

# L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés

Jann K. Kleffner\*

Jann K. Kleffner est le directeur du Centre juridique international ; il est aussi professeur associé de droit international au Collège national suédois de la défense.

## Résumé

*S'il est généralement admis aujourd'hui que le droit international humanitaire (DIH) s'applique aux groupes armés organisés, il n'est pas aisé de dire pour quelles raisons il en va ainsi, ni sur quelles bases s'appuyer pour expliquer en quoi le DIH a force obligatoire pour ces groupes. Différentes thèses ont été avancées et le présent article propose une analyse critique de cinq d'entre elles, à savoir que les groupes armés organisés sont liés par les obligations incombant à l'État sur le territoire duquel ils opèrent, qu'ils sont liés par le DIH dès lors que leurs membres le sont individuellement, que les normes du DIH ont un caractère contraignant pour les groupes armés organisés du fait qu'ils exercent de facto des fonctions gouvernementales, que le DIH coutumier s'applique aux groupes armés organisés en vertu de leur personnalité juridique internationale (limitée) et que les groupes armés organisés sont liés par le DIH dès lors qu'ils y ont consenti.*

: : : : : :

\* Email: jann.kleffner@fhs.se. L'auteur est reconnaissant à Erik Emanuelsson Nilsson et Ana-Sofia Valderas de leur aide. Cette publication a vu le jour dans le cadre du projet de recherche du Centre juridique international «Organized Armed Groups and the International Law of Armed Conflict: Challenges and Prospects», financé par le Conseil suédois de la recherche. La version originale en anglais a été publiée sous le titre «The applicability of international humanitarian law to organized armed groups», dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 882, juin 2011, pp. 443-461.

Il est généralement admis aujourd'hui que le droit international humanitaire (DIH) s'applique aux groupes armés organisés – à savoir ceux qui sont suffisamment organisés pour être parties à un conflit armé<sup>1</sup>. Il ressort très clairement du DIH conventionnel, comme du DIH coutumier, que le DIH s'applique à « chaque partie » à un conflit armé non international<sup>2</sup> et que « chaque partie au conflit doit respecter et faire respecter le droit international humanitaire<sup>3</sup> ». Cependant, la controverse subsiste sur le fait de savoir *pourquoi* il en va ainsi et *comment* le droit international humanitaire a force obligatoire pour les groupes armés organisés.

Le premier réflexe, face à cette question, pourrait être de renoncer à son analyse en arguant de son caractère purement abstrait. Si le droit est aussi clairement applicable, à quoi bon se demander pourquoi et comment ? Pourtant, ne pas y répondre entraîne des conséquences pratiques tangibles. Faute de pouvoir argumenter avec conviction sur la raison pour laquelle le droit s'applique aux groupes armés organisés et sur la manière dont il s'applique, on se prive de stratégies efficaces pour amener ceux-ci à mieux s'y conformer. Si un groupe armé organisé devait demander à des organisations humanitaires d'expliquer pourquoi il devrait se considérer comme étant tenu au respect du DIH, et que ces organisations étaient incapables d'y apporter une réponse convaincante, l'effort de promotion et de renforcement du DIH en serait considérablement affaibli. Il y a une autre raison tout à fait pratique pour laquelle cette question ne doit pas rester ignorée. En effet, des réponses apportées dépendront les arguments avancés pour expliquer quelles règles sont applicables ou non, ce qui, à son tour, déterminera quelle conduite engage la responsabilité collective d'un groupe armé organisé, en même temps que la responsabilité individuelle de ses membres<sup>4</sup>. Déterminer pourquoi les règles du DIH – et lesquelles

1 Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a recensé plusieurs critères indicatifs permettant de considérer un groupe armé comme étant « organisé », parmi lesquels l'existence d'une structure de commandement et de règles et mécanismes disciplinaires au sein du groupe, l'existence d'un quartier général, le contrôle d'un certain territoire par le groupe, sa capacité à se procurer des armes, d'autres équipements militaires, des recrues et une formation militaire, sa capacité à planifier, coordonner et exécuter des opérations militaires, y compris des mouvements de troupes et des opérations logistiques, son aptitude à définir une stratégie militaire unifiée et à appliquer une tactique militaire, et sa capacité à parler d'une seule voix et à négocier et conclure des accords tels que cessez-le-feu ou accords de paix. Pour en savoir plus sur le degré d'organisation requis, voir notamment TPIY, *Le Procureur c. Boškoski et Tarčulovski*, affaire N° ICTY-IT-04-82-T, arrêt de la Chambre de première instance du 10 juin 2008, paras 194-205.

2 Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Voir aussi le Protocole additionnel II, art. 1(1), qui pose le principe de cette force obligatoire dans la mesure où il « développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève ... sans modifier ses conditions d'application actuelles », mais non sans mettre en garde contre le fait que le Protocole additionnel II ne s'applique qu'à un certain type de groupes armés organisés, à savoir ceux qui se situent à un niveau élevé de contrôle exercé sur un territoire, dans une mesure qui leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole.

3 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (directeurs de publication), *Droit coutumier international humanitaire*, Vol. I : Règles, CICR et Bruylant, Bruxelles, 2006, Règle 139, applicable à la fois aux conflits armés internationaux et aux conflits armés non internationaux.

