reçoivent, au même titre que les agents de la force publique, une formation en matière d’utilisation graduée de la force dans le cadre de la lutte anti-émeutes. Il a aussi été relevé que, même conformément au DIDH, la force létale pouvait être utilisée pour empêcher une évasion si cela était « absolument nécessaire » pour protéger la vie. Ce but légitime est explicitement mentionné dans l’article 2, paragraphe 2, alinéa b) de la Convention européenne des droits de l’homme.


95 La IIIe Convention de Genève est cependant possible : il pourrait également être allégué que celui-ci indique que le recours à la force létale n’est possible qu’après que le détenu a franchi la ligne de sécurité. La force létale doit être employée en observant des procédures d’escalade de la force, conformément aux dispositions de l’article 42 de la IIIe Convention de Genève. Aussi longtemps que le détenu se trouve dans le camp, la force létale ne peut pas être employée (sauf au titre de la légitime défense). En fait, tout de suite après la phrase citée ci-dessus dans le texte, le Commentaire poursuit : « Les conditions nécessaires à l’ouverture du feu étant réalisées (c’est-à-dire quand le prisonnier a franchi la ligne de sécurité), la Convention accorde cependant aux prisonniers, suivant en cela la coutume internationale et la plupart des réglementations nationales, une ultime possibilité de renoncer à leur tentative et d’échapper à la sanction. L’ouverture du feu n’est pas automatique, même lorsque toutes les conditions matérielles requises sont réalisées ; elle doit être précédée de sommations « appropriées aux circonstances », qui peuvent être faites de vive voix, ou à l’aide d’un instrument (sifflet, sonnerie, etc.), ou encore par un coup de feu d’avertissement. L’essentiel est qu’elles soient clairement perçues et comprises par ceux à qui elles sont adressées. », J. S. Pictet, Commentaire de la IIIe Convention de Genève, supra note 90, p. 261 et 262.

96 J. S. Pictet, Commentaire de la IIIe Convention de Genève, supra note 90, p. 261 et 262.
Quelques experts ont contesté cette conclusion, la jugeant par trop simpliste. À leur avis, de toute façon, le paradigme du maintien de l'ordre est plus restrictif. En effet, sous ce paradigme, des procédures d'utilisation graduée de la force doivent être suivies, même quand un détenu a réussi à sortir du centre de détention. En revanche, au regard du DIH, dans la même situation, les combattants et les membres d'un groupe armé organisé pourraient être tués à vue 98. L'un des experts a relevé que, sous le paradigme du maintien de l'ordre, il serait interdit d'utiliser la force létale contre un détenu tentant de s'évader, à moins que ce détenu pose une menace imminente de mort ou de blessures.

Enfin, les experts ont examiné la situation des membres du groupe armé organisé arrivant de l'extérieur après que l'émeute ait éclaté, et commençant à attaquer les gardiens pour libérer les détenus. Les experts ont estimé à l'unanimité que ces assaillants devaient être traités sous le paradigme de la conduite des hostilités. L'attaque venue de l'extérieur n'a pas semblé avoir d'influence directe sur l'analyse présentée plus haut (à propos de l'emploi de la force contre les membres du groupe armé organisé capturés qui participent à des émeutes ou tentent de s'évader). Le seul impact potentiel, selon les experts, était qu'une telle attaque lancée de l'extérieur pourrait aider les membres du groupe armé organisé qui tentent de s'évader à réussir leur évasion et à rejoindre le groupe armé non étatique auquel ils appartiennent. Aussitôt qu'ils auraient rejoint le groupe, les évadés pourraient faire l'objet d'attaques sous le paradigme de la conduite des hostilités. L'approche parallèle suggérée dans la première question de l'étude de cas n° 4 resterait également valable dans cette situation. Même les experts qui avaient contesté l'applicabilité du paradigme du maintien de l'ordre tel qu'il existe en DIDH dans le cas des membres d'un groupe armé organisé qui participent à des émeutes ou tentent de s'évader, ont été d'accord pour dire qu'une démarche « similaire à l’approche parallèle » devrait être adoptée. En d'autres termes, des procédures d'escalade de la force doivent être appliquées lors d'interventions contre des membres d'un groupe armé organisé qui participent à des émeutes ou qui tentent de s'évader; en revanche, les membres d'un groupe armé organisé qui lancent une attaque de l'extérieur peuvent être abattus sous le paradigme de la conduite des hostilités.

Aucun expert n'a prétendu que la situation décrite dans l'étude de cas n° 4 devrait être considérée comme exclusivement régie par le paradigme de la conduite des hostilités (comme cela est suggéré dans la question 2 de l'étude de cas n° 4). Les participants n'ont pas jugé qu'il était déterminant de savoir si la situation se présentait à l'intérieur ou à l'extérieur de la zone de conflit, ni quels étaient le degré de contrôle exercé et l'intensité de la violence (contrairement à ce qui est suggéré dans les questions 3 et 4 de la même étude de cas). Quelques experts se sont néanmoins référés à ces deux derniers critères (contrôle exercé et intensité de la violence). Un point a notamment été relevé : si les émeutiers ne se bornent pas à exprimer leur mécontentement à propos des conditions de détention, mais visent en fait à prendre le contrôle de la prison, et si le niveau de violence augmente, alors le résultat de l'analyse pourrait être différent. La situation dans son ensemble pourrait basculer et être ensuite régie par le paradigme de la conduite des hostilités. L'un des experts a par ailleurs relevé qu’il était surprenant que certains experts estiment que le paradigme du maintien de l'ordre serait applicable à l'emploi de la force contre des membres d'un groupe armé organisé qui participent à des émeutes ou tentent de s'évader. Dans l'analyse des études de cas précédentes, la majorité des experts avaient estimé que le paradigme du maintien de l'ordre n'était pas pertinent quant à l'emploi de la force contre les membres du groupe armé organisé. L'on pourrait se demander si le niveau particulièrement élevé de contrôle et de surveillance exercé dans un centre de détention (comme suggéré par la question 5 de l'étude de cas n° 4) pourrait expliquer ce changement d'approche. Le fait que des détenus qui participent à une émeute ou qui tentent de s'évader soient, par définition, hors de combat en raison de leur détention continue peut également expliquer cette différence d'approche.

98 Voir plus haut la discussion concernant le sens donné dans le DIH à l'expression « évasion réussie ».
ÉTUDE DE CAS N° 5 - NON-RESPECT DES ORDRES MILITAIRES : L’EXEMPLE DES POSTES DE CONTRÔLE

Dans le contexte d’un conflit armé non international, un véhicule suspect se présente à un poste de contrôle tenu par les forces armées de l’État belligérant. Bien que le poste de contrôle soit clairement signalé, le véhicule roule à vive allure et ne s’arrête pas quand l’ordre lui en est donné.

1. Dans cette situation, l’emploi de la force par les soldats qui tiennent le poste de contrôle serait-il régi par le paradigme de la conduite des hostilités ou par celui du maintien de l’ordre?

2. La réponse à la question précédente dépend-elle du statut, de la fonction ou de la conduite de la personne soupçonnée de constituer une menace?

3. Comment la situation devrait-elle être réglée en cas de doute quant au statut, à la fonction ou à la conduite de la personne soupçonnée de constituer une menace?

4. Le paradigme à appliquer est-il différent selon que la situation se déroule à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit?

5. L’analyse dépend-elle du degré de contrôle exercé à ce poste de contrôle, ainsi que du niveau de violence dans la zone?

6. S’agissant de l’usage de la force, les résultats seront-ils différents selon le paradigme applicable (conduite des hostilités ou maintien de l’ordre)?

1. CONTEXTE GÉNÉRAL

Dans les situations de conflit armé, il n’est pas fait appel aux forces armées uniquement pour affronter directement l’ennemi. Toute une série d’autres tâches peuvent leur être confiées (tenue de postes de contrôle, contrôle de l’accès aux zones interdites, ou protection de biens militaires, par exemple). Dans l’exercice de ces fonctions, les forces armées sont parfois confrontées à des situations difficiles (si, par exemple, une personne non identifiée arrive à un poste de contrôle à bord d’un véhicule roulant à vive allure et refuse de s’arrêter, comme illustré dans l’étude de cas n° 5). Cette personne n’obtempérant pas aux ordres militaires, les autorités peuvent penser qu’il s’agit d’un membre d’un groupe armé organisé ou d’un civil participant aux hostilités. D’autres situations difficiles peuvent se présenter quand, par exemple, une personne non identifiée essaie de pénétrer dans une zone militaire interdite. En de telles circonstances, la principale difficulté tient au fait qu’il existe souvent des motifs factuels de doute quant au statut, à la fonction ou à la conduite de la personne concernée.

La pratique des États montre que, dans ce type de situations, les procédures et les règles d’engagement (RoE) observées relèvent clairement du paradigme du maintien de l’ordre (sans que, toutefois, ces procédures et RoE soient nécessairement perçues par les États comme une application de jure de ce paradigme). Par exemple, de nombreux pays prévoient le recours à des techniques d’« escalade de la force », l’idée de base étant que l’emploi de la force devrait être le dernier recours et que, dans la mesure du possible, d’autres moyens non létaux devraient avoir été tentés en vain dans un premiers temps.

La jurisprudence des organes des droits de l’homme est très peu abondante en ce qui concerne l’emploi de la force dans de telles situations ; toutefois, les rares affaires directement pertinentes pointent vers une application du paradigme du maintien de l’ordre.

Une autre approche pourrait être de considérer que le paradigme de la conduite des hostilités reste applicable. En effet, si les militaires qui tiennent un poste de contrôle dans une zone d’opérations militaires emploient la force contre un individu, c’est en définitive parce qu’ils présument que cet individu constitue une cible légitime. En cas de


doute, néanmoins, l’individu concerné doit être considéré comme étant un civil\(^{101}\); de plus, l’obligation de prendre toutes les précautions possibles pour s’assurer que l’individu faisant l’objet de l’attaque n’est pas un civil\(^{102}\) exigerait de respecter des procédures d’escalade de la force\(^{103}\).

Quelle que soit l’approche choisie, il est clair qu’en fin de compte, si un membre des forces armées ou un fonctionnaire de police croit raisonnablement qu’une personne fait peser une menace imminente sur la vie, il est autorisé à recourir à la force létale. L’usage de la force pourrait donc être basé sur trois éléments : premièrement, le paradigme de la conduite des hostilités (la personne qui représente une menace constituant vraisemblablement une cible légitime); deuxièmement, le paradigme du maintien de l’ordre; troisièmement, le droit à la légitime défense. L’application de ces différents paradigmes conduirait-elle à des résultats différents quant à la manière d’employer la force? C’est précisément sur ce point que les experts ont été invités à débattre.

2. REMARQUES DES EXPERTS ET COMPTE-RENDU DES DÉBATS

Dans le contexte de l’étude de cas n° 5, il a été considéré que la réponse à la première question dépendait de la situation, et en particulier de l’existence d’une consistance ou d’un doute quant au statut, à la fonction ou à la conduite de la personne soupçonnée de constituer une menace.

Un certain nombre d’experts ont mentionné que si l’on avait connaissance du fait que l’individu arrivant à vive allure dans le véhicule est une cible légitime au regard du DIH (c’est-à-dire un membre d’un groupe armé organisé ou un civil participant directement aux hostilités), cet individu pourrait être pris pour cible sous le paradigme de la conduite des hostilités. À l’inverse, si l’on n’avait connaissance du fait que l’individu à bord du véhicule arrivant à vive allure est un civil (ne participant pas directement aux hostilités), le paradigme du maintien de l’ordre s’appliquerait. Personne n’a contesté cette position. La détermination du paradigme applicable a donc paru dépendre principalement du statut, de la fonction ou de la conduite de l’individu soupçonné de constituer une menace (comme cela est suggéré dans la question 2 de l’étude de cas n° 5).

À propos du doute quant au statut, à la fonction ou à la conduite de la personne (question 3 de l’étude de cas n° 5), un large consensus est apparu entre les experts. Des procédures d’escalade de la force doivent être respectées quand il s’agit d’employer la force contre un individu non identifié qui se présente à un poste de contrôle et paraît constituer une menace. Il a été relevé que la pratique des États était très claire à ce sujet\(^{104}\). Néanmoins, comme lors de la discussion de l’étude de cas n° 4, la source juridique des procédures d’escalade de la force a été controversée.

De nombreux experts ont estimé que les procédures d’escalade de la force découlaient des règles de DIH relatives à la conduite des hostilités. Deux règles de DIH ont principalement été invoquées : premièrement, en cas de doute, une personne est présumée être une personne civile; deuxièmement, le principe de précaution dans l’attaque doit être respecté, en particulier la règle qui veut que « tout ce qui est pratiquement possible » soit fait pour s’assurer que les objectifs sur le point d’être attaqués ne sont ni des personnes ni des biens civils. En d’autres termes, le respect des procédures d’escalade de la force a été considéré comme l’un des moyens « pratiquement possibles » de déterminer si un individu donné constitue, ou non, une cible légitime.

Quelques experts ont estimé que les procédures d’escalade de la force pourraient également être dérivées du principe de la nécessité militaire. De leur point de vue, dans la situation décrite dans l’étude de cas n° 5, le principe de la nécessité militaire n’a pas été invoqué en tant que moyen de limiter l’emploi de la force contre des cibles légitimes, mais plutôt en tant que moyen de permettre l’emploi de la force en cas de doute quant au statut, à la fonction ou à la conduite de l’individu concerné. Selon d’autres experts, le principe de la nécessité militaire pourrait ne pas être compris comme exigeant des procédures d’escalade de la force. Par ailleurs, le principe de proportionnalité en DIH a été invoqué, mais sans chercher à déterminer comment les procédures d’escalade de la force pourraient en être dérivées. Il a également été relevé que les procédures d’escalade de la force pourraient peut-être être interprétées comme découlant de l’obligation de réduire au maximum les pertes en vies humaines civils, telle qu’elle découle du principe de précaution.

---

101 PA I [art. 50.1]. Par ailleurs, le Guide interprétatif du CICR supra note 3, recommandation VIII, p. 77, stipule que « [t]outes les précautions pratiquement possibles doivent être prises au moment de déterminer si une personne est une personne civile et, en ce cas, si cette personne civile participe directement aux hostilités. En cas de doute, la personne doit être présumée protégée contre les attaques directes ».  
102 PA I [art. 57. 2. a(ii)]. Cette règle est considérée comme étant de nature coutumière, dans les conflits armés internationaux comme dans les conflits armés non internationaux - voir Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 [Règle 16].  
103 Voir, par ex., supra note 99.  
104 Voir aussi à ce propos, le résumé de l’exposé du Colonel Richard Gross sur l’emploi de la force dans les différentes phases du conflit en Afghanistan (annexe 5).
Un certain nombre d’experts ont défendu un point de vue opposé, estimant que les procédures d’escalade de la force décolaient du paradigme du maintien de l’ordre. La règle de DIH relative au doute a également été invoquée par ces experts, mais de manière différente. À leur avis, aussi longtemps qu’il existe un doute, la personne doit être considérée comme une personne civile (ne participant pas directement aux hostilités). Elle ne peut donc pas être prise pour cible sous le paradigme de la conduite des hostilités. Dès lors, la force ne pourrait être utilisée que sous le régime du maintien de l’ordre. En fonction de la situation, ce paradigme pourrait être dérivé soit du DIDH, soit des principes généraux du droit. S’agissant du DIH, il a été relevé qu’il n’existait simplement aucune règle autorisant d’ employer la force contre des civils (sauf s’ils participent directement aux hostilités) et qu’aucune procédure d’escalade de la force ne pourrait être interprétée comme découplant des principes et règles du DIH régissant la conduite des hostilités. En particulier, le principe de précaution, tel qu’il figure dans le DIH, n’a pas été considéré comme pertinent en cas de doute, étant donné qu’il intervient uniquement lors de la préparation ou du lancement d’une attaque contre l’adversaire. Dans une situation comme celle décrite dans l’ étude de cas n° 5, le problème tient précisément au fait que l’on ignore si la personne qui est à bord du véhicule roulant à vive allure en direction du poste de contrôle est, ou n’est pas, un adversaire.

Selon un autre point de vue, les procédures d’escalade de la force ne relèvent ni du paradigme de la conduite des hostilités, ni de celui du maintien de l’ordre, mais plutôt de la notion de légitime défense, ou de « protection des forces » en situation d’auto-défense (l’expression « légitime défense de l’unité » est également utilisée), telle qu’elle figure dans les règles d’engagement adoptées par de nombreux États.

Quelques experts ont soulevé la question de la fonction, ou du but, d’un poste de contrôle. Selon certains intervenants, la tenue d’un poste de contrôle est une tâche relevant typiquement du maintien de l’ordre et impliquant des activités d’inspection et de contrôle : c’est donc le paradigme du maintien de l’ordre qui serait pertinent. D’autres experts ont relevé, au contraire, que la tenue d’un poste de contrôle pouvait fort bien faire partie d’une opération militaire destinée, par exemple, à empêcher le passage de l’adversaire. Ce poste de contrôle serait donc couvert par le DIH (sauf s’il avait été mis en place uniquement dans le cadre d’une opération de police sans lien avec le conflit armé). Cela dit, la plupart des experts n’ont pas semblé considérer que la fonction ou le but du poste de contrôle revêtaient une importance particulière dans la détermination du paradigme applicable.

Les critères mentionnés dans les questions 4 et 5 de l’ étude de cas n° 5 (à savoir, le fait que la situation se déroule à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit, le contrôle exercé sur la zone et l’intensité de la violence) n’ont pas été jugés déterminants par la majorité des participants. Plusieurs intervenants y ont cependant fait référence de différentes manières. L’un d’eux a estimé que la question de savoir si la situation se présentait à l’intérieur ou à l’extérieur de la zone de conflit pourrait être pertinente pour déterminer le paradigme applicable dans le contexte particulier de l’ étude de cas n° 5. Selon d’autres experts, un certain nombre d’éléments factuels pouvant être inclus dans le critère d’« intensité de la violence » pourraient être potentiellement pertinents pour l’analyse de la menace, et donc pour la détermination du paradigme applicable. Ces éléments pourraient-être, par exemple, le nombre d’incidents survenus les jours précédents ou la fréquence des attentats-suicide. Dans le même ordre d’ idées, il a été relevé que la manière d’ appliquer les procédures d’ escalade de la force en cas de doute pouvait varier selon le contexte. Ainsi, par exemple, la décision de recourir à la force létale peut intervenir plus rapidement dans un contexte marqué par de nombreux incidents (le niveau de probabilité d’une attaque étant plus élevé).