4 S'il n'existe guère à ce stade qu'un régime juridique informel régissant la responsabilité collective des groupes armés organisés, on trouve des indications claires, tant dans la pratique des États et des

– doivent s’appliquer à un groupe armé organisé influera en outre directement sur la réciprocité à différents niveaux. Ainsi, s’il fallait déduire de l’interprétation faite de la force obligatoire du DIH pour un groupe armé organisé que ce dernier n’est lié que par le DIH coutumier<sup>5</sup>, il faudrait alors déterminer si un État qui lui est opposé dans un conflit armé non international resterait lié par les obligations qui lui incombent en vertu du DIH conventionnel, celui-ci pouvant aller plus loin que le DIH coutumier, voire s’en écarter.

Des raisons avancées ci-dessus découle la nécessité d’analyser d’un point de vue critique les différentes raisons justifiant l’application du DIH aux groupes armés organisés et la manière dont ce droit les lierait. Les arguments le plus communément avancés, que nous examinerons dans les sections suivantes, sont que les groupes armés organisés sont liés par les obligations incombant à l’État sur le territoire duquel ils opèrent, qu’ils sont liés par le DIH dès lors que leurs membres le sont individuellement, que les normes du DIH ont force obligatoire pour les groupes armés organisés du fait qu’ils exercent *de facto* des fonctions gouvernementales, que le DIH coutumier s’applique aux groupes armés organisés en vertu de leur personnalité juridique internationale (limitée), et que les groupes armés organisés sont liés par le DIH du moment qu’ils y ont consenti.

Cependant, avant d’analyser ces différents arguments, il convient de préciser que notre propos n’est pas ici de prendre position pour l’un ou l’autre en le présentant comme « préférable » à d’autres. Nous nous bornerons plus modestement à passer chaque argument au crible et à en exposer les points forts et les points faibles.

## **La force obligatoire découlant de l’applicabilité à l’État : le principe de la compétence législative**

Une première explication du « pourquoi » et du « comment » de l’applicabilité du DIH aux groupes armés organisés (que certains considèrent comme l’opinion majoritaire<sup>6</sup>) est que le DIH leur est applicable dès lors que l’État dont ils sont issus a souscrit à une règle de ce droit. Selon cette thèse, le pouvoir d’un État de légiférer pour l’ensemble de ses nationaux englobe le droit de leur imposer des obligations qui découlent du droit international, même s’ils prennent les armes contre cet État ou contre d’autres groupes armés organisés en son sein<sup>7</sup>.

organisations intergouvernementales, que dans celle des organisations non gouvernementales, selon lesquelles les groupes armés organisés peuvent être tenus responsables en tant qu’entités collectives. Voir de manière générale Jann K. Kleffner, « The collective accountability of organised armed groups for system crimes », dans André Nollkaemper et Harmen van der Wilt (directeurs de publication), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 238-269.

5 Cette question est débattue ci-dessous (pp. 154-158).

6 Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 53-54, avec des références à Pictet, Baxter, Schindler, Elder, Greenspan et Draper, qui ont exprimé le même avis.

7 Pour une défense récente du principe de la compétence législative, voir Sandesh Sivakumaran, « Binding armed opposition groups », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, pp. 381-393.

Ce principe de la compétence législative a ainsi été mis en avant pour justifier le caractère obligatoire du DIH conventionnel. Mais le même type de raisonnement pourrait être invoqué pour défendre le caractère obligatoire du DIH coutumier.

La force de cette thèse tient surtout à ce qu'elle justifie le fait que les groupes armés organisés soient liés par l'ensemble des règles du DIH auxquelles l'État a souscrit, même si ces groupes n'y ont pas souscrit eux-mêmes<sup>8</sup>. Elle jette les bases d'une parité parfaite entre les droits et obligations du DIH acceptés par l'État d'une part, et ceux qui s'appliquent aux groupes armés organisés d'autre part. Un autre point fort de cette théorie est qu'elle est pleinement compatible avec d'autres pans du droit international par lesquels les États accordent des droits ou imposent des obligations aux personnes physiques ou morales. Dès lors qu'un État a fait sienne l'une des règles du droit international, à l'effet par exemple d'ériger en infraction un type de conduite donné, on considère généralement comme sans importance que les individus encourant des poursuites en vertu de cette règle y aient ou non consenti. Il en va de même des droits qu'un État peut reconnaître aux individus au titre du droit international, dès le moment où l'État a admis le caractère obligatoire d'un traité ou s'il a eu l'attitude constante de ne pas s'opposer à une règle du droit international coutumier, quelle que soit l'opinion des bénéficiaires potentiels à cet égard.

Cela étant, le défaut d'adhésion des groupes armés organisés aux règles du DIH limite aussi dans une mesure importante leur propension à en reconnaître le caractère obligatoire sur la base de ce principe. Comment s'étonner en effet qu'un groupe armé organisé rejette une argumentation reposant sur l'acceptation d'une règle du DIH par l'État auquel il est opposé<sup>9</sup>? Effectivement, du fait même qu'un groupe armé organisé soit partie à un conflit armé l'opposant au gouvernement central d'un État, il y a fort à penser qu'il refusera de reconnaître même les lois les plus élémentaires de cet État, dont l'objet est de perpétuer le monopole de la force détenue par le gouvernement central en érigeant en infraction toute atteinte à ce monopole. C'est peut-être aller trop loin que d'assimiler les membres de groupes armés organisés à des « citoyens ordinaires », dont on pourrait raisonnablement supposer qu'ils sont au moins réceptifs à l'idée d'être liés par les règles auxquelles leur État a souscrit ou qu'il a lui-même édictées. Cela pourrait même revenir à ignorer complètement la réalité de ces groupes en tant que forces d'opposition au monopole du pouvoir que l'État s'est arrogé. Ce raisonnement qui passe par l'État, comme le fait le principe de la compétence législative, risque donc de saper – plutôt que de renforcer – l'acceptation du DIH par les groupes armés organisés.

Un autre argument qui ne plaide pas en faveur du principe de la compétence législative est qu'il ne fait pas la distinction entre la force obligatoire

8 *Ibid.*, p. 382.

9 Ceci est illustré de manière pertinente par l'affirmation du Front national de libération du Sud Viet-Nam dans les années 1960, selon laquelle il n'était pas lié par les traités internationaux auxquels d'autres que lui avaient souscrit, dans CICR, « Activités extérieures: Viet-Nam », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, cinquième année, N° 57, 1965, p. 636.

du DIH pour les groupes armés organisés en droit international et sa force obligatoire en application du droit interne<sup>10</sup>. Ce contre-argument repose sur le postulat selon lequel, lorsque les États souscrivent à une règle du droit international (humanitaire), cette règle est intégrée au droit national, et ceux qu'elle lie (dans ce cas-ci, les membres d'un groupe armé organisé) sont ainsi tenus au respect d'une règle nationale plutôt qu'internationale. En d'autres termes, la nature de la règle change, avec pour conséquence qu'on ne peut s'appuyer sur le principe de la compétence législative pour justifier que le DIH a force obligatoire pour les groupes armés organisés en droit *international*<sup>11</sup>. En poussant ce même raisonnement plus avant, on peut dire qu'il n'existe aucune garantie qu'un État prenne les mesures législatives nécessaires pour rendre les règles du droit international applicables dans l'ordre juridique interne. Les groupes armés organisés ne seraient astreints à aucune obligation en l'absence des textes d'application nécessaires<sup>12</sup>.

Ce contre-argument appelle deux objections, la première portant sur la conclusion visée et la seconde sur le postulat sous-jacent selon lequel, lorsque les États souscrivent à une règle du droit international (humanitaire), cette règle est intégrée au droit interne, ce qui fait que les membres d'un groupe armé organisé sont liés par une règle du droit interne, et non du droit international.

Premièrement, conclure qu'un groupe armé organisé ne serait astreint à aucune obligation en l'absence des textes d'application nécessaires ne vaut que si l'on applique une conception dualiste des rapports existant entre droit international et droit interne, ce qui, bien entendu, n'est qu'une option, et non la seule. Comme chaque État fixe librement la relation entre le droit international et le droit interne, il en est qui acceptent que les règles (ou certaines catégories de règles) du droit international s'appliquent directement dans leur ordre juridique interne, alors que d'autres exigent qu'elles soient converties en règles de droit interne. En effet, en plus des deux approches classiques qui caractérisent les rapports entre le droit international et le droit interne – le monisme et le dualisme – il existe plusieurs autres systèmes et techniques<sup>13</sup>. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner en détail ces différentes approches et nous nous bornerons à dire que le dualisme n'est pas la seule. Il n'est possible de conclure que les groupes armés organisés ne sont soumis à aucune obligation en l'absence des textes d'application nécessaires que dans les pays ayant un système dualiste, tandis qu'ils seraient liés par de telles obligations dans les pays dotés d'un système moniste.

10 Antonio Cassese, « The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-international Armed Conflicts », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, p. 429.

11 *Ibid.*

12 Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Sir Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publications, Cambridge, 1987, p. 39.

13 À propos de la relation entre le droit international et le droit national, voir entre autres Janne Nijman et André Nollkaemper, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 380.

Deuxièmement, le postulat voulant que, lorsque les États souscrivent à une règle de droit international (humanitaire), cette règle soit intégrée au droit interne et que les membres d'un groupe armé organisé soient de ce fait liés par une règle de droit interne et non de droit international, est loin d'aller de soi. Tout comme d'autres branches du droit international (comme le droit international des droits de l'homme et le droit international pénal) créent des droits et / ou des obligations directement applicables aux individus en vertu du droit international<sup>14</sup>, il en va de même du DIH. La non-conversion d'une règle qui crée des droits ou des obligations pour les individus en vertu du droit international peut avoir pour conséquence de faire échec à son application dans un État qui a opté pour une approche dualiste de la relation entre droit international et droit interne. Par ce fait, une personne voulant faire valoir un droit de l'homme devant une juridiction interne pourrait en être empêchée, et une juridiction interne pourrait elle-même être déclarée incompétente pour juger une personne accusée d'un crime relevant du droit international. Cependant, ces conséquences pour les procédures internes n'influent en rien sur le fait que des droits et des obligations sont applicables à la personne en question au plan international. En effet, cette personne est habilitée à faire valoir un droit international devant une juridiction internationale, par exemple une institution de défense des droits de l'homme, de même qu'elle peut être poursuivie devant un tribunal pénal international du chef de violation de ses obligations en vertu du droit international. Il en va de même dans le contexte du DIH : qu'une personne soit ou non liée par des obligations relevant du droit interne ne change en rien le caractère obligatoire des règles du DIH dans le contexte du droit international<sup>15</sup>. Ainsi, la « capacité de légiférer pour l'ensemble des nationaux », qui est au cœur du principe de la compétence législative, ne doit pas être interprétée de façon étroite pour ne renvoyer à la législation qu'au travers de l'adoption de règles du droit interne. Au contraire, la capacité de légiférer englobe également la compétence des États de souscrire, pour leurs nationaux, aux droits et obligations découlant du DIH au plan international.