Enfin, les experts se sont demandé s’il, dans le contexte de l’ étude de cas n° 5, le paradigme applicable (celui de la conduite des hostilités ou celui du maintien de l’ ordre) conduisait à des résultats différents quant à la décision d’ employer ou non la force en cas de doute. Les experts qui ont considéré que les procédures d’ escalade de la force étaient prévues dans les règles de DIH à respecter en cas de doute étaient d’ avis que, par conséquent, le résultat – s’ agissant de l’utilisation effective de la force – serait le même que si le paradigme du maintien de l’ ordre devait s’ appliquer. Au contraire, d’autres experts (qui écartaient la possibilité que les procédures d’ escalade de la force puissent être interprétées comme constituant des règles de DIH qui régissent la conduite des hostilités) ont estimé que le résultat resterait très différent en fonction du paradigme dominant. À leur avis, dans le cadre de la conduite des hostilités, la force pourrait simplement ne pas être utilisée en cas de doute. Dans le cadre du maintien de l’ ordre, la force pourrait être employée – si les circonstances l’ exigent – pour faire respecter le poste de contrôle, même si la personne en cause était un civil ne participant pas directement aux hostilités.

105 Le résultat serait évidemment différent si l’on avait connaissance du fait que la personne constitue une cible légitime au regard du DIH; voir mutatis mutandis la discussion sur l’ étude de cas n° 1.
III. QUESTIONS À RÉSOUDRE AVANT ET APRÈS L’USAGE DE LA FORCE

Cette troisième partie du rapport est consacrée aux questions qui se posent avant et après l’utilisation effective de la force, notamment en ce qui concerne les obligations préventives et les enquêtes. Chaque section ci-dessous rappelle tout d’abord les informations (« contexte général ») et les questions d’orientation remises aux experts ; ensuite, une synthèse des remarques des participants et du contenu des débats est présentée.

A. OBLIGATIONS PRÉVENTIVES

1. CONTEXTE GÉNÉRAL

Dans les situations de conflit armé, deux paradigmes sont en jeu – celui de la conduite des hostilités et celui du maintien de l’ordre. Leur interaction est source de difficultés, non seulement au moment de l’exécution d’une opération (lors de l’utilisation effective de la force), mais également avant même que la force soit employée. De nombreux problèmes pratiques surgissent dans trois domaines : planification d’une opération ; élaboration d’un cadre juridique et administratif régissant l’usage de la force dans les conflits armés ; enfin, formation et équipement des forces armées.

Le paradigme du maintien de l’ordre impose aux États un certain nombre d’obligations visant à prévenir et à réduire au maximum l’usage de la force. Un certain nombre de mesures sont à prendre, notamment les mesures suivantes : premièrement, mise en place d’un cadre (juridique et administratif) adéquat, visant à restreindre dans toute la mesure du possible l’emploi de la force106 ; deuxièmement, formation des agents de la force publique aux méthodes et techniques non létales d’arrestation107 ; troisièmement, obligation de planifier l’opération de manière à éviter autant que possible recourir à la force létale et, dans certaines circonstances, obligation de fournir du matériel d’autodéfense et des armes « moins que létales » pour permettre un emploi de la force différencié108.

Le DIH prévoit également des mesures à prendre avant même d’employer la force. Ces obligations préventives sont cependant différentes de celles qui relèvent du paradigme du maintien de l’ordre. Un certain nombre de mesures peuvent être citées à titre d’exemple : premièrement, le principe de précaution dans l’attaque exige de ceux qui planifient ou décident de mener une attaque qu’ils vérifient que les cibles sont légitimes et que, de toute façon, ils évitent le plus possible de causer incidemment des pertes civiles et des dommages aux biens de caractère civil109 ; deuxièmement, les méthodes et moyens de combat ayant des effets indiscriminés ou causant des maux superflus sont interdits, et diverses règles du DIH conventionnel et coutumier interdisent ou limitent l’emploi de certaines armes spécifiques en vertu des principes ci-dessus110. Parmi d’autres mesures préventives figurent par exemple : premièrement, l’obligation, pour les commandants, de prendre des mesures visant à prévenir les violations du DIH qui pourraient commettre les membres des forces armées placées sous leur commandement111 ; deuxièmement, l’obligation de diffuser le DIH, qui implique elle-même l’obligation de fournir aux forces armées la formation et les règles d’engagement requises pour assurer le respect du DIH112.


109 Voir PA I [art. 57.2.a]]. Voir aussi Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 [Règles 15 à 18].


111 Voir PA I [art. 87.1]. Voir aussi Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 [Règle 153].

Étant donné que les forces de police peuvent être impliquées — au même titre que les forces armées — dans la conduite des hostilités et dans des opérations de maintien de l'ordre en situation de conflit armé, toute une gamme d'enjeux sont à résoudre.

1. Élaboration d'un cadre juridique et administratif

Compte tenu de l'importance du cadre juridique, des règles d'engagement concrètes et des ordres militaires pour assurer le respect du DIDH et du DIH, une question pratique se pose, à savoir : comment les critères utilisés pour différencier les champs d'application des paradigmes du maintien de l'ordre et de la conduite des hostilités devraient-ils se traduire dans le cadre juridique national pertinent, de manière générale et pour chaque opération en particulier ? Les experts ont donc été invités à se pencher sur la question, formulée de la manière suivante :

• Comment les cadres juridique et administratif devraient-ils être élaborés pour tenir compte du fait que des hostilités et des opérations de maintien de l'ordre peuvent être conduites en même temps dans les situations de conflit armé ?

2. Formation des forces armées et de la police

Traditionnellement, les forces armées reçoivent une formation devant leur permettre de conduire les hostilités conformément au DIH. De leur côté, les forces de police et les forces de sécurité reçoivent une formation devant leur permettre d'employer la force conformément au paradigme du maintien de l'ordre. Or, dans les conflits armés contemporains, les forces armées et la police peuvent être appelées à conduire à la fois de la conduite des hostilités et des opérations de maintien de l'ordre. La formation traditionnellement dispensée aux forces armées et à la police n'est peut-être donc plus suffisante et/ou appropriée.

Les experts ont donc été invités à examiner les questions suivantes :

• Comment les forces armées et la police devraient-elles être formées pour tenir compte du fait que, dans les situations de conflit armé, elles peuvent être appelées à conduire tant des hostilités que des opérations de maintien de l'ordre ?
• Les forces armées devraient-elles inclure des unités spéciales chargées des activités de maintien de l'ordre ?
• Quelles autres recommandations pratiques pourraient-elles être formulées pour tenir compte du fait que, dans les situations de conflit armé, hostilités et opérations de maintien de l'ordre coexistent ?

3. Équipement des forces armées

Le DIDH prévoit l'obligation de fournir du matériel d'autodéfense, ainsi que des armes « à létalité réduite » (balles en caoutchouc, canons à eau, agents de lutte anti-émeutes, par exemple) pour permettre une utilisation graduée de la force quand celle-ci est employée sous le paradigme du maintien de l'ordre. Une telle obligation n'existe pas dans le DIH, qui interdit seulement, d'une part, les méthodes et moyens de guerre ayant des effets indiscriminés ou causant des maux superflus et, d'autre part, certaines armes spécifiques qui contreviennent à ces règles.

Par conséquent, les experts ont été invités à partager leur expérience et réflexions en rapport avec les questions suivantes :

• Comment les forces armées devraient-elles être équipées pour tenir compte du fait qu'elles peuvent être appelées à conduire des opérations de maintien de l'ordre dans les situations de conflit armé ?
• Comment les forces armées devraient-elles faire face aux situations dans lesquelles des manifestants civils violents – dont, cependant, les actes n'équivalent pas à une participation directe aux hostilités – viennent soudain se mêler aux membres du groupe armé organisé et se confondre avec eux, alors que les forces armées ne sont équipées que d'armes de combat ? Est-il suffisant de considérer que les forces armées doivent, dans toute la mesure du possible, appliquer des procédures d'escalade de la force en utilisant les moyens dont elles disposent à ce moment-là ?

2. REMARQUES DES EXPERTS ET COMPTE-RENDU DES DÉBATS

De manière générale, les experts ont estimé qu'il était essentiel de prendre des mesures préventives visant à assurer le respect des cadres juridiques applicables quant à l'emploi de la force. Quatre thèmes ont été abordés.

Premier thème : le cadre juridique et administratif. Plusieurs experts ont mentionné l'importance des Règles d'engagement (RoE). Le Manuel de San Remo constitue un outil précieux pour les États lors de l'élaboration de RoE appropriées113.

113 Manuel de San Remo sur les règles d'engagement, San Remo, supra note 75.
Il a été relevé que les RoE pouvaient constituer un « pont politique » utile. Même quand le DIH constitue la lex specialis, les RoE peuvent prendre en compte et introduire les concepts propres au DIDH, même si cela n'est pas exigé sur le plan du droit. Selon un autre point de vue, les RoE vont au-delà de la politique. Les RoE « interagissent » avec le droit national sur deux plans. D'une part, les RoE équivalent à des ordres militaires ; par conséquent, leur violation peut constituer une infraction pénale au regard du droit national même si elle n'équivaut pas à une violation du DIH. D'autre part, au regard du droit national, un acte commis en application des RoE ne peut pas être considéré comme criminel (le fait que les RoE requièrent une action, ou une omission, pourrait effectivement constituer une justification ou une excuse).

Les experts sont tombés d'accord pour conclure que les RoE constituaient un outil utile et nécessaire pour réguler l'emploi de la force dans les situations de conflit armé. Néanmoins, ils n'ont pas argumenté en faveur de l'une ou l'autre manière de rédiger les RoE pour tenir compte du fait que les deux paradigmes – conduite des hostilités et maintien de l'ordre – peuvent être pertinents en situation de conflit armé. Un expert a relevé qu'en fin de compte, malgré la complexité de la question de l'interaction entre les deux paradigmes en jeu, le cadre juridique devrait rester simple et direct. Plus les règles de droit seront claires et faciles à implémenter, plus il sera aisé de les traduire en mesures pratiques à l'intention des forces armées.

L'exposé introductif du Colonel Gómez Ramírez, ainsi que les discussions qu'il a suscitées, ont fourni des indications utiles quant à la façon d'élaborer les cadres juridique et administratif destinés à gérer l'interaction entre le paragraphe de la conduite des hostilités et celui du maintien de l'ordre. Comme l'a expliqué le Colonel Gómez Ramírez, le Manuel de droit opérationnel du ministère colombien de la Défense a traité la question de l'emploi de la force sous l'angle du DIH et du DIDH. Deux ensembles de RoE y sont présentées : les RoE de la « carte bleue » ont trait aux opérations de maintien de l'ordre ; celles de la « carte rouge » concernent les opérations de combat (c'est-à-dire les opérations dans lesquelles la force est employée contre des objectifs militaires). Une telle présentation des RoE a été jugée utile parce qu'elle était claire et facile à comprendre et à mettre en œuvre par les soldats. Elle a pourtant parfois été critiquée au niveau tactique, les forces armées étant de plus en plus souvent appelées à conduire des opérations qui relèvent du paradigme du maintien de l'ordre (« carte bleue ») ; or, cette tâche est considérée par les forces armées comme incombant à la police et ne leur donnant pas une marge de manœuvre suffisante pour lutter contre l'ennemi. Cette réaction négative, a-t-il été relevé, peut cependant s'expliquer par le fait que, traditionnellement, les forces armées n'étaient formées qu'en vue de mener des opérations de combat, et non en vue d'employer la force dans le cadre du maintien de l'ordre. De plus, de manière générale, les forces armées ne disposent pas d'équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre. Une des limitations du système « carte bleue » et « carte rouge » tient peut-être également à l'hypothèse sur laquelle il repose, à savoir que les deux paradigmes en jeu ne s'appliquent pas de manière parallèle. Ce système ne pourrait donc pas constituer un outil adéquat pour régler les situations dans lesquelles les deux paradigmes sont à l'œuvre (dans le cas, par exemple, d'une émeute à laquelle participent à la fois des civils et des cibles légitimes, comme cela a été évoqué précédemment, dans l'étude de cas n° 2).

Deuxième thème : la formation des forces armées. En raison de la nature même des conflits armés d'aujourd'hui, un certain nombre de participants ont insisté sur la nécessité de dispenser aux forces armées – y compris au personnel des opérations de maintien de la paix – une formation portant non seulement sur la conduite des hostilités, mais aussi sur les techniques du maintien de l'ordre. Il a été relevé que, dans certains pays, les « bonnes pratiques » prévoient notamment de disposer, parmi les instructeurs des forces armées, d'un certain nombre de policiers ou de membres de la police militaire bien au fait des techniques du maintien de l'ordre. Il est par conséquent conseillé de prévoir une formation qui ne soit pas exclusivement une instruction militaire traditionnelle. Il a été relevé que, pour être efficiente, la formation devrait être basée sur des scénarios. Plusieurs experts ont mentionné que même si les forces armées ne devaient pas nécessairement disposer de l'équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre, ils seraient utile de leur donner une bonne formation en matière de procédures d'escalade de la force et autres techniques du maintien de l'ordre.

114 Pendant les deux jours qu'a duré la réunion, plusieurs experts ont souligné à quel point il était important de prendre en compte des considérations d'ordre politique lors de la rédaction des RoE. Par ex., dans le second exposé introductif concernant l'Afghanistan, l'orateur a insisté sur le fait que les RoE restreignaient l'emploi de la force au-delà de ce que le droit international exigeait, cela à cause des considérations d'ordre politique dans le contexte d'une contre-insurrection, quand le but est de gagner les cœurs et les esprits de la population. Voir ci-après le résumé de l'exposé présenté par le Colonel Richard Gross sur l'emploi de la force dans les différentes phases du conflit en Afghanistan (annexe 5).

115 Voir ci-après le résumé de l'exposé du Colonel J. C. Gómez Ramírez sur le Manuel de droit opérationnel des Forces armées colombiennes (annexe 4).

116 Le Colonel J. C. Gómez Ramírez a expliqué que la décision d'employer la carte rouge ou la carte bleue appartenait au commandant du bataillon. Dans certaines situations, le commandant du bataillon peut décider d'utiliser également la carte bleue pour combattre l'ennemi si ce dernier est très affaibli. D'autre part, il existe certains lieux (au milieu de la jungle) où il est clair que la carte à utiliser est la carte rouge, étant donné que les forces régulières ont à combattre exclusivement des membres du groupe armé organisé, en l'absence de tout civil.
Il a néanmoins été également souligné qu'il n'était pas si facile, ni toujours possible, de dispenser une formation efficiente dans le domaine des techniques du maintien de l'ordre. Si cette option paraît envisageable pour les militaires de carrière, elle est beaucoup moins réaliste pour les appelés du contingent qui peinent déjà à apprendre comment doivent être menées les opérations de combat traditionnelles. Un autre argument a été présenté dans la même veine : les soldats ne peuvent pas devenir membres des forces de police. Selon ce point de vue, il serait plus judicieux, dans la mesure du possible, de conduire des opérations conjointes dans lesquelles les forces militaires apportent leur soutien à la police.

Un certain nombre d'experts ont mentionné également la possibilité de faire appel à des unités spéciales (gendarmes, carabiniers ou policiers militaires, par exemple) disposant de la qualification et de la formation requises pour pouvoir effectuer des missions de maintien de l'ordre. Les participants ont estimé qu'il s'agissait là d'une bonne pratique, ayant déjà démontré son efficacité et son utilité dans des conflits passés.

Il a également été mentionné qu'il ne suffisait pas toujours de pouvoir faire appel à une unité spéciale ou à des équipes de lutte anti-émeute. Le risque existe bel et bien que l'équipe spécialisée ne se trouve pas toujours au bon endroit au bon moment. Le scénario suivant pourrait, par exemple, être imaginé : une unité spéciale a été déployée dans une région écartée du pays où l'on s'attend à voir survenir des troubles civils et une violente manifestation éclate soudainement dans une autre partie du pays, où l'unité spéciale ne pourra sans doute pas arriver à temps. Il convient donc de faire en sorte que les soldats de l'unité reçoivent au minimum, d'une part, une formation même très basique aux techniques du maintien de l'ordre et, d'autre part, un équipement adéquat pour leur permettre de pouvoir faire face à des situations imprévues de troubles civils. En outre, dans des contextes où l'on craint des troubles civils, les forces armées pourraient envisager de faire appel à des unités spéciales (carabiniers ou gendarmes, par exemple) dont les membres sont extrêmement bien formés aux techniques de lutte anti-émeutes et de désescalade de la violence.

**Troisième thème : l'équipement des forces armées.** La majorité des experts ont estimé que si les forces armées sont appelées à conduire des opérations de maintien de l'ordre, elles devraient disposer de l'équipement spécifique nécessaire et être notamment équipées, le cas échéant, d'armes dites « non létales » ou « à létalité réduite ». Les experts étaient toutefois divisés entre eux quant à l'existence d'une obligation juridique en la matière.

De l'avis de quelques experts, la fourniture aux forces armées d'un équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre n'est pas obligatoire ; elle devrait simplement être considérée comme faisant partie des bonnes pratiques.

Les experts ont en fait estimé dans leur majorité que la fourniture d'un tel équipement entrait dans le cadre des obligations des États belligérants. Dans certains cas, cette obligation pourrait être dérivée du DIH. Par exemple, telle que la prévoit le droit de l'occupation, l'obligation de faire respecter la loi et l'ordre impliquerait nécessairement de disposer des moyens appropriés pour s'acquitter de cette tâche. L'obligation pourrait également être dérivée du DIDH (quand il est applicable). En effet, le DIDH prévoit l'obligation de fournir un équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre, y compris des armes à létalité réduite lorsque cela est approprié, aux agents de l'État – membres des forces de police ou des forces armées – qui sont appelés à mener des activités de maintien de l'ordre.

Cela signifie non pas que les forces armées doivent mener des opérations de maintien de l'ordre, mais plutôt que les forces armées doivent disposer de l'équipement requis si elles sont appelées à conduire ce type d'opérations. Selon un autre point de vue, l'obligation prévue par le DIDH de fournir aux forces armées un équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre aurait une portée plus large. Cette obligation s'appliquerait non seulement quand les forces armées planifient activement une opération de maintien de l'ordre, mais aussi quand elles sont en mesure de prévoir qu'elles auront – qu'elles le souhaitent ou non – à réprimer des troubles civils. S'agissant de la dernière question évoquée dans la partie « Contexte général » ci-dessus117, il a donc été relevé que, du point de vue du DIDH, la question principale ne serait pas de savoir si l'emploi de la force, au titre du maintien de l'ordre, était planifié. La question pourrait plutôt être formulée ainsi : « pouvait-on raisonnablement s'attendre à voir éclater des troubles civils ? ». De fait, la question se poserait non à l'échelon des soldats appelés à réprimer des troubles civils, mais plutôt à l'échelon des soldats appelés à réprimer la force avec les moyens dont elles disposent à ce moment-là ?