Pour autant, le fait que l'argument précité, plaidant en défaveur du principe de la compétence législative, ne soit pas entièrement convaincant ne doit pas amener à conclure que ce même principe ne pose pas de problème à d'autres égards. Outre qu'il ne permettra vraisemblablement pas d'amener les groupes armés organisés à mieux se conformer au DIH, comme cela a déjà été dit, ce principe présente certaines faiblesses. La première tient au fait qu'il repose sur l'argument selon lequel « le gouvernement est compétent pour légiférer pour l'ensemble de ses nationaux<sup>16</sup> ». Vu sous cet angle, il serait

14 Cour permanente de Justice internationale, Compétence des tribunaux de Dantzig, Avis consultatif du 3 mars 1928, CPJI, Série B, N° 15, p. 18.

15 S. Sivakumaran, *op. cit.*, note 7, pp. 384-385.

16 *Ibid.*, p. 381, italiques ajoutés. S. Sivakumaran rappelle en outre l'avis exprimé par le délégué grec à la Conférence diplomatique de 1974-1977 liant également le caractère obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés au fait que leurs membres sont manifestement des nationaux d'un État et sont donc liés par les obligations de celui-ci, *ibid.*

plus exact de parler de « principe de la compétence législative fondée sur la *nationalité active* », par opposition à d'autres bases d'exercice de la compétence, comme la nationalité territoriale ou la nationalité passive, en ce sens que ce principe limite la portée des règles du DIH aux nationaux de l'État que ces règles engagent. De fait, il ne permet pas de démontrer l'applicabilité des règles conventionnelles du DIH dans le cas où un groupe armé organisé est (également) constitué de ressortissants d'un État qui n'a pas ratifié ledit traité. Si cela ne change pas grand-chose sur le plan pratique au regard de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, qui ont été ratifiées par tous les États, cela reste important dans le contexte du Protocole additionnel II et d'autres traités qui n'ont pas été aussi largement ratifiés, tels que le Protocole sur l'interdiction des mines, additionnel à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques<sup>17</sup>, et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et son Deuxième Protocole<sup>18</sup>.

Ce qu'il importe de souligner, c'est que ce principe de la compétence législative fondée sur la nationalité active se heurte à de sérieuses limites si on l'examine à la lumière des développements récents autour de la notion de « nationalité ». Selon le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la notion de nationalité ne peut pas être définie par un simple exercice formel, en particulier dans le cadre de conflits armés à connotations ethniques, religieuses ou similaires, qui sont aujourd'hui la règle plus que l'exception : il faut aussi prendre en considération ce que recouvre cette notion quant au fond, à savoir l'allégeance – ou la non-allégeance – d'une personne à un État ou un gouvernement donné<sup>19</sup>. En d'autres termes, les individus prêtant allégeance à un État ou une entité autre que l'État dont ils sont, au plan formel, ressortissants ne devraient pas être considérés comme des nationaux de ce dernier quant au fond. Transposée au principe de la compétence législative sur la base de la nationalité active, cette interprétation de la « nationalité » signifierait que la compétence ne s'étend pas aux membres des groupes armés organisés parce qu'ils ne devraient pas être considérés comme des « nationaux » de l'État avec lequel ils sont en guerre. Après tout, le fait, pour un individu, d'appartenir à un groupe armé organisé engagé dans un conflit armé non international contre l'État est bien l'expression absolue de sa non-allégeance à cet État.

Ce qui précède peut donner à penser que le principe de la compétence législative n'aurait qu'une valeur explicative très limitée si cette compétence ne devait être fondée que sur la nationalité active, mais il en irait tout autrement si l'on se fondait sur la compétence territoriale. D'aucuns ont en effet considéré que la force obligatoire qu'a le DIH pour les membres des groupes armés organisés était due au fait qu'une règle internationale reconnue par un État liait

17 Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II à la Convention de 1980, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996).

18 Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14 mai 1954; Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 26 mars 1999.

19 Voir TPIY, *Le procureur c. Tadić*, Décision de la Chambre d'appel du 15 juillet 1999, para. 166.

tous ceux se trouvant « sur le *territoire national* [de cet État]<sup>20</sup> », et ne dépendait pas de leur appartenance à cet État en tant que nationaux de ce dernier. Cette approche ne risque pas de se heurter à la même objection que le principe de la compétence législative sur la base de la nationalité active, dans la mesure où la compétence des États à édicter des règles qui sont contraignantes pour quiconque se trouve sur leur territoire est indépendante de toute allégeance.

Quoi qu'il en soit, le principe de la compétence législative dans son ensemble – qu'il soit fondé sur la nationalité active ou sur la compétence territoriale – présente un autre défaut conceptuel fondamental, en ce sens qu'il fait découler la force obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés en tant qu'entités collectives de son applicabilité aux membres de ces groupes *pris individuellement*. Cette thèse mérite une analyse séparée dans la section suivante, car le potentiel explicatif de cette théorie dépasse le principe de la compétence législative qui, lui, met l'accent sur le DIH conventionnel. À l'inverse, le raisonnement qui se fonde sur l'applicabilité du droit aux individus permet d'affirmer que les groupes armés organisés sont liés parce que leurs membres le sont en tant qu'individus, tant par le DIH conventionnel que par le DIH coutumier.