117 La question à laquelle il est fait référence a été formulée de la manière suivante : « [c]omment les forces armées devraient-elles faire face aux situations dans lesquelles des manifestants civils violents – dont, cependant, les actes n'équivalent pas à une participation « directe » aux hostilités – viennent soudain se mêler aux combattants et se confondre avec eux, alors que les forces armées ne sont équipées que d'armes de combat ? Est-il suffisant de considérer que, dans toute la mesure du possible, les forces armées doivent appliquer des procédures d'escalade de la force avec les moyens dont elles disposent à ce moment-là ? »
troubles civils mais à l'échelon des responsables qui planifient la mission de l'armée. En cas de réponse affirmative, le DIDH imposerait deux obligations : premièremen
t, dispenser une formation appropriée (procédures d'escalade de la force et autres techniques du maintien de l'ordre); deuxièmen
t, le cas échéant, fournir aux soldats un équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre.

De manière générale, la fourniture aux soldats d'un équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre a été considérée comme étant une mesure positive. Plusieurs experts ont toutefois relevé certains problèmes à prendre en compte : premièremen
t, l'équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre est onéreux, et son acquisition n'est pas à la portée de tous les États belligérants; deuxièmen
t, souvent lourd et encombrant, cet équipement est difficilement transportable par les patrouilles à pied, par exemple; troisien
t, il serait inutile de fournir un tel équipement sans dispenser la formation requise; quatreien
t, s'agissant spécifiquement des armes « non létales » ou « à létalité réduite », il convient de ne pas sous-estimer les risques encourus, les effets ces armes pouvant être meurtriers. La mise en place des cadres juridique et administratif approprié
t ainsi que la prestation d'une formation contribuent donc de manière essentielle à rendre sûre et efficace l'utilisation d'armes à létalité réduite. L'opportunité de l'emploi d'agents de lutte anti-émeute en situation de conflit armé devrait également être soigneusement évaluée en gardant à l'esprit l'interdiction imposée par le DIH d'utiliser de tels agents comme moyens de combat118.

Il a également été mentionné qu'en matière de maintien de l'ordre, l'équipement des forces armées était important, mais que l'infrastructure générale l'était également. Par exemple, la manière dont un poste de contrôle est conçu et aménagé contribue considérablement à minimiser l'emploi potentiel de la force létale.

Quatrième et dernier thème : Sur un plan plus général, les mesures suivantes ont été recommandées en vue d'améliorer constamment la pratique militaire :

a) Rechercher les bonnes pratiques existantes (notamment lors de l'élaboration des cadres juridique, politique et administratif nécessaires), et veiller à les mettre en œuvre. En cherchant à appliquer de bonnes pratiques, il convient de ne pas laisser la différenciation entre « conduite des hostilités » et « maintien de l'ordre » exercer un effet excessivement contraignant. Par exemple, pour savoir comment opérer un poste de contrôle, il serait bon de prendre conseil auprès d'agents de la force publique, très habitués à ce type d'activité. Dans un autre exemple, pour savoir comment faire face à une émeute qui éclate dans une prison (installation militaire de détention ou centre de détention sous administration civile), il faudrait prendre conseil auprès du Bureau des Prisons ou du Département de la Justice.

b) Tenir compte du contexte culturel. Par exemple, lors de la conception d'un poste de contrôle, il faudrait prendre conseil auprès des habitants afin de comprendre les habitudes locales et savoir quels types de signaux ou d'indications seraient les plus susceptibles d'inciter les gens à s'arrêter à un poste de contrôle119.

c) Mettre en place des processus visant à tirer les enseignements de l'expérience acquise. Les cadres juridique et administratif, de même que la formation, devraient être continûment adaptés pour tenir compte de l'expérience acquise sur le terrain. Un certain nombre d'experts sont convenus que ce type de processus devrait également éclairer la manière dont les futurs conflits armés seront conduits pour améliorer les pratiques militaires et éviter de répéter les erreurs passées.

118 Voir la Convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (art. 1.5) : « [c]haque État partie s'engage à ne pas employer d'agents de lutte antiémeute en tant que moyens de guerre ». Voir aussi l'article 2.9.d) de cette Convention. L'opinion majoritaire, parmi les États, est que cette règle fait partie du droit international humanitaire coutumier. Il existe cependant, par rapport à l'opinion majoritaire, une exception consistante : en effet, les États-Unis d'Amérique maintiennent que l'interdiction des armes chimiques imposée par le droit coutumier ne s'applique pas aux agents dont les effets ne sont que temporaires. Voir : Étude sur le DIH coutumier, supra note 12 (Règle 75).

119 Voir, à ce propos, le résumé de l'exposé présenté par le Colonel Richard Gross sur l'emploi de la force dans les différentes phases du conflit en Afghanistan (annexe 5).
B. OBLIGATION D’ENQUÊTE

1. CONTEXTE GÉNÉRAL

Le DIH prévoit implicitement une obligation d’enquêter sur les crimes de guerre. Cela signifie que le DIH demande l’ouverture d’une enquête quand apparaissent certaines allégations liées à l’emploi de la force. Il s’agit, par exemple, des allégations suivantes : la population civile ou certains civils ont été délibérément pris pour cibles lors d’une attaque ; une attaque indiscriminée a été lancée de manière délibérée et elle a eu des conséquences pour la population civile ou les biens de caractère civil, alors que l’on savait qu’une telle attaque causerait, dans une mesure excessive, des pertes en vies humaines et des blessures parmi la population civile et des dommages aux biens de caractère civil ; une personne a fait l’objet d’une attaque délibérée, alors que l’on savait que cette personne était hors de combat ; enfin, une personne protégée a été tuée de manière délibérée. L’obligation de réprimer les violations du DIH entraîne également parfois des obligations en matière d’enquête. Il existe par ailleurs plusieurs dispositions spécifiques relatives à l’obligation d’enquête quand des prisonniers de guerre ou des internés civils sont tués ou blessés dans des circonstances particulières.

De toute façon, il est clair que le DIH ne considère pas que tout décès devrait provoquer le déclenchement d’une enquête. Il en est ainsi pour deux raisons : d’une part, au regard du DIH, les personnes qui constituent des cibles légitimes – combattants, membres d’un groupe armé organisé et civils prenant directement part aux hostilités – peuvent être tuées en toute légalité ; d’autre part, le fait de causer des pertes incidentes en vies humaines civiles ne contrevient pas au DIH si les principes de proportionnalité et de précaution ont été respectés. Le DIH tient donc compte du fait que, lors d’un conflit armé, un certain nombre de pertes en vies humaines sont inhérentes à la conduite des hostilités. De plus, l’instabilité et l’insécurité qui prévalent dans les situations de conflit armé peuvent constituer des graves obstacles aux enquêtes relatives à chaque décès (il peut en effet être difficile de recueillir des preuves sur place ou d’entendre des témoins).

Conçu à l’origine pour régir en temps de paix des situations durant lesquelles l’emploi de la force, quel qu’il soit, est exceptionnel, le DIDH prévoit une obligation beaucoup plus rigoureuse d’enquêter quand l’emploi de la force entraîne la mort ou des blessures graves. Les organes des droits de l’homme considèrent généralement qu’une enquête effective devrait être menée chaque fois qu’une personne a été tuée et au moins chaque fois qu’il y a allégation de violation du droit à la vie.

De plus, à travers leur pratique très riche dans ce domaine, les organes des droits de l’homme ont élaboré des critères visant à établir si une enquête est véritablement effective. L’importance des éléments suivants a été notamment soulignée : l’instancé chargée de mener l’enquête devrait être indépendante et impartiale ; l’enquête devrait être menée avec célérité et une diligence raisonnable ; le plus proche parent (la famille) de la personne est exceptionnel, le DIDH prévoit une obligation beaucoup plus rigoureuse d’enquêter quand l’emploi de la force entraîne la mort ou des blessures graves. Ces critères paraissent, certes, très exigeants, mais il convient de relever que les organes des droits de l’homme tendent à reconnaître que la nature et le niveau de l’enquête peuvent varier en fonction des circonstances.

120 CG I [art. 49 et 50]; CG II [art. 50 et 51]; CG III [art. 129 et 130]; CG IV [art. 146 et 147]. Voir aussi PA I [art. 11 et art. 85-86].
121 Voir PA I [art. 85.3 et 4]; CG I [art. 50]; CG II [art. 51]; CG III [art. 130]; CG IV [art. 147]. Voir aussi le Statut de la Cour pénale internationale de 1998 (Statut de Rome) [art. 8.2.b) et e)].
122 CG I [art. 49.3]; CG II [art. 50.3]; CG III [art. 129.3]; enfin, CG IV [art. 146.3].
123 Voir CG III [art. 121] et CG IV [art. 131].
124 Voir Principes de base, supra note 26 [Principe 22] : « [e]n cas de décès ou de blessure grave, ou autre conséquence grave, un rapport détaillé sera envoyé immédiatement aux autorités compétentes, chargées de l’enquête administrative ou de l’information judiciaire ». Voir aussi Code de conduite, supra note 26, Commentaire (c) de l’article 3. À propos de la jurisprudence relative à l’obligation d’enquête, voir la note de bas de page suivante.
Cette obligation de mener des enquêtes effectives en cas d’homicide a été mise en œuvre par les organes des droits de l’homme dans des affaires en rapport avec des événements survenus non seulement en temps de paix, mais aussi dans le contexte d’un conflit armé (quand des civils avaient perdu la vie, même de manière incidente128, ou quand des membres présumés de groupes armés organisés avaient été tués129). La plupart de ces affaires avaient trait à des situations de conflit armé non international. Cependant, la récente affaire Al-Skeini a porté sur des événements survenus dans le contexte d’un conflit armé international, et plus précisément dans le contexte de l’occupation de l’Irak par les forces du Royaume-Uni. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l’homme a statué qu’il y avait eu violation, au niveau de la procédure, de l’article 2 de la CEDH – qui garantit le droit à la vie – en raison de l’inefficacité des enquêtes menées au sujet de cinq décès (dont ceux de quatre personnes tuées par les soldats britanniques qui avaient cru à tort qu’elles étaient sur le point de les attaquer)130.

D’autres organes ont suivi une approche similaire. La Cour suprême d’Israël a considéré, elle aussi, qu’une enquête devrait être menée quand des civils qui participent directement aux hostilités sont tués, mais seulement dans le cas où des dommages ont été également causés incidemment aux civils ne participant pas directement aux hostilités131. Le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a également souligné que chaque allégation d’une violation du droit à la vie devrait donner lieu à l’ouverture d’une enquête, même dans les conflits armés internationaux132.

Les questions suivantes ont ainsi été soulevées :
• Quelle est la portée de l’obligation d’enquête dans les situations de conflit armé ? En particulier, le DIH est-il la lex specialis en ce qui concerne l’obligation d’enquête ? Le DIH est-il complété par le DIDH en ce qui concerne l’obligation d’enquête ? Par exemple, les États belligérants doivent-ils (devraient-ils) ouvrir une enquête chaque fois que des civils sont tués de manière incidente lors d’une attaque ?
• Si l’on accepte le principe que des enquêtes doivent être conduites dans les situations de conflit armé, comment cette obligation doit-elle être opérationnalisée ? Les critères élaborés par les organes des droits de l’homme afin de garantir une enquête effective (indépendance, impartialité, célérité, etc.) sont-ils pertinents dans les situations de conflit armé ? Que peut-on attendre (en restant réaliste) des États belligérants quant à la conduite d’enquêtes dans des situations de conflit armé ?

2. REMARQUES DES EXPERTS ET COMPTE-RENDU DES DÉBATS

S’agissant de l’obligation d’enquêter dans les situations de conflit armé, les experts ont estimé qu’une telle disposition existait effectivement tant dans le DIDH que dans le DIH. Par contre, ces deux corps juridiques diffèrent quant au but et à la portée (ou à l’élément déclencheur) de l’obligation d’enquête.

Selon l’un des intervenants, le but visé est différent. Telle que le prévoit le DIDH, l’obligation d’enquêter a pour but d’établir la responsabilité pénale des auteurs. Cependant, le DIH est considéré comme étant associé aux crises de guerre. Elle viserait par conséquent à permettre d’établir la responsabilité pénale des auteurs.

130 CEDH, affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, 7 juillet 2011 (§ 161 à 177).
131 Cour suprême d’Israël, The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel, 11 décembre 2005, HCJ 769/02 [§ 40]. Dans une affaire ultérieure, la Cour a précisé qu’une obligation de procéder à une enquête n’existait que si des dommages avaient été également causés de manière incidente à des civils qui ne participaient pas directement aux hostilités. Voir Cour suprême d’Israël, Yoav Hass v. The Military Advocate General, 23 décembre 2008 (§ 7).
individus en cause. Selon ce point de vue, le fait que le but ne soit pas le même pour le DIH et le DIDH impliquerait aussi le recours à des critères différents pour l'établissement de la preuve. La responsabilité pénale individuelle (DIH) doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable alors que, pour établir la responsabilité de l'État (DIDH), les organes des droits de l'homme se réfèrent à un critère d'établissement de la preuve moins rigoureux.

Les experts ont longuement discuté de ce qui déclenche l'obligation d'enquête, le DIDH et le DIH divergeant sur ce point. En effet, comme mentionné plus haut sous « Contexte général »137, le DIH considère que l'obligation d'enquête se limite essentiellement aux cas de décès de prisonniers de guerre et d'internés civils134 et aux crimes de guerre. Certains experts ont souligné que l'obligation de réprimer les violations du DIH était également pertinente (l'exigence relative aux violations créant une obligation d'enquêter, bien que l'enquête puisse être administrative plutôt que pénale). Il a aussi été relevé que, telle que prévue dans le DIH, l'obligation d'enquêter était également dérivée du devoir des commandants de prévenir et, là où cela est nécessaire, de réprimer et de signaler aux autorités compétentes les infractions au DIH, de manière à ce qu'une action soit engagée aux niveaux disciplinaire ou pénal contre les auteurs de ces violations135.

Le DIH, au contraire, exige que les États enquêtent sur toute violation potentielle des droits de l'homme ; cela a été confirmé par un certain nombre d'experts. La Cour européenne des droits de l'homme va jusqu'à demander aux États d'ouvrir une enquête sur tout cas de mort violente, pour autant que leur juridiction ait été exercée au sens de l'article premier de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)136. Il a cependant été souligné que cette disposition paraît un État dérogé au droit à la vie dans les conditions prévues à l'article 15 de la CEDH (dérégation en cas de « décès résultant d'actes licites de guerre »). Par conséquent, au sens de la CEDH, la privation de vie n’ait été invoquée).

Une telle conception va clairement bien au-delà des exigences du DIH, en vertu duquel il n'y a pas lieu de conduire une enquête lorsque des cibles légitimes ont été touchées – de même que lorsque des civils ont été tués de manière incidente, à condition toutefois que le principe de proportionnalité ait été respecté. De nombreux experts ont conclu qu'il existait par conséquent une réelle disparité, voire même une contradiction, entre les obligations imposées par le DIH et les critères adoptés par la plupart des organes des droits de l'homme, en particulier par les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme. L'affaire Al-Skeini mentionnée plus haut137 a été citée en tant que parfaite illustration de ce constat.

Les experts ont ensuite examiné la question de l'interaction entre le DIH et le DIDH sur l’obligation d’enquêter dans les conflits armés. Ils ont estimé dans leur majorité que le DIH devait prévaloir. L'obligation prévue par le DIH – ouverture d’une enquête sur tout homicide – a été jugée irréaliste et impossible à mettre en œuvre en situation de conflit armé. De plus, a-t-il été relevé, il ne serait pas logique d'obliger les belligérants à enquêter sur des homicides qui sont parfaitement licites au regard du DIH. Par conséquent, en ce qui concerne les enquêtes dans les situations de conflit armé (pour autant que la juridiction de l’État ait été établie, et qu’aucune dérogation au droit à la vie n’ait été invoquée).

Dans ce contexte, un expert a demandé au groupe s'il serait prêt à souscrire à la proposition selon laquelle, juridiquement parlant, un État n'enfreint pas l'obligation d'enquêter imposée par le DIDH dans deux cas de figure :

133 Voir ci-dessus « Contexte général ».

134 Selon l’un des experts, l'obligation d'enquêter sur les décès de prisonniers de guerre et d'internés civils (telle que prévue par le DIH) devrait être étendue au décès de toute personne privée de liberté dans le contexte d’un conflit armé. Cette obligation devrait également s’étendre aux cas des personnes décédées alors qu’elles se trouvaient au pouvoir de l’ennemi, même si elles n’étaient pas détenues stricto sensu. Dans la mesure où il exige l’ouverture d’une enquête suite au décès de toute personne privée de liberté, le DIDH devrait être considéré comme la lex specialis.

135 Voir PA I (art. 87) : « Devoirs des commandants. 1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placés sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d’empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes. 2. En vue d’empêcher que des infractions soient commises et de les réprimer, les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger que les commandants, selon leur niveau de responsabilité, s’assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du présent Protocole. 3. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de tous commandants qui a appris que des subordonnés ou d’autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole qu’il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu’il conviendra, pénale l’initiative d’une action disciplinaire ou pénale à l’encontre des auteurs des violations. »

136 À propos de l’obligation d’enquêter sur les homicides, voir aussi infra le résumé de l’exposé présenté par Mme Olga Chernishova (annexe 6).

137 Supra, p. 55.
premièrement, lorsque des cibles légitimes sont tuées sans qu’il y ait de violation des règles du DIH ; deuxièmement, lorsque des pertes incidentes en vies humaines civiles surviennent alors que le principe de proportionnalité du DIH a été respecté. Certains experts ont répondu que si cette déclaration paraissait raisonnable sur le plan du principe, il n’en allait pas de même dans la pratique. Le problème-clé est en effet qu’il est difficile – avant d’avoir mené une enquête – de savoir si une violation du DIH a eu lieu (par exemple, le principe de proportionnalité a-t-il bien été respecté ?). Cela nous ramène donc à la question formulée précédemment : quel est l’élément déclencheur de l’obligation d’enquêter sur des homicides commis dans les situations de conflit armé ? De manière générale, hormis le problème pratique, aucun rejet formel n’a été formulé à l’encontre de la déclaration proposée. Un seul des participants a clairement contesté la proposition, rappelant qu’aux termes de la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH), un État serait tenu d’enquêter au sujet de toute mort violente, y compris en cas d’élimination de combattants ennemis ou de pertes civiles incidentes apparemment licites au regard du DIH – sauf si l’État a dérogé au droit à la vie dans les conditions prévues à l’article 15 de la CEDH.