## La force obligatoire découlant de l'applicabilité aux individus

La force obligatoire du DIH pour les personnes physiques est depuis longtemps reconnue. Du fait que les individus peuvent être condamnés pour crimes de guerre, il est clair qu'ils ont des obligations qui découlent directement du DIH<sup>21</sup>. Ces obligations incombent à tous les individus, qu'ils aient le statut officiel de combattant dans un conflit armé international en tant que membre des forces armées parties à ce conflit armé, qu'ils appartiennent à des forces armées engagées dans un conflit armé non international, ou qu'ils soient civils<sup>22</sup>. Pourtant,

20 Sylvie Junod, dans Claude Pilloud, Jean Pictet, Yves Sandoz, et Christophe Swinarski, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. 1369, para. 4444, italiques ajoutés. Voir aussi la déclaration du délégué de l'URSS à la Conférence diplomatique de 1974-1977, dans *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (1974-1977)*, CDDH/III/SR.32, Vol. XIV, p. 334, para. 22 (« Tout instrument international signé par un gouvernement lie tous ceux qui se trouvent sur son territoire. »)

21 Christopher Greenwood, « Historical development and legal basis », dans D. Fleck (directeur de publication), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 39, para. 134. Pour une illustration de la longue liste des poursuites pour crimes de guerre, voir l'affaire Henfield, 11 F. Cas. 1099 (C. C. D. Pa. 1793) (No. 6,360), reproduite dans Jordan J. Paust, *et al.* (directeurs de publication), *International Criminal Law: Cases and Materials*, 2<sup>e</sup> édition, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2000, pp. 232-238.

22 Pour les combattants, voir notamment le jugement de Nuremberg contre les membres de la Wehrmacht et de la marine de guerre allemande Wilhelm Keitel, Karl Dönitz, Erich Raeder et Alfred Jodl, tous condamnés pour crimes de guerre durant la Seconde Guerre mondiale par le Tribunal militaire international de Nuremberg, *The Trial of German Major War Criminals*, Verdict du 1<sup>er</sup> octobre 1946; Procédures du Tribunal militaire international siégeant à Nuremberg (Allemagne), partie 22, du 22 août 1946 au 1<sup>er</sup> octobre 1946, pp. 492-493, 508-510, 511-512, 516-517. Pour les membres de groupes armés organisés dans le cadre d'un conflit armé non international, voir par exemple le Tribunal spécial



le DIH fait une distinction nette entre les parties à un conflit armé (à savoir les entités collectives que sont les États et les groupes armés organisés)<sup>23</sup> d'une part, et les individus d'autre part. En effet, c'est la nature *collective* de la violence politique et *l'organisation* d'un groupe d'individus engagés dans cette violence qui font qu'une situation devient un conflit armé. Les parties à un conflit armé ne sont pas simplement la somme de tous leurs membres, agissant en qualité d'individus considérés isolément. Au contraire, les groupes armés organisés (tout comme les États parties à un conflit armé) sont des entités identifiables, qui poursuivent par la violence des objectifs politiques (au sens large). Ils ont une force militaire organisée et une autorité responsable de ses actes<sup>24</sup>, alors que l'individu agit quant à lui pour le compte d'un groupe armé organisé. Le caractère rudimentaire du cadre juridique qui régit la responsabilité collective des groupes armés organisés, notamment l'incertitude qui entoure l'attribution des actes d'un individu à un groupe armé organisé<sup>25</sup>, ne doit pas faire oublier que l'individu participe aux violences en tant que partie d'une entité collective. De la même façon que la violation du DIH par un individu peut engager tout à la fois sa responsabilité pénale individuelle et la responsabilité de l'État auquel ses actes ou ses manquements peuvent être attribués<sup>26</sup>, les actes de cet individu peuvent engager tout à la fois sa responsabilité pénale individuelle et la responsabilité d'un groupe armé organisé. Cela ne veut pas dire que seuls les membres d'une entité partie à un conflit armé peuvent violer le DIH, mais que les groupes armés organisés en tant que tels ont des obligations en vertu du DIH qui sont indépendantes des obligations imposées aux individus.

pour la Sierra Leone, *Le Procureur c. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara et Santigie Borbor Kanu*, Affaire N° SCSL-04-16-T, Arrêt de la Chambre de première instance, 20 juin 2007, et Affaire N° SCSL-2004-16-A, Arrêt de la Chambre de première instance, 22 février 2008. Pour les civils, voir par exemple le procès de criminels de guerre devant le Tribunal militaire britannique, *Trial of Erich Heyer and Six Others* (affaire Essen Lynching), Essen, 18-19 et 21-22 décembre 1945, *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Vol. I, Londres, HMSO, 1947, Affaire N° 8, pp. 88-92.

- 23 Voir l'article 3 commun aux Conventions de Genève et J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 3, Règle 139. C'est sur le même postulat que repose l'article 10 du Rapport de la Commission du droit international portant sur la responsabilité des États, qui attribue à l'État la conduite d'un mouvement insurrectionnel (plutôt qu'aux individus qui le composent) : voir James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 117, para. 4 (qui distingue nettement entre la conduite d'un mouvement en tant que tel et celle des individus au sein de ce mouvement agissant en leur capacité propre).
- 24 Voir Jean Pictet (directeur de publication), *Commentaire sur la première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, 1952, p. 49, où l'auteur évoque, parmi plusieurs autres critères, celui de la possession d'une force militaire organisée et celui d'une autorité responsable de ses actes, permettant d'affirmer l'existence d'un conflit armé non international au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Pour plus de détails sur le degré d'organisation requis, voir par exemple le TPIY, *Le procureur c. Boškoski and Tarčulovski*, *op. cit.*, note 1, paras 194-205.
- 25 Pour un débat sur la question, voir J. Kleffner, *op. cit.*, note 4, pp. 257-264.
- 26 Voir, sur un plan général, André Nollkaemper, « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, 2003, pp. 615-640.

Clairement, cette constatation s'impose aussi si l'on examine de près les règles du DIH. Ainsi, là où l'article 3 commun aux Conventions de Genève prohibe « les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés<sup>27</sup> » et où l'article 6 du Protocole additionnel II précise les normes devant s'appliquer aux poursuites pénales, ces règles impliquent que, pour se conformer au DIH lorsqu'il y a lieu de statuer sur une affaire, les parties à un conflit armé (y compris les groupes armés organisés) doivent mettre en place des mécanismes judiciaires satisfaisant aux exigences mentionnées. Cela n'est pas du ressort des individus, mais du groupe armé organisé dans son ensemble. Dans la même veine, l'obligation contenue dans le Protocole additionnel II de donner aux enfants une éducation, telle que la désirent leurs parents ou, en l'absence de parents, les personnes qui en ont la garde<sup>28</sup>, suppose que le groupe armé organisé – à un niveau collectif – prenne les mesures nécessaires sur le territoire qu'il contrôle<sup>29</sup>. De même, les règles qui régissent l'internement et la détention des personnes privées de liberté, figurant à l'article 5 du Protocole additionnel II<sup>30</sup>, s'adressent essentiellement à l'autorité responsable de la mise en détention en tant que telle, et pas (seulement) aux individus qui constituent cette autorité<sup>31</sup>. À la lumière de ce qui précède, arguer du fait que le DIH s'applique aux groupes armés organisés parce qu'il est contraignant pour les individus ne convainc pas. En effet, une telle explication contredit le fait que le groupe armé organisé en tant que tel est lié par des obligations en vertu du DIH qui sont bien distinctes de celles des individus.

### **La force obligatoire découlant de l'exercice de fonctions gouvernementales *de facto***

La troisième thèse avancée à l'appui de la force obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés est que ces groupes exercent *de facto* des fonctions gouvernementales. Comme le dit Jean Pictet : « Pour peu que l'autorité responsable qui est à leur tête exerce une souveraineté effective, sa prétention même de représenter le pays, ou même une partie de celui-ci, la lie<sup>32</sup>. » Cette approche est étayée par le principe d'effectivité<sup>33</sup> en tant qu'élément de la personnalité étatique et de la reconnaissance des gouvernements<sup>34</sup>. Elle s'accorde en outre

27 Article 3 (1)(d) commun.

28 Protocole additionnel II, art. 4(3)(a).

29 C. Pilloud *et al.*, *op. cit.*, note 20, pp. 1377-1378, spécialement le para. 4546.

30 Protocole additionnel II, art. 5.

31 C. Pilloud *et al.*, *op. cit.*, note 20, pp. 1384, paras 4573-4574.

32 Jean Pictet (éd.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1958, p. 42. Voir aussi L. Moir, *op. cit.*, note 6, p. 55.

33 Roger Pinto, « Les règles du droit international concernant la guerre civile », dans *Recueil des cours*, Vol. 114, 1965-I, p. 528.

34 Volker Epping, « Völkerrechtssubjekte », dans K. Ipsen (directeur de publication), *Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> édition, C.H. Beck, Munich, 2004, p. 63, para. 10; Volker Epping, « Der Staat im Völkerrecht », dans *ibid.*, p. 273, para. 40.

avec la loi sur la responsabilité des États, en ce sens que cette loi met sur le même pied les actes commis par un groupe armé organisé parvenu à ses fins dans sa quête du pouvoir ou dans celle de créer un nouvel État, et ayant pris, pour l'un, la tête de l'État existant et, pour l'autre, celle d'un État nouvellement créé<sup>35</sup>.

Cette approche conduit indubitablement à déplacer l'accent de la force obligatoire du DIH de l'individu à l'entité collective du groupe armé organisé. Elle répond en cela aux faiblesses de l'argumentation développée dans la section précédente. Arguer de l'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés du fait qu'ils exercent des fonctions gouvernementales *de facto* conduit clairement à considérer ces groupes en tant qu'acteurs autonomes distincts des États<sup>36</sup>. En effet, et la loi sur la responsabilité des États l'affirme plus clairement que nul autre texte, le comportement d'un mouvement insurrectionnel ne peut *pas* être attribué à l'État si ce mouvement n'est pas parvenu à ses fins. Les règles relatives à la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites montrent donc clairement que les structures, l'organisation et le comportement d'un tel mouvement sont indépendants de ceux de l'État<sup>37</sup>. À l'appui de la reconnaissance de cette autonomie des groupes armés organisés, l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales repose sur l'élément factuel de cet exercice par un groupe armé organisé et sur son aspiration à devenir le prochain gouvernement d'un État existant ou le nouveau gouvernement d'un État indépendant nouvellement créé.

Cela étant, on voit bien que cette façon d'expliquer la force obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés n'a pas pour effet de la dissocier de la force obligatoire du DIH pour l'État concerné. Cette force obligatoire continue de puiser son origine dans le fait que l'État, à la tête duquel le groupe armé organisé s'efforce d'accéder, a souscrit à une règle du DIH. L'acceptation de cette règle se manifeste par le fait que l'État a accepté d'être lié par le traité en question, ou qu'il a contribué à l'établissement d'une règle du DIH coutumier ou, du moins, qu'il ne s'est pas opposé de manière persistante à cette règle du DIH coutumier. Sous cet angle, l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales reste une approche centrée sur l'État pour expliquer le fait que le DIH s'applique aux groupes armés organisés. On ne peut donc pas complètement exclure la possibilité qu'un groupe armé organisé soulève une objection comparable à celle que soulevait le principe de la compétence législative, à savoir qu'il rejette d'être lié par des règles acceptées

35 Articles 10(1) et (2) des Principes relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001), Résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, corrigés par le document A/56/49 (Vol. I)/Corr.4. Pour l'examen du fondement théorique de la responsabilité de l'État dans le cas d'un groupe armé organisé étant parvenu à créer un nouvel État, voir Patrick Dumberry, « New state responsibility for internationally wrongful acts by an insurrectional movement », dans *European Journal of International Law*, Vol. 17, 2006, pp. 605-621.