Dans la même veine, certains experts ont estimé que (toujours à l’intérieur des conflits armés non internationaux), le DIH avait été complété par les développements intervenus ultérieurement dans le domaine des droits de l’homme, ou qu’il devait être interprété à la lumière de ces développements. La jurisprudence des organes des droits de l’homme relative à l’obligation d’enquêter dans les situations de conflit armé n’a pas été jugée « irréaliste » par ces intervenants ; de fait, ont-ils souligné, les organes des droits de l’homme prennent vraiment en considération le contexte pour évaluer l’effectivité de l’enquête menée et, jusqu’ici, les conclusions de ces organes n’ont jamais contredit directement le DIH. Un expert a relevé que, par exemple, dans l’affaire Al-Skeini, la Cour européenne avait reconnu qu’il était difficile, pour des raisons pratiques, de procéder à des enquêtes dans un contexte d’occupation militaire138. La Cour européenne des droits de l’homme a toutefois estimé que la mort de civils dans un tel contexte devait effectivement faire l’objet d’une enquête. Cette conclusion n’est pas incompatible avec les exigences posées par le DIH.

Il a également été souligné que l’obligation d’enquêter prévue par le DIDH est une obligation de moyens, et non de résultats. Une enquête peut être considérée comme effective même s’il y a eu violation des droits de l’homme et même s’il a été impossible d’identifier et de punir les auteurs. Certains experts ont fait observer qu’en matière de droits de l’homme, ou qu’il devait être interprété à la lumière de ces développements. La jurisprudence des organes des droits de l’homme relative à l’obligation d’enquêter dans les situations de conflit armé n’a pas été jugée « irréaliste » par ces intervenants ; de fait, ont-ils souligné, les organes des droits de l’homme prennent vraiment en considération le contexte pour évaluer l’effectivité de l’enquête menée et, jusqu’ici, les conclusions de ces organes n’ont jamais contredit directement le DIH. Un expert a relevé que, par exemple, dans l’affaire Al-Skeini, la Cour européenne avait reconnu qu’il était difficile, pour des raisons pratiques, de procéder à des enquêtes dans un contexte d’occupation militaire138. La Cour européenne des droits de l’homme a toutefois estimé que la mort de civils dans un tel contexte devait effectivement faire l’objet d’une enquête. Cette conclusion n’est pas incompatible avec les exigences posées par le DIH.

À la lumière de ces divers arguments, quelques experts ont souligné qu’en fonction du contexte, la question de savoir quel ensemble normatif (DIDH ou DIH) devrait constituer le paradigme dominant ne recevrait pas la même réponse. Par exemple, il pourrait être admis que dans les conflits armés internationaux, le DIH constitue clairement la lex specialis mais que, dans les conflits armés non internationaux, la réponse serait peut-être plus complexe. Il a également été suggéré que la thèse suivante pourrait être retenue : il existe une présomption de violation quand des civils ont été tués dans un conflit armé non international – leur décès devrait donc donner lieu à une enquête ; si la personne tuée était un membre d’un groupe armé organisé, l’hypothèse de départ serait qu’il n’y a pas eu de violation et qu’il n’y a donc pas lieu de procéder à une enquête, sauf si certaines circonstances particulières suscitent des doutes.

Il a par ailleurs été relevé qu’il était plus difficile, dans le contexte d’un conflit armé non-international, de savoir qui est membre d’un groupe armé organisé, étant donné que les membres d’un groupe armé organisé n’arborrent pas toujours des signes distinctifs. Dans les conflits armés internationaux, la mort de soldats en uniforme survenant

---

138 Voir CrEDH, affaire Al-Skeini et autres c. Le Royaume-Uni, 7 juillet 2011 [5 168] : « La Cour prendra comme point de départ les problèmes pratiques auxquels les autorités d’enquête se trouvaient confrontées du fait que le Royaume-Uni était une puissance occupante dans une région étrangère et hostile, au lendemain immédiat d’une invasion et d’une guerre. Au nombre de ces problèmes figuraient l’effondrement de l’infrastructure civile – avec notamment pour conséquence un manque de pathologistes locaux et de ressources pour les autopsies –, les graves malentendus culturels et linguistiques entre les occupants et la population locale ainsi que le danger inhérent à la conduite de toute activité en Irak à l’époque. Ainsi qu’il a été indiqué ci-dessus, la Cour considère que, dans des circonstances de ce type, l’obligation procédurale découleur de l’article 2 doit être appliquée de manière réaliste, pour tenir compte des problèmes particuliers auxquels les enquêteurs avaient à faire face. »
au cours des hostilités n’a pas besoin de faire l’objet d’une enquête (ces homicides sont clairement légaux, sauf si des armes illicites ont été utilisées, ou si les combattants tués étaient déjà hors de combat). Par contre, cette même logique ne pourrait pas s’appliquer dans les conflits armés non internationaux : en cas d’homicide, une enquête doit avoir lieu pour déterminer si la personne a été tuée légalement ou illegalement. À noter, toutefois, qu’il en irait de même si la personne tuée était un civil présumé participer directement aux hostilités dans le contexte d’un conflit armé, à caractère international ou non international. C’est pour cette raison que, dans l’affaire des assassinats ciblés139, la Cour suprême d’Israël aurait admis la nécessité de procéder à une enquête pour vérifier la légalité du recours à la force létale.

Selon une autre idée (à laquelle il a seulement été fait allusion et qui n’a pas été développée), le régime juridique devant prévaloir en ce qui concerne l’obligation d’enquêter pourrait aussi dépendre du fait que la force létale a été utilisée dans le contexte soit de la conduite des hostilités soit d’une opération de maintien de l’ordre140.

Finalement, les experts ont réfléchi à la manière dont l’obligation d’enquêter devrait être opérationnalisée dans les conflits armés. À ce propos, de nombreux experts ont estimé que ni le DIH ni le DIDH ne contiennent des indications quant au seuil exact à partir duquel une enquête pénale doit être initiée à la suite de l’usage de la force létale. Par contre, selon les dispositions tant du DIH que du DIDH, il ne fait aucun doute qu’une enquête pénale doit être diligentée en cas de commission présumée d’un crime de guerre. Malgré cela, le soupçon de comportement criminel ne surgit pas prima facie chaque fois qu’un civil perd la vie dans un conflit armé. D’autre part, même le fait de tuer des combattants ennemis ou des membres d’un groupe armé organisé peut constituer un crime de guerre si ces adversaires étaient déjà hors de combat quand ils ont été tués. Les questions-clés sont donc les suivantes : quand dispose-t-on d’éléments suffisants pour considérer que l’emploi de la force soulève des questions relevant du droit pénal ? Une allégation crédible de crime de guerre suffit-elle ? Combien de faits une allégation doit-elle présenter pour être crédible ?

En termes de procédure, plusieurs experts ont expliqué la manière dont le système judiciaire fonctionnait dans leurs pays respectifs. Un expert a expliqué que, dans son pays, une enquête opérationnelle (non censée être une enquête pénale) avait lieu tout d’abord. Cette première enquête équivaut à un processus d’établissement des faits, dont le but est de collecter les informations qui permettront aux instances responsables d’établir s’il y a lieu ou non de procéder à une enquête pénale. Selon le même expert, pour décider si une enquête pénale doit être diligentée, il serait judicieux d’utiliser les deux critères (degré de contrôle exercé sur le territoire et intensité de la violence) examinés lors de l’analyse des cinq études de cas141. Ces critères pourraient être utiles, dans la mesure où ils ne visent pas à déterminer à l’avance le paradigme applicable mais peuvent aider à déterminer a posteriori si une enquête pénale est nécessaire.

Un autre expert a expliqué que, dans son pays, le critère utilisé pour décider d’ouvrir une enquête pénale était l’existence d’une allégation crédible de violation du DIH. Si une telle allégation crédible existe, elle doit être signalée et la responsabilité de la violation doit être établie et/ou (si la violation n’équivaut pas à un crime de guerre) une action corrective doit être entreprise. En tout état de cause, la première étape réside toujours dans une enquête administrative qui procède à un examen de crédibilité.

Un troisième expert a expliqué que, dans son pays, une distinction était faite entre, d’une part, les enquêtes réalisées dans un but pénal ou disciplinaire et, d’autre part, les enquêtes administratives visant l’établissement des faits. Cet expert a souligné que les enquêtes administratives constituaient un meilleur outil pour déterminer les problèmes d’ordre systématique et pour améliorer le respect de la loi ou soumettant le système à une surveillance. Il en est ainsi parce que, dans le contexte des enquêtes pénales, il existe un droit au silence si une allégation de crime ne peut pas être prouvée au-delà de tout doute raisonnable. Un tel droit n’existe pas dans le contexte des enquêtes administratives ; au contraire, il y a obligation de découvrir la vérité.

Enfin, les experts se sont penchés sur la question du contenu de l’obligation d’enquête. Comme indiqué précédemment142, les organes des droits de l’homme ont élaboré une série de critères permettant d’établir qu’une enquête est « effective ». Ces critères portent notamment sur la manière dont l’enquête est menée : indépendance,

139 Pour la référence de cette affaire, voir supra note 49.
141 Supra, section II.
142 Supra, p. 24 et 25.
impartialité, célérité et implication des proches de la personne concernée. Pour leur part, les traités de DIH ne répondent pas de manière claire à la question du contenu de l’obligation d’enquête.

Selon certains experts, les critères élaborés par les organes des droits de l’homme sont trop stricts pour pouvoir être appliqués – en situation de conflit armé – afin d’évaluer l’efficacité des enquêtes prévues par le DIH.

Par exemple, il a été relevé que les organes interaméricains des droits de l’homme (en particulier la Commission interaméricaine des droits de l’homme) avaient fréquemment conclu que les tribunaux militaires ne possédaient pas l’indépendance et l’impartialité nécessaires pour mener des enquêtes au sujet de personnels militaires soupçonnés d’avoir commis de graves violations des droits des hommes (quand des civils ont été tués lors d’opérations militaires, par exemple). Ce sont donc les tribunaux civils qui devraient enquêter sur de tels homicides, même en situation de conflit armé. Il est vrai qu’à l’origine, cette jurisprudence s’est élaborée dans un contexte particulier, marqué par la prévalence de l’impunité (cours martiales mises en place par les dictatures militaires en Amérique latine). Néanmoins, tant la Cour que la Commission interaméricaine des droits de l’homme ont continué de préciser et développer cette jurisprudence à travers de nombreuses affaires récentes impliquant des cours martiales en Colombie et dans certains autres États membres de l’Organisation des États américains (OEA). Néanmoins, si on l’extrayait de ce contexte très particulier, cette jurisprudence poserait problème. En effet, dans la plupart des pays, en cas d’allégations d’exécutions extrajudiciaires dans le contexte d’un conflit armé, ce sont des militaires qui sont chargés de procéder aux enquêtes. Cette tâche incombe effectivement à l’armée, car elle découle du devoir des militaires, par exemple). Ce sont donc les tribunaux civils qui devraient enquêter sur de tels homicides, même en situation de conflit armé. Il est vrai qu’à l’origine, cette jurisprudence s’est élaborée dans un contexte particulier, marqué par la prévalence de l’impunité (cours martiales mises en place par les dictatures militaires en Amérique latine). Néanmoins, tant la Cour que la Commission interaméricaine des droits de l’homme ont continué de préciser et développer cette jurisprudence à travers de nombreuses affaires récentes impliquant des cours martiales en Colombie et dans certains autres États membres de l’Organisation des États américains (OEA). Néanmoins, si on l’extrayait de ce contexte très particulier, cette jurisprudence poserait problème. En effet, dans la plupart des pays, en cas d’allégations d’exécutions extrajudiciaires dans le contexte d’un conflit armé, ce sont des militaires qui sont chargés de procéder aux enquêtes. Cette tâche incombe effectivement à l’armée, car elle découle du devoir des commandants de prévenir et de punir les violations du DIH143. Dans certains pays latino-américains, s’alignant en cela sur la jurisprudence des organes interaméricains des droits de l’homme, les juridictions civils ouvrent une enquête sur tout homicide ayant un lien avec un conflit armé non international (y compris les homicides de membres d’un groupe armé organisé). Cette approche n’est pas considérée comme constituant la solution étant donné que, souvent, les juges des tribunaux civils connaissent mal le DIH. Des efforts considérables sont donc à déploier afin d’offrir aux juges civils une formation au DIH.

La plupart des experts ont rejeté l’idée selon laquelle, de par leur nature même, les enquêtes militaires ne sont ni indépendantes, ni impartiales. Il existe, a-t-il été affirmé, des moyens de s’assurer que l’instance de l’armée chargée d’enquêter est indépendante et impartiale. Dans certains pays, les enquêtes militaires sont conduites sous la supervision de personnel civil (dépandant du Procureur général ou de la Cour suprême). Quelques experts ont souligné que la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH) ne stipulait pas que les enquêtes devraient être confiées à des juridictions civiles, la seule exigence étant que la procédure soit conduite de manière indépendante et impartiale. Dans l’affaire Al-Skeini, la Cour européenne des droits de l’homme (CrEDH) a conclu à une violation de l’obligation d’enquête non parce que l’enquête avait été menée par l’armée, mais parce que l’autorité chargée de l’enquête n’était pas opérationnellement indépendante de la chaîne de commandement militaire144. Les juges ont estimé que le critère d’indépendance était « raisonnable », même dans les conflits armés. L’enquête doit évidemment être menée par des personnes qui sont distinctes de celles qui sont présumées avoir commis un homicide. Néanmoins, des discussions animées ont eu lieu sur la question de savoir si la CrEDH allait trop loin en exigeant, par exemple, que les proches de la victime soient impliqués dans la procédure d’enquête145.

Enfin, il a été relevé que, même sans tenir compte du DIDH et en se plaçant exclusivement du point de vue du DIH, il existe clairement une obligation de prévoir des sanctions pénales efficaces, ce qui, de fait, présuppose des enquêtes indépendantes et impartiales.

---

143 Supra note 135.

144 Voir CrEDH, affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, 7 juillet 2011 [§ 169] : « [c]ela étant, le fait que le Royaume-Uni était l’occupant rendait aussi particulièrement important que, pour garantir l’effectivité de toute enquête sur des faits reprochés à des soldats britanniques, l’autorité chargée des investigations fût, dans son fonctionnement, indépendante de la hiérarchie militaire et perçue comme telle ».  

145 Ibid [§ 167] : «[d]’une manière générale, on peut considérer que pour qu’une enquête sur un homicide illégal censé avoir été commis par des agents de l’État puisse passer pour effective, il faut que les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes impliquées. Cela suppose non seulement l’absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète (voir, par ex., affaire Shanaghan précitée [§ 104]). Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans ce contexte. Force est d’admettre qu’il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l’enquête de progresser dans une situation particulière. Toutefois, une réponse rapide des autorités lorsqu’il s’agit d’enquêter sur le recours à la force meurtrière peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux. Pour les mêmes raisons, le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l’enquête ou sur ses conclusions, de sorte qu’il puisse y avoir mise en cause de la responsabilité tant en pratique qu’en théorie. Le degré requis de contrôle du public peut varier d’une situation à l’autre. Dans tous les cas, toutefois, les proches de la victime doivent être associés à la procédure dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes ».  

---

53
Dans les situations de conflit armé, l’interaction entre les paradigmes en jeu – maintien de l’ordre et conduite des hostilités – est source de nombreux défis.

Le premier de ces défis consiste à déterminer si le paradigme du maintien de l’ordre peut être pertinent lorsque la force est employée contre des cibles légitimes dans des situations soit de conflit armé non international soit d’occupation146. La réunion a montré que cette question restait très controversée. Cela est particulièrement vrai quand la force est employée contre des cibles légitimes dans des contextes tel que celui présenté dans l’étude de cas n° 1 (membre d’un groupe armé organisé isolé dormant chez lui). Certains experts ont considéré que le DIH était la lex specialis et que, par conséquent, des personnes constituant des cibles légitimes pouvaient en tout temps être tuées à vue en toute légalité. D’autres experts se sont opposés à cette thèse. Ils ont estimé que dans des circonstances aussi spécifiques (notamment lorsque l’État contrôle la zone, que l’intensité de la violence est faible et que l’attaque a lieu à l’extérieur de la zone de conflit), le paradigme du maintien de l’ordre ne serait pas remplacé par celui de la conduite des hostilités. (Certains experts sont allés jusqu’à dire que le paradigme du maintien de l’ordre constituerait alors la lex specialis). De plus, les experts sont restés tout aussi divisés sur la question de savoir si, sous le paradigme de la conduite des hostilités, il serait interdit – en vertu des principes de nécessité militaire et d’humanité – de tuer à vue une cible légitime, et s’il faudrait plutôt chercher à mettre la personne hors de combat par d’autres moyens (comme suggéré dans le chapitre IX du Guide interprétatif du CICR). Néanmoins, la plupart des experts sont convenus que, dans la pratique, un commandant militaire raisonnable n’ordonnerait pas une attaque contre un membre d’un groupe armé organisé isolé dormant chez lui, alors qu’il paraitrait possible, en l’occurrence, de le capturer sans exposer les forces armées à des risques supplémentaires. Pour le moment, le droit ne permet pas d’établir clairement si, en de telles circonstances, c’est le paradigme de la conduite des hostilités ou celui du maintien de l’ordre qui devrait prévaloir. De fait, des arguments valables peuvent être avancés en faveur de l’un et de l’autre des paradigmes. Il est donc conseillé d’opter pour une approche pragmatique, consistant à evaluer la faisabilité et la désirabilité d’une opération de capture dans un cas exceptionnel tel que celui décrit dans l’étude de cas n° 1, en attendant que le droit international se cristallise dans l’une ou l’autre direction.

Un autre point est ressorti des débats. De l’avis de nombreux experts, pour déterminer quel paradigme s’applique dans une situation donnée, les principaux (voire les seuls) critères juridiques à utiliser sont le statut, la fonction ou la conduite de la personne contre laquelle le recours à la force est envisagé. Dans leur majorité, les experts n’ont pas considéré que certaines considérations factuelles supplémentaires – le fait, par exemple, que la situation se déroule à l’extérieur de la zone de conflit ou dans une zone placée sous le contrôle des forces armées de l’État, dans laquelle le niveau de violence est bas – constituaient des critères juridiques déterminants. Toutefois, selon certains intervenants, ces facteurs constituent des éléments factuels dont il est utile de tenir compte dans la prise de décisions d’ordre juridique et/ou politique.

Un autre élément examiné au cours de la réunion est le phénomène de la concomitance entre des troubles civils et des hostilités proprement dites. Au fil des discussions sur les études de cas n° 2 (émeutes) et n° 3 (criminalité), la réunion a montré qu’un véritable accord existait entre les experts sur un point précis, à savoir qu’en dépit des difficultés pratiques, l’« approche parallèle » offre un intérêt sur le plan juridique. Cela signifie que le paradigme de la conduite des hostilités ne peut être utilisé que lors d’actions dirigées contre des combattants, des membres d’un groupe armé organisé ou des civils participant directement aux hostilités. En cas de troubles civils, les opérations doivent être conduites sous le paradigme du maintien de l’ordre, même dans le contexte d’un conflit armé. Cette approche – application parallèle des deux paradigmes – bute néanmoins sur des difficultés pratiques, notamment en cas d’émeutes. Il est en effet alors difficile d’établir une distinction entre, d’une part, les cibles légitimes et, d’autre part, les manifestants civils violents dont les actes n’équivalent pas à une participation directe aux hostilités. Un certain nombre d’experts ont préconisé d’appliquer (ne serait-ce que pour des raisons pratiques) les procédures d’escalade de la force à la situation dans son ensemble. De fait, en de telles circonstances, les Règles d’engagement – qui reflètent des considérations d’ordre juridique, politique et opérationnel – font souvent référence à des critères basés sur le concept de légitime défense, impliquant l’application des procédures d’escalade de la force à la situation dans son ensemble.

La plupart des experts sont tombés d’accord pour conclure qu’une utilisation graduée de la force était requise dans nombre de situations telles que celles présentées dans les études de cas n° 4 (membres du groupe armé...
organisé capturés qui participent à des émeutes ou tentent de s'évader) et n° 5 (poste de contrôle) et, surtout, en cas de doute quant au statut, à la fonction ou à la conduite d’une personne qui semble poser une menace. Même si tous les participants n’ont pas suivi le même raisonnement juridique, ils sont parvenus au même résultat sur le plan pratique. Ils ont ainsi estimé que des procédures d’escalade de la force devaient être observées, sans toutefois en discuter les modalités d’application. À cet égard, il a été intéressant de constater qu’un certain nombre d’experts interprétaient les règles et principes du DIH – en particulier la règle relative au doute quant au statut, à la fonction ou à la conduite de la personne ciblée et le principe de précaution dans l’attaque – comme contenant l’obligation, pour les parties belligérantes, d’observer des procédures d’escalade de la force dans certaines situations. À propos de l’exemple du poste de contrôle, il a été à nouveau souligné que, pour des raisons d’ordre à la fois pratique, juridique et politique, le problème serait résolu dans un certain nombre de Règles d’engagement par l’application de normes relatives à la légitime défense, moins basées sur le statut de la personne ciblée que sur la menace qu’elle représente.

Comme la réunion l’a également montré, une clarification du droit dans ce domaine ne peut être exhaustive et pertinente que si la question de l’interaction entre les deux paradigmes en jeu est abordée dans une perspective très large. Il importe en effet de prendre en compte les problèmes qui se posent non seulement au moment de l’exécution d’une opération (lors de l’utilisation effective de la force) mais aussi pendant la période qui précède, et celle qui suit, l’emploi de la force. La planification des opérations a été jugée déterminante pour assurer le respect du droit. Il est important (ou même obligatoire) dans les conflits armés contemporains que les forces armées bénéficient d’une formation au maintien de l’ordre (ou aux techniques du maintien de l’ordre) et disposent d’un équipement approprié, permettant un emploi gradué de la force. Les experts sont tombés d’accord pour conclure que des enquêtes devaient être conduites au moins quand il existe une allégation crédible de crime de guerre et que, d’autre part, toute enquête devait être menée de manière indépendante et impartiale.

Enfin, la réunion a révélé qu’il existait une disparité entre, d’une part, la façon dont la question de l’usage de la force dans les conflits armés est perçue par les praticiens du DIH et, d’autre part, l’approche adoptée par les spécialistes et les organes des droits de l’homme. Il est donc nécessaire de combler ce fossé et de renforcer le dialogue entre les experts et les praticiens travaillant dans chacun de ces deux domaines.
ANNEXES

Annexe 1 : Ordre du jour
Annexe 2 : Liste des participants
Annexe 3 : Déclaration écrite de Mme Françoise Hampson
Annexe 4 : Résumé de l'exposé du Colonel Juan Carlos Gómez Ramírez
Annexe 5 : Résumé de l'exposé du Colonel Richard Gross
Annexe 6 : Résumé de l'exposé de Mme Olga Chernishova
**ANNEXE 1 : ORDRE DU JOUR**  
**EMPLOI DE LA FORCE DANS LES CONFLITS ARMÉS**  
**INTERACTION ENTRE LES PARADIGMES DE LA CONDUITE DES HOSTILITÉS ET DU MAINTIEN DE L’ORDRE**

### JEUDI 26 JANVIER 2012

| 8h30-10h15 | Séance d’introduction |
| 8h30-8h45 | Allocution de bienvenue | M. Philip Spoerri |
| 8h45-9h15 | Présentation des experts | Voir liste des participants |
| 9h15-9h30 | Introduction du thème de la réunion et méthodologie | M. Knut Dörmann |
| 9h30-9h45 | Réflexions sur le *Manuel de droit opérationnel des Forces armées colombiennes* | Colonel Juan Carlos Gómez Ramírez |
| 9h45-10h15 | Questions et discussion |
| 10h15-10h30 | Pause-café |
| 10h30-10h45 | L’emploi de la force dans les différentes phases du conflit en Afghanistan | Colonel Richard Gross |
| 10h45-11h15 | Questions et discussion |
| 11h15-11h30 | L’emploi de la force et la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l’homme | Mme Olga Chernishova |
| 11h30-12h00 | Questions et discussion |
| 12h00-12h30 | Déjeuner |
| 13h00-15h00 | Discussion des spécificités propres à chacun des deux paradigmes |
| 15h00-15h15 | Pause-café |
| 15h15-17h45 | Emploi de la force contre des cibles légitimes pendant les conflits armés |
| Étude de cas n°1 | Emploi de la force contre des cibles légitimes |
| 17h45-18h00 | Synthèse du président |
| 19h30 | Dîner |

### VENDREDI 27 JANVIER 2012

| 8h00-10h00 | Emploi de la force dans différentes situations - émeutes, criminalité, tentatives d’évasion et non-respect des ordres militaires pendant les conflits armés |
| Étude de cas n°2 | Émeutes dans les situations de conflit armé |
| Étude de cas n°3 | Lutte contre la criminalité |
| 10h00-10h15 | Pause-café |
| 10h15-12h15 | Emploi de la force dans différentes situations (suite) |
| Étude de cas n°4 | Tentatives d’évasion/émeutes |
| Étude de cas n°5 | Postes de contrôle |
| 12h15-13h15 | Déjeuner |
| 13h15-14h00 | Synthèse des discussions basées sur les études de cas |
| 14h00-15h45 | Obligations pertinentes (avant et après l’emploi de la force)  
Les experts sont invités à débattre - en tenant compte des études de cas - des obligations préventives (avant l’exécution d’une opération) et de l’obligation d’enquête (après l’emploi de la force). |
| 15h45-16h00 | Synthèse du président et clôture de la réunion |

(Dés 16h00 : départ pour l’aéroport, etc.)
### ANNEXE 2 : LISTE DES PARTICIPANTS

<table>
<thead>
<tr>
<th>Prénom</th>
<th>Nom de famille</th>
<th>Titre / Fonction</th>
<th>Pays d'origine</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Col.</td>
<td>Kirby</td>
<td>ABBOTT Colonel, Conseiller juridique assistant, SHAPE, OTAN</td>
<td>Canada</td>
</tr>
<tr>
<td>Mme</td>
<td>Olga</td>
<td>CHERNISHOVA Docteur en droit, Chef de la division juridique, Greffe de la Cour européenne des droits de l’homme</td>
<td>Russie</td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Robert</td>
<td>CHESNEY Professeur de droit, University of Texas School of Law</td>
<td>États-Unis d'Amérique</td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Robert</td>
<td>GOLDMAN Professeur de droit et Louis C. James Scholar, Washington College of Law, American University, Washington D.C.</td>
<td>États-Unis d'Amérique</td>
</tr>
<tr>
<td>Col.</td>
<td>Juan Carlos</td>
<td>GOMEZ RAMIREZ Colonel, Armée de l’air colombienne, Directeur de l’Institut militaire d’Aéronautique</td>
<td>Colombie</td>
</tr>
<tr>
<td>Col.</td>
<td>Richard</td>
<td>GROSS Colonel, Interim Legal Counsel to the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, US Army</td>
<td>États-Unis d'Amérique</td>
</tr>
<tr>
<td>Col.</td>
<td>Richard</td>
<td>JACKSON Colonel, Special Assistant for Law of War Matters, Armée des États-Unis</td>
<td>États-Unis d'Amérique</td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>David</td>
<td>KRETZMER Professeur émérite, Université hébraïque de Jérusalem</td>
<td>Israël</td>
</tr>
<tr>
<td>Col.</td>
<td>Liron</td>
<td>LIBMAN Colonel, Former Head of International Law Department, Military Advocate General’s HQ, Forces de défense israéliennes</td>
<td>Israël</td>
</tr>
<tr>
<td>Mme</td>
<td>Yan</td>
<td>LING Professeur de droit international, Université chinoise des sciences politiques et du droit, Beijing</td>
<td>Chine</td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Noam</td>
<td>LUBELL Professeur de droit international des conflits armés, Université d’Essex</td>
<td>Royaume-Uni</td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Djamchid</td>
<td>MOMTAZ Professeur de droit international public, Université de Téhéran</td>
<td>Iran</td>
</tr>
<tr>
<td>Cdt.</td>
<td>Cameron</td>
<td>MOORE Commandant, Legal Officer for the Royal Australian Navy and Senior Lecturer, Faculty of The Professions, School of Law, University of New England</td>
<td>Australie</td>
</tr>
<tr>
<td>Maj.</td>
<td>Milad</td>
<td>NASRALLAH Major, Forces de sécurité intérieure libanaises</td>
<td>Liban</td>
</tr>
<tr>
<td>Col.</td>
<td>Claudio</td>
<td>PIEDRA BUENA Colonel, Directeur du Centre argentin interarmées de formation aux opérations de paix (CAECOPAZ)</td>
<td>Argentine</td>
</tr>
<tr>
<td>Mme</td>
<td>Elizabeth</td>
<td>SALMÓN Docteur en droit, directeur académique, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP)</td>
<td>Pérou</td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Marco</td>
<td>SASSÒLI Professeur de droit international, Université de Genève</td>
<td>Suisse</td>
</tr>
<tr>
<td>Col.</td>
<td>André</td>
<td>VIANNA Colonel à la retraite, Police militaire de São Paolo</td>
<td>Brésil</td>
</tr>
<tr>
<td>Sir</td>
<td>Michael</td>
<td>WOOD Membre de la Commission du droit international de l’ONU</td>
<td>Royaume-Uni</td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Marten</td>
<td>ZWANENBURG Docteur en droit, Conseiller juridique principal, Ministère néerlandais de la Défense</td>
<td>Pays-Bas</td>
</tr>
<tr>
<td>Prénom</td>
<td>Nom de famille</td>
<td>Titre / Fonction</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>----------</td>
<td>---------------</td>
<td>---------------------------------------------------------------------------------</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Knut</td>
<td>Docteur en droit, chef de la Division juridique, président de la réunion</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Mme</td>
<td>Cordula</td>
<td>Docteur en droit, conseiller juridique, Unité thématique, Division juridique</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Tristan</td>
<td>Docteur en droit, conseiller juridique, Unité thématique, Division juridique</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Mme</td>
<td>Gloria</td>
<td>Docteur en droit, conseiller juridique, Unité thématique, Division juridique</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Jean-François</td>
<td>Docteur en droit, chef de l'Unité thématique, Division juridique</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Mme</td>
<td>Kathleen</td>
<td>Chef de l'Unité Armes, Division juridique</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Mme</td>
<td>Jelena</td>
<td>Conseiller juridique principal, Unité thématique, Division juridique</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Yves</td>
<td>Professeur, membre de l'Assemblée</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>M.</td>
<td>Philip</td>
<td>Docteur en droit, directeur, Droit international et Coopération</td>
<td></td>
</tr>
</tbody>
</table>

25.01.2012
1 Mme François Hampson a été le représentant légal du requérant dans de nombreuses affaires concernant des homicides commis dans le sud-est de la Turquie (affaires Egi, Akikum et Alkan & Karakoc, par ex.); des homicides commis par un « auteur non identifié » (affaires Tanrikulu, Akkok, Kaya et Kılıç, par ex.); des décès survenus en détention (affaires Salman et Täs); des disparitions et décès présomus (affaires Çakıcı, Ertak et Akdeniz). Elle s’est également occupée d’affaires (actes de torture, détention illégale, destruction de maisons, destruction de biens) ainsi que du droit de recours pour les victimes. Elle a été l’un des représentants des requérants dans l’affaire Bankovic ; elle est en outre intervenue, en tant que représentant du gouvernement de la République de Chypre, dans l’affaire Varnava c. Turquie.

2 La présente déclaration écrite avait été préparée par Mme François Hampson en prévision de la réunion d’experts, à laquelle elle a été empêchée de participer. Elle n’a donc pas pu présenter comme prévu un exposé introductif sur la jurisprudence de la CrEDH relative à l’emploi de la force. Le présent document n’est pas un travail universitaire ; il ne vise qu’à rassembler un certain nombre de réflexions que l’auteure a souhaité partager avec les participants de la réunion.

3 Le mot « ciblage » (targeting, en anglais) recouvre la notion d’ouverture délibérée du feu contre une cible (et non le fait d’atteindre une cible, de manière prévisible ou autre).


5 Comme nous le verrons plus bas, trois traits relatifs aux droits de l’homme s’accompagnent du ciblage basé sur le statut de la personne visée en situation de conflit armé sans qu’une modification de ces instruments soit nécessaire. Il en va différemment de la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH).

6 L’une des difficultés de la Cour européenne des droits de l’homme (CrEDH) vient du fait qu’elle ne peut pas rendre d’avis consultatifs sur des questions de fond en matière de droits de l’homme ; qu’elle ne reçoit pas de rapports établis par des États et qu’elle ne formule pas d’observations générales. Cela la prive de l’occasion de sortir du cadre des cas individuels dont elle est saisie pour se poser des questions d’ordre général telles que, par ex., la nature de la relation entre le DIH et le DDH. Il est vrai que, comme nous le verrons plus loin, la CrEDH peut se poser se poser des questions d’ordre général à propos de cas particuliers ; elle le fait effectivement, mais le risque existe de voir la réflexion générale biasée par la spécificité d’une affaire.
Un organe (judiciaire ou quasi-judiciaire) des droits de l’homme est tout à fait apte à se prononcer avec autorité sur des violations du DDH. Ce faisant, il élabore une conception faisant autorité au sujet des différents éléments constitutifs du droit. Les cas de décès examinés par les organes des droits de l’homme peuvent avoir eu lieu pendant un conflit armé. Cela ne signifie pas que l’organe des droits de l’homme saisi de l’affaire tiendra compte du DIH ou qu’il se posera la question de savoir si c’est le DIH ou le DDH qui constitue le cadre d’analyse approprié.

L’on ne saurait présumer qu’un organe des droits de l’homme tient compte du DIH pour la simple raison qu’il utilise des mots ou expressions – tels que « civil », par exemple – que l’on rencontre plus fréquemment dans un contexte relevant du DIH.

Si cette réunion d’experts doit tenir compte de leur jurisprudence, c’est parce que les organes créés en vertu d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme constituent le forum le plus communément utilisé par les individus alléguant l’illégalité d’homicides ayant eu lieu pendant un conflit armé. Une distinction doit cependant être établie entre deux types d’affaires portées devant les organes des droits de l’homme. D’une part, certaines affaires relèvent exclusivement du DDH (la question de la possible pertinence du DIH n’est pas du tout abordée). D’autre part, pour se prononcer dans certaines affaires, l’organe saisi doit déterminer le cadre juridique pertinent : est-ce le paradigme des hostilités (au sens du DIH) ou le paradigme du maintien de l’ordre (au sens du DDH) ? Cette détermination est nécessaire même si, en fin de compte, l’organe saisi n’est compétent que pour conclure à une violation du DDH. Un exemple classique d’un tel cas de figure est l’affaire Abella c. Argentine, portée devant la Commission interaméricaine des droits de l’homme. La Commission a conclu proprio motu à la pertinence du DIH ; elle a utilisé des concepts du DIH apparemment sans rapport avec le DDH (emploi d’un drapeau blanc et emploi d’armes illégitimes) ; enfin, elle a expliqué pourquoi ces concepts étaient pertinents, même dans une situation qui ne serait couverte que par l’article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Ainsi, dans le cadre de la réunion, quand il s’agira de juger de la pertinence d’un arrêt rendu par un organe des droits de l’homme, l’une des trois hypothèses suivantes devrait être confirmée :

- Le DIH était potentiellement pertinent, ou
- Le DIH n’était vraiment pas pertinent, ou encore
- Le DIH était vraiment pertinent.

Il faut espérer que l’organe saisi motive également ses déterminations. Dans les affaires où il n’a encore jamais examiné la question, l’organe saisi peut avoir besoin de se prononcer à titre liminaire sur trois points : peut-il ou non tenir compte du DIH (conventionnel et/ou coutumier) ? À quel moment tiendra-t-il compte du DIH ? Enfin, de quelle façon tiendra-t-il compte du DIH ?

Sur cette base, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (CrEDH) n’est pertinente qu’en tant qu’analyse très détaillée des exigences du DDH. Pas une seule fois, la CrEDH n’a examiné sur le fond la relation entre le DIH et le DDH en s’interrogeant sur la pertinence éventuelle du DIH ou sur la façon dont elle-même devrait tenir compte du DIH. Cette situation est sur le point de changer. Dans la seconde affaire interétatique (plainte portée contre la Russie par la Géorgie, suite au conflit armé entre les deux États), la Russie a allégué que la Cour n’était pas compétente, étant donné que, selon la Russie, de telles questions relevaient du DIH, dont l’applicabilité annule et remplace celle du DDH. Dans sa décision de recevabilité, la CrEDH a statué que la possible pertinence du DIH constituait une question à se poser au stade de l’examen sur le fond de chaque affaire.

Plusieurs thèmes seront abordés dans les brefs commentaires qui suivent : dispositions conventionnelles pertinentes de la CEDH ; cadre d’analyse détaillé du droit pertinent ; enfin, jurisprudence de la CrEDH se rapportant à des décès survenus dans des situations où le DIH était potentiellement applicable.

2. Les dispositions de la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH) relatives à l’emploi de la force potentiellement létale

Les dispositions pertinentes de la CEDH diffèrent des dispositions équivalentes figurant dans d’autres traités. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), la Charte africaine des droits de l’homme et des...
peuples (CADHP) et la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH) interdisent les exécutions arbitraires. Dans ces trois instruments, il s’agit d’une disposition non dérogeable. Or, ce qui est « arbitraire » en temps de paix ne l’est pas nécessairement en période de conflit armé. Les textes ne dressent donc aucune barrière susceptible d’empêcher les organes des droits de l’homme de tenir compte du DIH au moment de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie en situation de conflit armé.