36 Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 15.

37 J. Crawford, *op. cit.*, note 23, p. 117, para. 4.

par cet État même qu'il combat. Il faut cependant souligner deux différences importantes.

Premièrement, à l'inverse du principe de la compétence législative, qui s'applique du haut vers le bas, l'argument selon lequel le DIH lierait les groupes armés organisés du fait des fonctions gouvernementales qu'ils exercent *de facto* procède du bas vers le haut. Au lieu de s'intéresser d'abord à l'État que combat un groupe armé organisé, il part de la capacité d'un tel groupe à agir de manière indépendante et de son aspiration à se substituer au pouvoir en place en remplaçant le gouvernement existant. Comme on peut raisonnablement attendre des groupes armés organisés ayant ce type d'aspiration qu'ils doivent se soucier de leur légitimité aux yeux des autres États et de la communauté internationale dans son ensemble, ces groupes pourraient être sensibles à la nécessité de se conformer à ces règles que l'on considère comme indissociables de la légitimité des États. Et au nombre de ces règles figurent certainement les « considérations élémentaires d'humanité »<sup>38</sup>, telles que reflétées dans le DIH.

Une autre différence d'importance est le fait que le principe de la compétence législative procède de façon rétrospective, en ce sens qu'il se fonde sur l'acceptation par l'État concerné des règles du DIH *dans le passé*. À l'opposé, l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales met essentiellement l'accent sur les circonstances factuelles *présentes* et sur le statut auquel aspire un groupe armé organisé pour l'*avenir*. Ce faisant, il rend plus difficile pour un groupe armé organisé de rejeter la force obligatoire du DIH que ne le fait le principe de la compétence législative. En effet, il encourage le groupe armé à reconnaître ses responsabilités de manière indépendante en tant qu'entité aspirant à l'exercice du pouvoir et à la représentation de l'État dans le futur.

En dépit de ses mérites précédemment exposés, l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales n'échappe pas à un certain nombre d'objections. Pour considérer qu'un groupe armé organisé exerce *de facto* des fonctions gouvernementales, il faut au moins qu'il exerce un contrôle relativement stable sur une partie du territoire de l'État et / ou un contrôle sur des personnes, et qu'existent en plus en son sein des organes pouvant remplacer ceux de l'État dans l'exercice de l'autorité publique. Ce type de situation devrait être assez proche de situations qui atteignent le seuil élevé d'applicabilité du Protocole additionnel II, lequel exige que les groupes armés organisés « exercent sur une partie [du territoire d'un État] un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le [deuxième] Protocole [additionnel]<sup>39</sup> ». Comme on le sait, c'est un seuil qui n'est pas souvent atteint aujourd'hui dans les conflits armés non internationaux. S'il ne l'est pas, l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales ne peut pas être invoqué pour démontrer l'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés<sup>40</sup>.

38 Cour internationale de Justice (CIJ), *Affaire du détroit de Corfou – fond*, Arrêt du 9 avril 1949, Rapports de la CIJ 1949, p. 22, para. 215.

39 Voir Protocole additionnel II, art. 1(1).

40 Dans la même veine, voir aussi L. Zegveld, *op. cit.*, note 36, p. 15.

Au-delà de la question factuelle de savoir si les groupes armés organisés exercent ou non des fonctions gouvernementales, la question concernant les aspirations de ces groupes fait apparaître une autre faille de cette thèse, puisqu'il n'y a aucune certitude que tous ces groupes souhaitent en fait exercer le pouvoir à la tête de l'État. Il a même été démontré que, dans certains cas, des parties à un conflit armé ont intérêt à ne *pas* mettre un terme au conflit ni à exercer le pouvoir; elles tirent au contraire parti de l'insécurité générale qui règne dans la région où elles opèrent, parce que cette insécurité leur permet de garder l'accès à ses ressources économiques<sup>41</sup>. Dans ces cas-là comme dans d'autres où les groupes armés organisés ne forment pas un nouveau gouvernement (ou n'y aspirent pas), il ne servirait à rien d'invoquer l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales.

En conclusion, cette argumentation ne vaut que pour une catégorie restreinte de groupes armés organisés et est impuissante à expliquer pour quelle raison tous ces groupes devraient être présumés liés par le DIH.

### **La force obligatoire découlant du DIH coutumier : les groupes armés organisés en tant que personnes juridiques internationales**

Une autre explication parfois proposée pour défendre l'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés est que ceux-ci sont liés par le DIH coutumier en raison de leur personnalité juridique internationale. C'est ce qu'a indiqué la Commission d'enquête sur le Darfour dans les termes suivants : « [T]ous les rebelles qui se sont dotés d'une certaine organisation, ont acquis une certaine stabilité et exercent un contrôle effectif sur une partie de territoire, jouissent de la personnalité morale internationale et sont dès lors tenus par les règles pertinentes du droit international coutumier gouvernant les conflits armés internes »<sup>42</sup>.