En revanche, l’article 2 de la CEDH se borne à énumérer les motifs pour lesquels les agents de l’État sont autorisés à avoir recours à la force potentiellement létale. Tous ces motifs sont en fait basés sur le comportement de la personne ciblée, et ils représentent l’essence même du paradigme du maintien de l’ordre. Le seuil qui doit être franchi avant que l’ouverture du feu soit autorisée est clairement défini : l’emploi de la force doit être « absolument nécessaire ».

Dans les situations de guerre ou d’autre danger public menaçant l’existence de la nation, un État peut chercher à modifier l’article 2 de la CEDH en incluant les « actes de guerre licites ». Aucun État n’a encore tenté de faire jouer cette disposition.

Le libellé des dispositions de la CEDH empêche simplement – selon les règles générales d’interprétation des traités – la Cour européenne des droits de l’homme (CrEDH) de tenir compte du DIH. Comme nous allons le voir, la CrEDH dispose d’une autre manière de tenir compte du DIH.

Dans son article 2, la CEDH (cette fois, comme les autres traités relatifs aux droits de l’homme) exige spécifiquement que les États protègent le droit à la vie.

3. Cadre d’analyse d’un homicide prétendument illégal au regard de la CEDH.

Quand une violation alléguée des droits de l’homme s’est produite dans le contexte d’une situation de violations systématiques ou généralisées du DDH, l’établissement des faits constitue souvent la principale difficulté. Si les faits se sont produits comme le prétend le requérant, il est souvent clair qu’il y a eu violation du DDH. L’impunité caractérise souvent les situations de ce type, au moins au niveau du droit interne pertinent. Dans de telles situations, il est fait peu de cas des dispositions pertinentes du droit – interne ou international –, étant donné que les agences de sécurité de l’État ne s’attendent pas à devoir rendre compte de leurs actions. De fait, une grande partie des affaires portées devant le Comité des droits de l’homme des Nations Unies, ainsi que devant les Commissions et les Cours africaine et interaméricaine des droits de l’homme ont trait à des situations de ce type. L’expérience de la Cour européenne des droits de l’homme (CrEDH) est différente : elle inclut des situations où un homicide prétendument illégal a eu lieu dans un contexte de respect général de la loi et de disponibilité générale d’une voie de recours sur le plan interne. Cela signifie que tant l’ancienne Commission que l’actuelle CrEDH ont souvent eu à connaître d’affaires se situant à proximité de la frontière qui sépare les homicides illégaux et les homicides « non illégaux ». La jurisprudence de la CrEDH offre une analyse riche et détaillée des concepts pertinents.

a) Le contexte

Il est probable que le contexte dans lequel l’homicide a eu lieu conditionne de manière significative le traitement de l’affaire, en particulier au moment de l’évaluation de l’usage qui a été fait de la force (nécessité et proportionnalité). Il est probable que le contexte dans lequel l’homicide a eu lieu conditionne de manière significative le traitement de l’affaire, en particulier au moment de l’évaluation de l’usage qui a été fait de la force (nécessité et proportionnalité).

---

10 CEDH [art. 15]. Dans des circonstances déterminées (c’est-à-dire en cas d’état d’urgence), un État est autorisé à modifier la portée de certaines obligations en matière de droits de l’homme. C’est une possibilité offerte aux États, mais si eux-mêmes ne le font pas, l’organe des droits de l’homme n’invoque pas proprio motu la clause d’urgence. C’est là une différence par rapport au DIH, applicable de jure dans des circonstances déterminées. Il n’appartient pas aux États d’invoquer l’applicabilité du DIH.

11 CEDH [art. 2] : «[l]e droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. […] La mort n’est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d’un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l’évasion d’une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ». Il est possible que, de nos jours, la Cour applique un seuil aussi élevé au second motif – « […] croire à la nécessité de l’emprêcher de commettre une infraction ou de s’enfuir après l’accomplissement de celle-ci » [art. 5], de sorte que celui-ci ne puisse plus, en effet, servir de justification au recours à la force potentiellement létale.

12 Il semble que ce seuil soit plus élevé que cela serait « raisonnablement nécessaire », mais ce pourrait être une distinction n’impliquant aucune différence ; voir CrEDH, affaire Stewart c. Royaume-Uni, 10 juillet 1984.

13 Cette disposition constitue-t-elle une dérogation limitée ou une ligne de défense ? Elle est traitée séparément dans la clause dérogatoire de la CEDH [art. 15].


15 Par ex., CrEDH, affaire Engi, supra note 6. Les forces de sécurité auraient cherché à monter une embuscade contre le PKK pour l’emprêcher de s’infiltrer dans un village.
et, enfin, des situations dans lesquelles rien ne laissait prévoir qu’il serait nécessaire d’ouvrir le feu. Plus une opération est planifiée, plus la CrEDH attend de l’État qu’il s’efforce de réduire au maximum la nécessité d’ouvrir le feu. Si un État cherche à déjouer une tentative de hold-up dans une banque, par exemple, il peut poster un ou plusieurs snipers sur les toits voisins, le seul moyen d’empêcher les voleurs d’agir étant de tirer sur eux. Selon la CEDH, les actes des personnes qui ouvrent réellement le feu peuvent ne pas constituer une violation de ses dispositions ; par contre, la manière dont l’État a planifié cette même opération peut être jugée contraire aux dispositions de la CEDH. Il ne semble pas qu’une différence soit faite selon que les forces de sécurité en cause sont des forces de police, de gendarmerie ou des forces armées. Il n’apparaît pas clairement si les décès dus au recours au feu aérien sont traités différemment des décès survenus alors que la victime se trouvait aux mains des forces terrestres.

b) Faut-il que la victime soit décédée pour que l’article 2 puisse être invoqué ?

La force potentiellement létale doit avoir été employée, mais elle ne doit pas nécessairement avoir provoqué la mort. Peut-être a-t-on pu croire que cela signifiait que cette disposition ne visait que les attaques mettant la vie en danger. Dans l’affaire Ilhan c. Turquie, l’individu victime de l’incident était à terre, encerclé par les forces de sécurité ; les soldats ont retourné leurs armes et l’ont frappé à la tête avec la crosse de leurs fusils. Une lésion cérébrale permanente a provoqué une hémiplegie partielle. La majorité des membres de la Commission européenne des droits de l’homme ont estimé que ces actes constituaient une violation de l’article 2. Par contre, la CrEDH a jugé que l’article 2 n’était pas applicable : l’affaire devait donc être examinée à la lumière de l’article 3 (interdiction de tout traitement inhumain ou dégradant). De l’avis de l’auteure, cette décision n’est pas correcte.

c) Pour quels motifs est-il possible d’employer la force potentiellement létale ?

Les motifs sont précis, spécifiques, exhaustifs et parlent d’eux-mêmes.

d) Seuil du recours à la force potentiellement létale pour un motif légitime

Le test de nécessité absolue s’applique à l’ouverture du feu, et non à l’analyse de la force utilisée (l’exigence de proportionnalité présidant à l’examen de ce second élément). Quels que soient les moyens « absolument nécessaires », il est clair que le seuil est élevé.

e) Proportionnalité

La Convention européenne des droits de l’homme (CEDH) ne fait pas référence à la proportionnalité, mais cette exigence y a toutefois été perçue selon les règles générales d’interprétation des traités. Cela donne à la Cour européenne des droits de l’homme (CrEDH) une certaine flexibilité et lui permet de tenir compte des circonstances de l’affaire. La règle de proportionnalité s’applique à la manière dont la force est employée. Le concept s’articule autour d’au moins trois axes. Premièrement, le tort causé à la victime doit être proportionné au risque posé à autrui. Deuxièmement, par rapport au risque posé aux autres personnes se trouvant à proximité, un soin considérable doit être pris pour réduire au maximum ce risque (tout en reconnaissant qu’il ne peut pas être éliminé). S’agissant du risque posé aux autres personnes présentes, il est clair que le fait d’ouvrir le feu de façon indiscriminée est illégal. Troisièmement, le type d’armes utilisées constitue un élément pertinent pour l’examen de proportionnalité.

16 La meilleure illustration se trouve dans l’affaire McCann et autres c. Royaume-Uni (CEDH, arrêt du 27 septembre 1995). Selon la CrEDH, l’action des forces spéciales britanniques (tirs contre des terroristes connus en mission à Gibraltar) n’a pas constitué une violation de la CEDH, contrairement à la manière dont l’ensemble de l’opération a été planifiée (absence de mesures adéquates pour prévenir la nécessité du recours à la force potentiellement létale).

17 Outre la célèbre affaire Issaïeva et autres c. Russie, arrêt du 24 février 2005, la CrEDH a eu à connaître d’autres cas impliquant le feu aérien, même dans une situation qui aurait été qualifiée de conflit armé non international par le DIH. Certaines de ces affaires ont donné lieu à un règlement amiable : par ex., CrEDH, affaire Isiyok c. Turquie, 3 avril 1995.

18 Voir supra note 10.

19 Voir supra note 11.


21 Affaire Ergi, supra note 6 et discussion ci-après.

22 Dans l’affaire Gül, supra note 13, l’État a été jugé responsable d’un décès dû à l’emploi de balles réelles pendant une manifestation interdite. La Cour a déclaré que l’État aurait dû disposer de matériel de lutte antiémeutes (gaz lacrymogène, par ex.). Voir aussi affaire Stewart c. Royaume-Uni, 10 juillet 1984, supra note 11 (emploi de balles en caoutchouc).
L’analyse des « ingrédients » de la protection du droit à la vie est assez complexe, et son application aux faits donne parfois des résultats surprenants. Il arrive que la CrEDH base sa décision sur le manque de proportionnalité, alors qu’en fait, il n’y avait aucun motif d’ouvrir le feu23. Peut-être la CrEDH estime-t-elle qu’ainsi, le résultat sera le même pour le requérant et qu’elle-même pourra ainsi montrer moins critique vis-à-vis de l’État en cause. Le déplacement de la violation réelle revêt parfois une forme plus dramatique et plus problématique. Dans l’affaire Özkan24, une fillette qui se trouvait dans sa maison a été mortellement blessée lors d’un assaut lancé contre un village. La CrEDH paraît avoir voulu faire en sorte que l’État soit tenu responsable du décès de la fillette, mais peut-être a-t-elle hésité à se livrer à une analyse détaillée des faits concernant l’assaut lancé contre le village. L’avocat des requérants a fait valoir que l’enfant avait perdu la vie à cause de l’emploi indiscriminé de la force. De son côté, la CrEDH s’est essentiellement intéressée à ce qui s’était passé au moment où les forces de sécurité étaient entrées dans le village. Les villageois avaient été rassemblés puis divisés en deux groupes distincts. Les forces de sécurité avaient demandé si quelqu’un avait besoin de soins médicaux, mais elles n’avaient pas fait de tournée d’inspection auprès de tous les habitants du village. La mère de la fillette n’avait rien dit, ce qui n’est peut-être pas surprenant en de telles circonstances. Si les forces de sécurité n’avaient pas demandé s’il existait un besoin en matière de soins médicaux, ou si elles n’avaient prodigué aucun traitement nécessaire, alors se poserait véritablement une question relevant de la sphère médicale, au lieu de le déclarer responsable d’un décès résultant de l’emploi indiscriminé de la force.

La CrEDH examine si une violation a été commise mais, de manière générale, elle ne cherche pas à établir comment et pourquoi la violation a eu lieu. Ceci est regrettable si l’un des objectifs recherchés consiste à réduire le risque de répétition. Par exemple, dans de nombreux cas, il serait utile de connaître les règles d’engagement (RoE) sous lesquelles les forces opéraient.

f) Protection du droit à la vie et mesures opérationnelles de protection

De façon générale, un État protège le droit à la vie en se dotant d’une législation appropriée ainsi que d’un système de police et d’un dispositif judiciaire qui permettent la mise en œuvre des lois pertinentes. Exceptionnellement, quand des individus peuvent montrer qu’ils sont particulièrement en danger, l’État peut être amené à prendre des mesures opérationnelles de protection25.

g) Protection du droit à la vie et enquête en cas de mort suspecte

Pour protéger le droit à la vie, l’État est requis de mener, de manière prompte et efficace, une enquête au sujet de tout décès suspect26. Cette obligation couvre les décès survenus alors que la personne était aux mains d’agents de l’État comme aux mains de tierses parties27. Pour être effective, l’enquête doit être indépendante, ce qui a des implications particulières si la personne soupçonnée d’être l’auteur de l’homicide est un membre de la police ou des forces armées. Quand une enquête doit être menée dans une zone de conflit, il est important qu’au moment de déterminer les exigences auxquelles l’enquête devra satisfaire, la CrEDH tienne compte de l’impact de la situation sur le terrain28.

23 Par ex., CrEDH, affaire Haran c. Turquie, 26 février 1996; une audition visant à établir les faits a été organisée par la Commission. L’affaire a été conclue par voie de règlement amiable.

24 CrEDH, affaire Özkan et autres c. Turquie, 6 avril 2004.


27 Il existe une jurisprudence très abondante au sujet de l’obligation de procéder à une enquête au titre de l’article 2 de la CEDH dans le cadre d’affaires liées à la situation prévalant dans le sud-est de la Turquie, d’une part, et en Tchéquie, d’autre part.

28 Cela inclut les homicides de personnes se trouvant aux mains d’un groupe armé organisé. Le DOH ne lie que les États; toutefois, des acteurs non étatiques peuvent être liés indirectement en raison de l’obligation incombant à l’État de protéger les personnes qui sont aux mains de ces acteurs contre les violations des droits de l’homme.

29 Voir, par ex., CrEDH, affaire Al-Skeini c. Le Royaume-Uni, 7 juillet 2011 (enquête sur des homicides commis à Bassorah, en Irak).
Quand le plaignant allègue que le recours à la force létale était basé sur la discrimination, l’enquête doit examiner non seulement l’homicide mais aussi l’allégation spécifique d’allégation de discrimination30.

4. Emploi de la force potentiellement létale dans des contextes où le DIH était applicable (ou pouvait être considéré comme applicable)

La Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) a été saisie d'affaires dans lesquelles le DIH était – possiblement ou indiscutablement – applicable (la question de la pertinence du DIH a d'ailleurs été soulevée par certains requérants). Certaines affaires étaient en lien avec un conflit armé international. Le litige entre Chypre et la Turquie, suite à l'invasion et à l'occupation du territoire chypriote par les forces armées turques, a été en grande partie traité uniquement par l’ancienne Commission européenne des droits de l'homme; toutefois, il y a eu également une affaire interétatique, et Chypre est intervenue dans une affaire portée devant la CrEDH par ses ressortissants mais n'ayant pas de lien avec le conflit31. Dans le cadre de la célèbre affaire Banković32, une requête a été introduite contre tous les membres européens de l’OTAN par des ressortissants de la République fédérale de Yougoslavie. Les représentants des requérants ont fait abondamment référence au DIH dans leurs plaidoiries (violation alléguée des articles 2, 10 et 13 de la CEDH). Plus récemment, c'est à la fois à un conflit armé international et à un conflit armé interne qu'il a été fait référence dans la deuxième plainte portée par la Géorgie contre la Russie33.

La CrEDH a également, et plus fréquemment, eu à connaître des affaires qui découlaient de situations dans lesquelles – selon de nombreuses voix, y compris celle du CICR – le DIH était applicable, même si l'État en cause ne l'avait pas reconnu. Cela, d'ailleurs, n'est pas la même chose que de dire que l'État intervenait dans une situation d'urgence intérieure. Parmi les situations portées à la connaissance de la CrEDH figure notamment celle de l'Irlande du Nord, où le Royaume-Uni a rejeté l'applicabilité des Conventions de Genève, mais a autorisé le CICR à visiter les personnes détenues en lien avec le conflit (après avoir accepté l'offre de services que le CICR avait présentée sur la base du droit d’initiative inscrit dans ses Statuts). Le sud-est de la Turquie, dans les années 1990, est également l'un des contextes dans lesquels le DIH était applicable, bien que la Turquie ait rejeté l’applicabilité des Conventions de Genève. Dans le cas de la Tchéquie, il convient d’établir une distinction entre la première et la deuxième guerre de Tchéquie. La Cour constitutionnelle de Russie a statué que le Protocole additionnel II était applicable au Genève. Dans le cas de la Tchétchénie, il convient d'établir une distinction entre la première et la deuxième guerre de Tchétchénie. La Russie allègue que, depuis les attentats de novembre 2011, elle lutte contre le terrorisme et les actes criminels. Toutes les affaires portées devant la CrEDH découlent de la situation provoquée par la deuxième guerre de Tchétchénie.

En résumé, la CrEDH a eu de nombreuses opportunités de traiter de la relation entre le DIH et le DDH, ou de la pertinence du DIH par rapport à ses propres arrêts relatifs aux droits de l’homme, mais elle n’a pas choisi d’agir de la sorte.

a) Cela soulève plusieurs questions. Premièrement, la CrEDH devrait-elle – et/ou pourrait-elle – tenir compte du DIH ? Deuxièmement, le fait de ne pas tenir compte du DIH a-t-il eu une incidence sur le résultat ? La CrEDH devrait-elle – et pourrait-elle – tenir compte du DIH ?

La Cour internationale de Justice (CIJ) a estimé que certaines situations étaient régies uniquement par le DDH, d'autres uniquement par le DIH, et d'autres encore par ces deux corps juridiques35. Le fait que certaines situations soient uniquement régies par le DIH ne signifie pas qu'elles échapperaient à la compétence d'un organe des droits de l’homme. En effet, la CIJ a également statué que le DDH s’appliquait en toutes circonstances, sauf dérogation.

---

30 Par ex., CrEDH, affaire Nachova et autres c. Bulgarie, arrêt du 26 février 2004 (Première section) et 6 juillet 2005 (Grande Chambre); l’arrêt de la Grande Chambre a été plus restrictif que celui de la Chambre de première instance.

31 Dans les affaires liées à une invasion, aucune question n’a jusqu’ici été soulevée à propos d’utilisations spécifiques de la force. Dans certains cas individuels, l’emploi de la force par la Turquie – en tant que Puissance occupante – a été mis en cause; voir infra note 36, ainsi que le texte qui l’accompagne.


33 Voir infra note 8.


Quand le DIH est le seul corpus applicable, un organe des droits de l’homme est vraisemblablement supposé ne conclure à l’existence d’une violation du DDH que quand il y a violation du DIH. Quand le DDH et le DIH sont simultanément applicables, le DIH est la *lex specialis*, quel que soit le sens que l’on donne à ces mots. Dès lors, la CrEDH *devrait* tenir compte du DIH.

Comme nous l’avons vu, au moins en ce qui concerne l’article 2, le libellé de la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH) est tel que – conformément aux règles générales d’interprétation des traités – la CrEDH ne peut pas tenir compte du DIH, sauf si l’État invoque des « actes de guerre licites ». La CrEDH dispose néanmoins d’un moyen de tenir compte du DIH. La CrEDH a toujours considéré que la CEDH se situait à l’intérieur du corpus constitué par le droit international : elle estime donc qu’il convient de tenir compte d’autres règles du droit international lors de l’interprétation de la CEDH. L’exemple le plus frappant est la reconnaissance de ce que les États peuvent parfois donner effet à la règle de l’immunité de l’État souverain quand le fait d’agir ainsi a pour résultat l’impossibilité, pour les individus, d’introduire une action en justice pour des actes de torture. Il n’apparaît pas clairement si la CrEDH établirait ou non une distinction entre les règles de droit international relatives à l’opération du système juridique international (par ex. : sources ; règles relatives au droit conventionnel ; immunité de l’État souverain), ou si cela inclurait également d’autres règles de fond du droit international (celles du DIH, par exemple). Aucune indication n’a encore permis de penser que la CrEDH pourrait établir une telle distinction.

La CrEDH a souvent invoqué la Convention de Vienne sur le droit des traités *proprò motu* mais cela n’a pas posé de problème. Quand la CrEDH a examiné l’applicabilité de l’immunité de l’État souverain, au moins l’une des parties en a fait état, et il est apparu clairement que cela se trouvait au cœur de l’affaire.

Il apparaîtrait que, sur la même base, la CrEDH *pourrait* tenir compte du DIH, et qu’elle pourrait le faire *proprò motu*.

b) La CrEDH aurait-elle rendu un arrêt différent si elle avait tenu compte du DIH dans les affaires relatives à l’emploi de la force potentiellement létale ?

Les affaires liées à l’invasion de Chypre par la Turquie n’impliquaient pas des homicides spécifiques. Il est reconnu que le DDH s’applique dans les territoires occupés, au moins lorsque l’occupation est installée et ne rencontre pas d’opposition militaire. Le DDH a été appliqué dans des affaires d’homicides commis dans ce contexte. Ces affaires impliquaient davantage la responsabilité incombant à l’occupant de maintenir la loi et l’ordre que l’action menée contre l’occupant par l’opposition armée. L’affaire Banković a été déclarée irrecevable pour d’autres motifs. À ce jour, les affaires dans lesquelles le DIH pourrait avoir eu des effets concrets étaient liées à des événements en rapport avec des conflits armés internes : dans tous ces conflits, le gouvernement incriminé non seulement n’a pas reconnu l’applicabilité du DIH, mais il n’a pas même invoqué ce corpus juridique.

Aux fins du débat, il sera présumé que, de manière générale, le DIH interdit de tuer une personne tombée au pouvoir de l’autre partie. Cela inclut les personnes qui se trouvent dans des lieux de détention et les personnes (armées ou non) qui sont encerclées par des forces de sécurité. En d’autres termes, le résultat serait le même en cas d’application soit du DIH soit du DDH. La majorité des affaires concernant le sud-est de la Turquie et la Tchétchénie entrent dans cette catégorie.

Le résultat pourrait être différent si une personne était tuée au cours d’un affrontement entre les forces de sécurité et les membres de l’opposition armée organisée. Dans une telle situation, le DIH interdit les attaques dirigées contre des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ; il demande en outre que des précautions soient prises pour protéger les civils. Le DDH a des exigences analogues, mais cela ne signifie pas pour autant que l’application

---

37 CrEDH, affaire Isaak c. Turquie, 24 juin 2008 (homicide commis dans la zone tampon).
38 La CrEDH a estimé que les requérants ne relevaient pas de la juridiction des gouvernements incriminés ; en d’autres termes, l’affaire s’articulait autour de la question de l’applicabilité extra-territoriale du DDH.
39 Des exceptions sont possibles : par ex., empêcher une personne de s'évader ou maîtriser une personne, placée sous le contrôle de l’État, qui ne s’est pas rendue et oppose une résistance.
soit du DIH soit du DDH aboutirait à la même conclusion. Trois affaires – Ergi, Isseaïeva et autres et Zara Isseaïeva40 – méritent d'être évoquées rési ici. La différence apparaît le plus clairement lorsque le DIH permet ce que le DDH interdit. L'exemple le plus flagrant réside dans les attaques menées sur la base du statut de la personne visée.

Les prononcés de la CJJ ne sont pas limités aux circonstances dans lesquelles l'application du DIH influerait sur le résultat. Là où le DIH doit être appliqué, il doit être appliqué même s'il aboutit au même résultat que le DDH. Les normes du DDH – tout au moins telles que la CrEDH les applique – sont probablement plus strictes que celles du DIH. Dans l'affaire Isseaïeva et autres, il est loin d'être certain que l'attaque contre le convoi serait jugée contraire aux exigences du DIH en termes de précautions dans l'attaque et de proportionnalité dans l'usage de la force, bien que ces questions se posent certainement. Il convient également de relever que, dans l'affaire Isseaïeva, la Cour a traité l'attaque comme ayant eu lieu « hors d'une situation de guerre »41.

Il est probable que les organes créés en vertu des traités des droits de l'homme seraient peu enclins à abaisser les niveaux de protection existants. Quel serait le résultat de l'application des règles coutumières relatives aux méthodes d'armes dans une zone habitée

Si vous le permettez, je souhaiterais proposer les assertions suivantes :

- Lorsque le DIH est applicable mais qu'un État en rejette l'applicabilité et/ou ne l' invoque pas, un organe des droits de l'homme devrait confirmer l'applicabilité du DIH sur le plan du droit, mais déclarer que l'État incriminé a choisi d'être jugé à l'aune d'une norme plus élevée, et qu'il devra ensuite appliquer le DDH, avec, le cas échéant, le bénéfice d'une dérogation;
- Lorsqu'au moment de son décès, la victim e se trouvait en détention ou sous le contrôle physique d'agents de l'État, un organe des droits de l'homme devrait appliquer le DDH et, éventuellement, renforcer son analyse en se référant au DIH;
- Lorsque l'homicide a eu lieu dans le contexte d'une opération de police ordinaire, même dans le contexte d'un conflit armé, un organe des droits de l'homme devrait appliquer le DDH. Au moment d'appliquer les principes de nécessité et de proportionnalité, les organes des droits de l'homme peuvent tenir compte de la situation de conflit (ce qui n'est pas la même chose qu'appliquer le DIH)42.

40 L'affaire Ergi, supra note 6, doit être abordée avec une certaine prudence. L'analyse juridique ne coïncide pas avec les conclusions sur les faits.

41 Voir les deux plaintes introduites contre la Russie (supra, note 39), dans lesquelles le contexte a fait l'objet d'une attention considérable. La CrEDH semble avoir analysé la licéité des types d'armes utilisées en partant du principe que l'action menée était une opération de police.
• Lorsque l’homicide a eu lieu dans le contexte d’une opération militaire mais que l’intensité des combats n’était pas telle qu’elle dépassait le seuil d’applicabilité du Protocole additionnel II, un organe des droits de l’homme devrait appliquer les interdictions imposées tant par le DDH que par le DIH, mais pas les permissions octroyées par le DIH ;
• Ce n’est que si un homicide a eu lieu au cours d’une opération militaire dans un conflit armé interne répondant aux conditions fondamentales d’applicabilité du Protocole additionnel II qu’un organe des droits de l’homme devrait conclure à l’existence d’une violation du DDH uniquement s’il y a eu violation du DIH ;
• Dans le cas d’homicides commis pendant des opérations militaires (et non pas pendant des opérations de police) lors d’un conflit armé international, un organe des droits de l’homme devrait conclure à l’existence d’une violation du DDH uniquement en cas de violation du DIH.

Nous n’avons pas résolu ainsi la question de savoir en quoi diffèrent les opérations de police et les opérations militaires. Or, c’est là le thème même de la présente réunion. Nous avons seulement mis en évidence l’importance des questions qui vont être examinées. La jurisprudence existante de la CrEDH ne peut offrir absolument aucune assistance car la Cour ne s’est jamais penchée sur ces questions. L’affaire Géorgie c. Russie est d’une extraordinaire importance. La CrEDH va devoir traiter de la relation entre le DIH et le DDH. Elle devra ensuite traiter de la conduite des hostilités dans les conflits armés, tant internationaux que non internationaux, y compris des activités qui ne sont pas nécessairement liées à la conduite d’opérations militaires. Il existe un besoin urgent de bons mémoires d’amicus curiae, présentés par des organisations réellement « bilingues », parlant à la fois le langage du DIH et celui du DDH.
ANNEXE 4 : RÉSUMÉ DE L’EXPOSÉ DU COLONEL JUAN CARLOS GÓMEZ RAMÍREZ
RÉFLEXIONS SUR LE MANUEL DE DROIT OPÉRATIONNEL DES FORCES ARMÉES COLOMBIENNES (2009)


Face à cette situation, le ministère colombien de la Défense a adopté un certain nombre de mesures, diligentant notamment l’élaboration d’une Politique publique relative aux droits de l’homme et d’un Manuel de droit opérationnel. Rédigé par des juristes et des experts militaires et publié en 2009, le manuel visait deux objectifs : d’une part, permettre aux commandants de réglementer le recours à la force et fournir les orientations nécessaires aux soldats et, d’autre part, prévenir les violations du DIH et du DDH.

Le manuel de 2009 comporte trois chapitres principaux. Le premier traite du droit. Présentant la situation en Colombie, il conclut que les conditions prévalant alors impliquaient l’application parallèle du DIH et du DDH. Or, à ce moment-là, le gouvernement n’avait pas encore reconnu (pour des raisons politiques) l’existence d’un conflit armé de caractère non international en Colombie. Le manuel de 2009 évite donc de mentionner le Protocole additionnel II des Conventions de Genève (auquel la Colombie était cependant Partie depuis le 14 août 1995).

Le deuxième chapitre introduit des règles d’engagement (RoE) concrètes, destinées à permettre de mener des opérations adaptées à la situation colombienne. Après de très intenses discussions et au terme d’une analyse approfondie, les auteurs du manuel ont élaboré des RoE et les ont présentées sur deux types de cartes. Les « cartes bleues » rassemblent les RoE relatives à l’emploi de la force dans les situations relevant du paradigme du maintien de l’ordre, lorsque les procédures d’escalade de la force doivent être suivies. Les « cartes rouges » concernent l’emploi de la force dans les opérations des forces armées, quand les opérations sont dirigées contre un objectif militaire (c’est-à-dire dans les situations relevant du paradigme de la conduite des hostilités). Les concepteurs de ces deux types de cartes souhaitaient mettre à la disposition des soldats un système simple et clair, que chacun d’eux pourrait facilement comprendre et implémenter.

Le troisième chapitre rassemble différents protocoles portant sur des thèmes spécifiques (tels que, par exemple, la capture au combat, la réaction en cas de démobilisation en phase de combat, la capture et/ou la « récupération » d’enfants-soldats, etc.).

Le manuel contient également un tableau qui permet de visualiser quelles cartes sont à utiliser pour agir face à quels groupes. La décision d’opérer selon les RoE figurant soit sur les cartes rouges soit sur les cartes bleues est prise à un échelon élevé, par le commandant d’un bataillon, après consultation de ses conseillers juridiques et en tenant compte de considérations d’ordre politique. Dans certaines zones géographiques, où ne se trouvent que des membres de groupes armés organisés non étatiques (la jungle, par exemple), les RoE figurant sur les cartes rouges sont régulièrement utilisées. À l’inverse, dans des zones plus densément peuplées, ou face à un ennemi affaibli, le commandant peut parfois décider d’employer les cartes bleues. En ce cas, la façon d’agir vis-à-vis des combattants ennemis est régie par le paradigme du maintien de l’ordre (cartes bleues). Les cartes bleues définissent aussi l’action à mener vis-à-vis des membres des groupes armés organisés non étatiques qui ne sont pas eux-mêmes des combattants (les sympathisants et les familles des membres des FARC, par exemple). Par ailleurs, certaines bandes criminelles émergentes telles que les BACRIM ou des membres de gangs criminels néo-paramilitaires sont considérés par le gouvernement colombien comme des prisonniers de droit commun bien que leur statut – en

43 Le Gouvernement colombien a reconnu en 2010 l’existence d’un conflit armé non international.
tant que partie potentielle au conflit armé non international – fasse débat. Le gouvernement colombien a émis en février 2011 une directive ordonnant que l'action contre ces bandes soit menée par les forces armées et par la police conformément au paradigme du maintien de l'ordre (cartes bleues).

Quant à savoir quel a été le résultat, ou l'impact, du manuel de 2009, la réponse varie en fonction de la perspective adoptée.

Au niveau stratégique, le Manuel de droit opérationnel peut être considéré comme une réussite. Il a permis de faire évoluer les pratiques militaires et d'assurer un meilleur respect du DDH et du DIH, ce qui a contribué à réduire le nombre de plaintes relatives aux droits de l'homme portées contre les forces armées devant les tribunaux nationaux.

Au niveau tactique, certaines critiques ont toutefois été exprimées. Depuis l'échec du processus de paix en 2002, le contexte opérationnel a changé en Colombie. Si, dans le passé, des combats intenses étaient menés contre les groupes armés organisés, la capacité de combat de l'ennemi est aujourd'hui substantiellement plus faible. En raison de ce nouveau contexte opérationnel, la plupart des opérations conduites depuis 2008 sont régies par les cartes bleues et, donc, par le paradigme du maintien de l'ordre. L'armée a exprimé un certain mécontentement face à cette évolution. Les forces armées ne sont pas habituées à conduire des opérations de maintien de l'ordre. Elles estiment par conséquent qu'il appartiendrait plutôt à la police d'intervenir. En outre, elles peinent à comprendre pourquoi les cartes bleues devraient « entrer en jeu » quand il s'agit de combattre des membres de groupes armés organisés qui s'opposent au gouvernement. L'armée de l'air colombienne est moins critique vis-à-vis du Manuel de droit opérationnel, étant donné qu'elle intervient seulement dans des situations régies par les RoE figurant sur les cartes rouges (paradigme de la conduite des hostilités).

Non seulement le manuel de 2009 – et l'évolution du contexte opérationnel – ont donc ainsi conduit à une augmentation du nombre d'opérations de maintien de l'ordre, mais le manuel a eu un autre effet. Il a également transformé l'ensemble du système de renseignement, désormais utilisé pour mieux comprendre le contexte opérationnel et faire en sorte que le DIH et/ou le DDH soient respectés. Par exemple, avant une opération militaire dans laquelle la force létale va être utilisée, le service de renseignement procède à une évaluation de la nécessité militaire et de la proportionnalité de l'action planifiée. Les documents concernant la planification d'une attaque ne restent secrets que jusqu'à ce que l'opération ait eu lieu. L'opération terminée, l'armée rend publics certains de ces documents de planification ; ces derniers peuvent constituer un précieux outil de défense si les commandants militaires font l'objet de poursuites pénales.

Au niveau pratique, le système des cartes bleues et des cartes rouges a également soulevé un certain nombre de questions quant à l'équipement des soldats. Souvent, les hommes des forces armées colombiennes ne portent qu'un fusil et n'ont aucun équipement spécifiquement destiné aux opérations de maintien de l'ordre. La question de savoir s'il convient de doter les soldats d'un tel équipement ou, au contraire, d'augmenter le nombre de policiers fait actuellement l'objet de débats en Colombie.

En octobre 2011, le ministère de la Défense a créé un comité chargé d'examiner la stratégie utilisée contre les groupes illégaux dont les opérations se poursuivent aujourd'hui encore en Colombie. Le comité compte trois sous-comités : le premier est chargé des questions opérationnelles, le deuxième du renseignement et le troisième du cadre juridique. Les deux premiers sous-comités ont achevé leurs travaux, mais les questions juridiques sont toujours ouvertes à la discussion. Il existe une certaine controverse autour des RoE figurant sans le manuel de 2009. Quelques membres du comité plaident pour le maintien du système des cartes bleues et des cartes rouges. D'autres suggèrent d'abandonner ce système et d'adopter un seul et unique ensemble de RoE selon les lignes suivantes : 1) la force peut être utilisée en situation de légitime défense ; 2) des procédures d'escalade de la force doivent être appliquées ; 3) la force létale peut être immédiatement utilisée quand l'attaque est dirigée contre un objectif militaire.

En conclusion, le système instauré par le manuel de 2009 a amélioré la situation en Colombie. Progressivement, à mesure que les groupes armés s'affaibliront et que le conflit perdra de son intensité, le nombre de situations régies par les cartes rouges diminuera. La plupart des opérations seront dès lors principalement conduites selon les règles figurant sur les cartes bleues.
ANNEXE 5 : RÉSUMÉ DE L’EXPOSÉ DU COLONEL RICHARD GROSS44

L’EMPLOI DE LA FORCE DANS LES DIFFÉRENTES PHASES DU CONFLIT EN AFGHANISTAN


À propos des problématiques liées à l’emploi de la force, il est difficile de répondre de façon directe à la question de savoir si les opérations en Afghanistan ont été et sont encore menées sous le paradigme du maintien de l’ordre ou sous celui de la conduite des hostilités. La réponse à cette question serait bien différente d’un pays à l’autre, voire même d’une personne à l’autre.

Les règles régissant l’usage de la force par la FIAS sont en effet complexes et d’origines diverses. Outre la politique et les règles d’engagement (RoE) adoptées par la FIAS, chacun des 50 pays qui composent à ce jour la coalition applique ses propres « caveats »45 ; en même temps, chacun d’eux tient compte à la fois de son droit interne et de ses obligations internationales telles que, par exemple, celles qui découlent de la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH). Différentes nations ont par conséquent des règles différentes à respecter, notamment pour ce qui a trait à la légitime défense. Ces cadres juridiques différents transforment la planification des opérations en un véritable défi quotidien.

L’extraordinaire complexité de ce cadre juridique a contraint la FIAS à se doter de politiques lui permettant d’adapter l’usage de la force au contexte spécifique d’une mission anti-insurrectionnelle. À l’origine, le conflit en Afghanistan, dans les années 2001-2002, l’usage de la force relevait clairement du paradigme de la conduite des hostilités. Ensuite, l’environnement opérationnel a changé. L’intervention a pris progressivement la forme d’une campagne anti-insurrectionnelle dont le but était d’apporter de la stabilité et un appui au gouvernement afghan pour l’aider à établir un environnement sûr lui permettant de diriger le pays. De plus, certains pays (les États-Unis d’Amérique, notamment) poursuivent, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, des opérations dirigées contre des groupes tels que les talibans ou al-Qaïda qui se trouvent encore en Afghanistan et y mènent des opérations militaires.

Dans un contexte anti-insurrectionnel, il est absolument capital d’obtenir le soutien de la population. Le désir des insurgés est en effet de voir la population se soustraire au gouvernement légal, leur permettant ainsi de prendre le contrôle du pays. Il est donc apparu que, parfois, l’emploi de la force dans un tel contexte allait à l’encontre des efforts déployés pour « conquérir les cœurs et les esprits ». Par exemple, quand des tirs provenant d’un immeuble ou d’un groupe de maisons visaient les forces de la FIAS, les soldats ripostaient en état de légitime défense et, conformément aux principes de nécessité militaire et de proportionnalité, demandaient une frappe aérienne pour détruire les bâtiments. Bien que licite, une telle riposte était contre-productive. L’usage de la force avait souvent pour effet de dresser la population contre la coalition et d’augmenter le nombre de civils qui soutenaient l’ennemi. C’est ainsi que l’on a pu parler des « mathématiques du taliban » : à la mort de deux insurgés, dix nouveaux insurgés apparaissaient, la famille et la communauté de chaque taliban tué étant prêtes à prendre les armes contre la FIAS.

En 2009, afin de corriger la situation, le général McChrystal a émis une directive tactique introduisant une nouvelle démarche politique. Cette directive visait à inciter les commandants à prendre en compte les effets plus larges de certaines opérations. Elle préconisait que, dans de nombreux cas, les soldats soit se replient, soit aient recours à

44 La contribution du Colonel Richard Gross est basée sur sa propre expérience aux niveaux stratégique et opérationnel ; il a en effet servi en Afghanistan, où il a notamment exercé les fonctions de Conseiller juridique en chef auprès de la FIAS et de Conseiller juridique auprès des forces armées des États-Unis en Afghanistan en 2009 and 2010.

45 Le terme « caveats » recouvre les « exceptions nationales » aux règles d’engagement que les membres d’une coalition peuvent formuler afin de tenir compte de leur droit interne. Par exemple, les forces de certains pays ne conduisent pas d’opérations de nuit, d’autres ne mènent pas d’opérations antidrogue, etc.

des tirs d’armes légères. La fréquence des frappes aériennes a ainsi diminué. Bien que cette directive ait soulevé un certain nombre de controverses (d’aucuns ont en effet estimé qu’elle « liait les mains » des soldats), elle s’est révélée efficace et a permis de réduire de manière significative le nombre de victimes civiles.

Une deuxième mesure politique a été mise en place afin de réduire l’usage de la force aux postes de contrôle. Dans des contextes tels que l’Afghanistan ou l’Irak, il arrive fréquemment qu’un véhicule accélère au moment où il se rapproche d’un check-point : la question se pose de savoir s’il s’agit d’un acte hostile. Étant donné qu’un engin explosif improvisé ( EEI) pourrait se trouver dans le véhicule qui accélère en direction du poste de contrôle, les soldats de garde risquent en effet de considérer qu’il s’agit d’un acte hostile et, par conséquent, de réagir en employant la force létale. Or, il arrive que le chauffeur de l’un de ces véhicules soit un civil afghan qui redoute d’être arrêté pour trafic de drogue ou tout autre délit. Pour éviter de faire des victimes civiles, la FIAS a organisé une formation spéciale à l’intention des soldats affectés aux postes de contrôle. Différentes procédures leur sont enseignées : panneaux de signalisation, mise en place de ralentisseurs et emploi d’un pointeur laser sont autant de moyens de signifier à un véhicule qu’il doit s’arrêter. De plus, la FIAS a cherché, à travers un dialogue avec les civils afghans, à mieux comprendre les raisons sous-jacentes de la pratique courante en Afghanistan, où l’on voit des véhicules accélérer en s’approchant d’un check-point. Malgré ces efforts, le problème reste difficile à résoudre et la recherche de solutions se poursuit.

L’usage de la force est mis en cause dans un troisième type de situation, à savoir quand les soldats sont confrontés aux seigneurs de la drogue. Sur ce point, les Règles d’engagement (RoE) de la FIAS, de même que les RoE des forces armées des États-Unis, sont très claires : en l’absence de tout autre indicateur qui pourrait faire d’eux des objectifs militaires légitimes, les seigneurs de la drogue ne doivent pas être pris pour cible au cours d’une opération militaire. Une opération de type antidrogue pourrait néanmoins avoir lieu afin de prendre le contrôle d’un laboratoire clandestin, ou d’aider les autorités à le faire, mais ce type d’opération relève normalement du maintien de l’ordre. Le problème est cependant que de nombreux seigneurs de la drogue ont des liens très étroits avec les talibans, quand ils ne font pas partie de ce groupe. Dans ce dernier cas, une personne ne pourrait être prise pour cible que si elle constitue pour d’autres motifs un objectif militaire légitime. Le fait que la personne concernée soit un seigneur de la drogue peut influencher la priorité de ciblage, mais non faire de cette personne en tant que telle une cible légitime.

Un autre problème, d’ordre plus général, se rencontre aussi. Il s’agit de déterminer si une personne constituant une cible légitime peut être tuée alors que sa capture est possible (la formule « capturer plutôt que tuer » est également utilisée). Aucune politique écrite spécifique de la FIAS n’existe à ce sujet; toutefois, dans la pratique opérationnelle, les commandants préfèrent capturer une personne plutôt que de la tuer. La raison de cette préférence est d’ordre politique : une personne capturée peut être interrogée, et possiblement fournir de précieux renseignements. Même si, au regard du droit international humanitaire (DIH), une personne constituant une cible légitime peut être tuée, dans la pratique sa capture sera préférée.

En résumé, l’on peut dire qu’un certain nombre de mesures d’ordre politique ont été mises en place en Afghanistan afin de réduire l’usage de la force létale. Ces mesures, qui vont au-delà des exigences posées par le DIH, ont porté leurs fruits sur plusieurs plans.

Il importe de garder également à l’esprit le fait que les soldats sont placés dans des situations très difficiles, et qu’ils doivent prendre des décisions de manière ultra-rapide. Dans un tel contexte, il est donc capital que le cadre juridique à appliquer reste simple et facile à comprendre, car il s’agit souvent de situations de vie ou de mort.
La Cour européenne des droits de l’homme (CrEDH) se trouve régulièrement appelée à examiner la légitimité de l’emploi de la force par les États dans des situations de violence armée. La CrEDH est donc bien au fait du vif débat en cours sur la question de l’interaction entre les normes applicables de la Convention européenne des droits de l’homme (ci-après « la CEDH ») et le droit international humanitaire (ci-après « le DIH »).46

Deux dispositions de la CEDH – les articles 1 et 2 – sont particulièrement pertinentes : l’article premier garantit à « toute personne relevant de [la] juridiction » des États contractants les droits et les libertés définis dans ce traité. La CrEDH a statué que la compétence juridictionnelle de l’État était de caractère principalement territorial (affaires Bankovic47 et Al Skeini48). La juridiction est présumée s’exercer normalement sur l’ensemble du territoire de l’État, sauf quand un État est empêché d’exercer son autorité dans une partie de son territoire (en cas d’occupation militaire par les forces armées d’un autre État, par exemple – affaires Loizidou c. Turquie49 et Chypre c. Turquie50) ou quand un acteur non étatique contrôle une partie du territoire51. D’autre part, les actes accomplis, ou produisant leurs effets, à l’extérieur du territoire de l’État peuvent – quoique seulement dans des cas exceptionnels – constituer un exercice de sa juridiction au sens de l’article premier. L’arrêt rendu par la CrEDH en juillet 2011 dans l’affaire Al-Skeini présente le résumé le plus récent de la position de la CrEDH à ce sujet. Cet arrêt recense un certain nombre de situations de faits considérées comme relevant de l’une des deux exceptions suivantes : contrôle exercé sur un individu et contrôle effectif d’une région entière (en cas d’occupation militaire, par exemple). Sur cette base, la CrEDH a statué, dans l’affaire Al-Skeini, que l’action militaire menée en Irak par le Royaume-Uni relevait de la juridiction du Royaume-Uni. À en juger par les développements les plus récents, la CrEDH ne semble pas prête à interpréter de manière trop restrictive les exceptions prévues à l’application extraterritoriale de la CEDH.

S’agissant de l’article 2 de la CEDH qui proclame le droit à la vie, une série d’affaires a forgé la manière dont la CrEDH aborde les requêtes introduites au titre de cet article. Il s’agit notamment des affaires liées aux événements survenus dans le sud-est de la Turquie, lorsque les forces de sécurité avaient été impliquées dans des violents affrontements avec les groupes armés kurdes52. D’autres séries d’affaires importantes (bien que moins nombreuses et de moindre gravité) incluent des plaintes portées contre le Royaume-Uni en lien avec le conflit en Irlande du Nord53. D’autres requêtes concernaient la situation dans la partie septentrionale de Chypre54, les événements en ex-Yugoslavie55, les interventions militaires à l’étranger (Kosovo, Irak) et, récemment, des événements qui ont eu lieu dans le Sud-Caucase (ces affaires ont été déclarées recevables mais la CrEDH n’a pas encore statué). Depuis le début des années 2000, la CrEDH reçoit des requêtes concernant des allégations de violations graves et nombreuses des droits de l’homme en lien avec les événements en Russie (région du Nord-Caucase) ; les requêtes concernant la Tchétchénie constituent, de loin, le groupe le plus important.

Nombre de situations mentionnées ci-dessus pourraient sans doute être qualifiées de « conflits armés » au sens du droit international humanitaire (DIH). Néanmoins, la CrEDH a été réticente à les qualifier ainsi, voulant éviter des controverses inutiles – spécialement quand la situation n’est pas qualifiée de « conflit armé » par les États parties – et de moindre gravité) incluent des plaintes portées contre le Royaume-Uni en lien avec le conflit en Irlande du Nord53. D’autres requêtes concernaient la situation dans la partie septentrionale de Chypre54, les événements en ex-Yugoslavie55, les interventions militaires à l’étranger (Kosovo, Irak) et, récemment, des événements qui ont eu lieu dans le Sud-Caucase (ces affaires ont été déclarées recevables mais la CrEDH n’a pas encore statué). Depuis le début des années 2000, la CrEDH reçoit des requêtes concernant des allégations de violations graves et nombreuses des droits de l’homme en lien avec les événements en Russie (région du Nord-Caucase) ; les requêtes concernant la Tchétchénie constituent, de loin, le groupe le plus important.


Le Conseil de l’Europe, au travers de son Comité des experts, a présenté le résumé le plus récent de la position de la CrEDH à ce sujet. Cet arrêt recense un certain nombre des déclarations et opinions exprimées sont celles de Mme Olga Chernishova et sont d’ordre strictement personnel. Sur la base de cet exposé, un article a été rédigé en russe et en anglais et publié dans la revue Prava Cheloveka. Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka, no 1, 2013.


49 CEDH, affaire Bankovic et autres c. Belgique et autres, décision d’irrecevabilité du 12 décembre 2001 [§ 59].

50 CEDH, affaire Al Skeini et autres c. Royaume-Uni, 7 juillet 2011 [§ 131].

51 CEDH, affaire Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996.

52 CEDH, affaire Chypre c. Turquie, 10 mai 2001.

53 CEDH, affaire Ilısuca et autres c. Moldova et Russie, 8 juillet 2004 [§ 312]; affaire Assanidze c. Géorgie, 8 avril 2004 [§ 139].

54 Voir, par ex., CEDH, affaire Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998.


74
et donc, en principe, le droit à la vie reste pleinement applicable. À ce propos, la deuxième requête interétatique introduite par la Géorgie contre la Russie (en relation avec le conflit armé international qui a opposé ces deux pays en 2008) revêtira sans doute une importance particulière. En fait, les deux pays n’ont sollicité aucune dérogation à la CEDH. Le gouvernement russe a même contesté l’applicabilité de la CEDH aux événements ; il a de fait invoqué le DIH en tant que lex specialis. Étant donné le rôle central qui sera joué par cette question dans la détermination de la compétence de la CrEDH, elle ne sera traitée qu’au stade de l’examen sur le fond de l’allégation de violation.

Dans son examen d’une affaire au titre de l’article 2 de la CEDH, la CrEDH commence souvent par l’établissement des faits, les affaires portées devant elle ayant pour trait commun le caractère incomplet des procédures internes. Pour établir les faits, la CrEDH utilise toute une gamme d’instruments juridiques ; les missions et les auditions restent une option, bien que de plus et plus souvent, la CrEDH se fonde sur des présomptions. Après avoir établi l’existence d’une preuve suffisante à première vue, la CrEDH fait peser la charge de la preuve sur le gouvernement défendeur. Cette approche – qui vient s’ajouter à la « politique de priorisation » de la CrEDH, en vertu de laquelle les requêtes portant sur des violations des droits élémentaires doivent être traitées en premier – a donné lieu récemment à de nombreux constats de violation de l’article 2.

Une fois les faits établis, la CrEDH procède à l’évaluation de la légalité de l’action de l’État incriminé. Bien que l’article 2 de la CEDH n’exige pas expressément que les restrictions au droit à la vie soient prescrites par la loi, la CrEDH a interprété l’article 2 comme impliquant que l’usage de la force létale doit s’appuyer sur des fondements juridiques adéquats. Cette approche a conduit à des constats de violation de l’article 2 du fait de l’absence de fondements juridiques adéquats pour l’emploi de la force létale, spécialement au cours d’opérations de police relativement courantes. Dans les situations de violences intenses ou à grande échelle, la CrEDH est prête à accepter l’applicabilité d’au moins une des exceptions prévues au paragraphe 2 de l’article 2.

Ensuite, la CrEDH examine si les autorités se sont assurées que l’application de la force létale était « absolument nécessaire » dans les situations où des exceptions telles qu’énumérées à l’article 2.2 de la CEDH sont admises. Dans ce contexte, la planification et le contrôle de l’opération constituent souvent les phases qui causent les plus grandes difficultés. La récente affaire Finogenov c. Russie constitue un bon résumé de l’approche applicable. L’affaire concernait la prise d’otages commise par des rebelles tchèques en octobre 2002 dans un théâtre de Moscou. Les autorités avaient décidé de lancer l’assaut en utilisant un certain type de gaz pour rendre inconscientes les personnes se trouvant à l’intérieur du bâtiment. L’opération s’était soldée par la mort de quelque 125 otages. En outre, tous les preneurs d’otages avaient été abattus par les forces de sécurité qui avaient pénétré dans le bâtiment après que le gaz ait été utilisé. L’analyse de la CrEDH était centrée sur deux arguments juridiques principaux. Premièrement, la CrEDH a clairement distingué les « choix opérationnels » opérés par les autorités en situation de crise (dans le cas de la violence terroriste, par exemple) et les opérations ultérieures visant à libérer les otages. Dans ce contexte, la CrEDH a conclu que le gaz inconnu (sa composition exacte n’a jamais été révélée) avait été au minimum potentiellement létal ; néanmoins, la CrEDH a refusé de reconsidérer, après coup, les « choix politiques stratégiques » ayant conduit à l’emploi de ce gaz ainsi que le moment choisi pour lancer l’assaut. La deuxième partie de l’analyse, au contraire, a établi que l’opération de secours, sur laquelle les autorités avaient un contrôle suffisant, n’avait pas été planifiée et exécutée conformément aux soins nécessaires pour « réduire au maximum les pertes collatérales en vies humaines dans la population civile ». La CrEDH s’est référée extensivement à la célèbre affaire Issaïeva c. Russie relative à un assaut lancé en 2000 par l’armée (à l’aide notamment d’avions de combat) contre un village dont un groupe d’insurgés tchèques armés avait pris le contrôle. La CrEDH a réaffirmé que la responsabilité de l’État au titre de l’article 2 de la CEDH n’était pas « uniquement engagée dans les cas où des violations substratiales du droit à la vie ».

58 CEDH, affaire Georgie c. Russie (II), 13 décembre 2011 [§ 10 et 27].
59 Au cours de la seule année 2010, la Cour a conclu à 54 violations substantielles du droit à la vie ; la Russie a été jugée responsable de 34 de ces violations.
60 Voir, par ex., CEDH, affaire Nachova et autres c. Bulgarie, 6 juillet 2005 [§ 99 à 102].
62 CEDH : l’article 2 interdit l’emploi de la force létale, sauf s’il est « rendu absolument nécessaire » dans trois circonstances particulières : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l’évasion d’une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.
64 Voir supra note 15.
preuves significatives montrent que des tirs mal dirigés d’agents de l’État ont provoqué la mort d’un civil ; elle peut aussi l’être lorsque lesdits agents n’ont pas, en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d’opposants, pris toutes les précautions en leur pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort de civils, ou à tout le moins pour réduire ce risque »

Dans l’affaire Finogenov, néanmoins, la CrEDH n’a pas examiné le choix opérationnel (utilisation d’une arme potentiellement létale), laissant à l’État une marge d’appréciation en la matière.

Même quand il n’est pas lui-même directement responsable des pertes en vies humaines, l’État doit assumer ses obligations ; le respect de l’article 2 pourrait parfois exiger d’autres actions positives de sa part. Cette obligation prendrait effet dès qu’il a été établi que les autorités connaissaient (ou auraient dû connaître à ce moment-là) l’existence d’un risque réel et immédiat posé à un individu identifié par une tierce partie ou par lui-même, et que les autorités auraient omis de prendre des mesures qui relevaient de leur compétence et qui peuvent être raisonnablement considérées comme susceptibles d’écarter ce risque.

Enfin, la première phrase de l’article 2 de la CEDH – « [l]e droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » – a été interprétée par la CrEDH comme incluant une obligation positive de procéder à une enquête sur chaque mort violente. En 2010, par exemple, la CrEDH a conclu à 64 violations de l’obligation d’enquête découlant de l’article 2. Il s’agit là d’une obligation détachable qui peut parfois naître alors qu’aucune violation substantielle de l’article 2 n’a été constatée ou quand la requête échappe à la compétence de la CrEDH pour des motifs temporels, par exemple.

Il s’agit d’une obligation de moyens et non de résultats. Néanmoins, l’importance accordée au droit à la vie et l’obligation – imposée par l’article 2 de la CEDH – de protéger de droit par la loi exigent que soient respectées certaines garanties minimales en termes de célérité, d’efficacité et d’impartialité, même dans des conditions difficiles sur le plan de la sécurité.

65 CrEDH, affaire Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998 [§ 79].
67 CrEDH, affaire Rantsev c. Chypre et la Russie, 7 janvier 2010 [§ 232].
68 CrEDH, affaire Varnava et autres c. Turquie, 18 septembre 2009 [§ 185] ; affaire Chypre c. Turquie, 10 mai 2001 [§ 130].
69 CrEDH, affaire Al Skeini et autres c. Le Royaume-Uni, 7 juillet 2011 [§ 168].
MISSION
Organisation impartiale, neutre et indépendante, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a la mission exclusivement humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de conflits armés et d’autres situations de violence, et de leur porter assistance. Le CICR s’efforce également de prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit et des principes humanitaires universels. Créé en 1863, le CICR est à l’origine des Conventions de Genève et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, dont il dirige et coordonne les activités internationales dans les conflits armés et les autres situations de violence.