Par rapport aux thèses précédemment avancées, celle-ci présente plusieurs atouts. La personnalité juridique internationale ne passe pas par l'État que combat un groupe armé organisé. Cela étant, il faut reconnaître que cet argument n'ignore pas entièrement les États dans son interprétation de la force obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés. Ce raisonnement présente une faiblesse analogue à celle que présente l'argument de l'exercice *de facto* de fonctions gouvernementales, en ce sens qu'ils se fondent tous deux sur le fait que les États conservent la compétence législative – en partie partagée avec les organisations internationales – de créer des règles du DIH coutumier par leur pratique et leur *opinio juris*. En effet, l'étude du DIH coutumier du Comité international de la Croix-Rouge reconnaît que la pratique des groupes armés organisés « ne constitue pas en tant que telle une pratique des États » et

41 Herfried Münkler, *Die neuen Kriege*, Rowohlt Verlag, Reinbeck, 2002, pp. 159-173.

42 Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général des Nations Unies en application de la résolution 1564 du 18 septembre 2004, 25 janvier 2005, para. 172, disponible sur : [http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf) (dernière consultation le 15 juin 2011).

que « sa portée juridique est incertaine<sup>43</sup> ». Aussi longtemps que les groupes armés organisés restent ainsi exclus du processus de formation du DIH coutumier, la force obligatoire du DIH leur reste « imposée » et leur attachement à ces règles en est encore affaibli. Néanmoins, en faisant reposer la force obligatoire du DIH sur la personnalité juridique internationale et le droit international coutumier, on contourne l'argument selon lequel les groupes armés organisés ne seraient liés que par l'entremise de l'État qu'ils combattent. Au lieu de cela, c'est la communauté internationale des États dans son ensemble qui les lie. Ces groupes peuvent ainsi être amenés à considérer le DIH coutumier comme incarnant un appel à une adhésion plus universelle, de ce fait plus difficile (mais pas impossible) à rejeter par un groupe armé organisé.

Un autre point fort de cette thèse selon laquelle les groupes armés organisés seraient liés par le DIH coutumier du fait de leur personnalité juridique internationale est qu'elle tient dûment compte de la dimension collective de ces groupes. Par conséquent, elle ne présente pas la même faiblesse que l'explication reposant sur la force obligatoire du DIH du fait de son applicabilité aux personnes physiques.

Cependant, l'idée consistant à lier la force obligatoire du DIH à la personnalité juridique internationale reconnue aux groupes armés organisés pose elle aussi quelques questions. Premièrement, elle ne peut expliquer la prétendue force obligatoire du DIH conventionnel pour les groupes armés organisés indépendamment du consentement de ces derniers. Dans ces conditions et dans la mesure où le droit coutumier des conflits armés non internationaux est moins avancé que le droit conventionnel<sup>44</sup>, l'explication proposée entraîne certaines conséquences susceptibles d'entraver considérablement le respect du DIH conventionnel. S'il est vrai que, du point de vue du droit, la non-acceptation des obligations du DIH conventionnel par un groupe armé organisé ne libère pas l'État ayant ratifié un traité des obligations qu'il a de ce fait acceptées<sup>45</sup>, cette inégalité devant la loi pose problème dans les faits du point de vue de la réciprocité, alors que celle-ci est un élément essentiel de la promotion du respect des règles<sup>46</sup>.

Une deuxième objection possible que les États pourraient raisonnablement vouloir opposer à la thèse selon laquelle la force obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés découle de leur personnalité juridique internationale est que doter ces groupes armés d'une personnalité juridique internationale, même limitée, leur conférerait une certaine légitimité. C'est d'ailleurs

43 J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 3, p. LII (vii).

44 On peut citer à titre d'exemple l'obligation d'enregistrer l'emplacement des mines terrestres, comme le prévoit le Protocole II (révisé) à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (CCAC), Genève, 10 octobre 1980, art. 1(2) et 9, par comparaison avec le DIH coutumier dans la présentation du CICR (voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 3, règle 82 et résumé de la règle, pp. 376-378).

45 Voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 3, règle 140.

46 Sur ce point, voir L. Moir, *op. cit.*, note 6, pp. 86, 107-108.

une préoccupation qui a été exprimée lors des négociations sur les Conventions de Genève à propos de l'article 3 commun aux quatre Conventions, et qui a conduit à inclure dans le texte une disposition précisant que son application « n'aura[it] pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit »<sup>47</sup>. Des faits nouveaux plus récents dans l'histoire de la formation du DIH confirment que cette préoccupation est toujours présente à l'esprit des États<sup>48</sup>. Cette objection ne convainc cependant pas car elle confond personnalité et légitimité. Qu'une entité se voie conférer des droits en vertu du droit international et soit soumise à certaines obligations ne lui confère pas pour autant une légitimité. D'ailleurs, même parmi les États, premiers sujets – incontestés – du droit international, certains peuvent ne pas être légitimes. Ceux qui sont illégitimes – par exemple pour s'être rendus coupables de violations systématiques et généralisées des droits de l'homme contre leur propre population – conservent néanmoins leur personnalité juridique internationale. Inversement, les groupes armés organisés ne sont pas automatiquement dépourvus de légitimité, mais c'est une question qui n'a rien à voir avec le fait qu'ils aient une personnalité juridique internationale ou non.

Même si l'éventuelle objection qui vient d'être exposée ne convainc pas, la thèse selon laquelle les groupes armés organisés sont liés par le DIH du fait de leur personnalité juridique internationale présente un vice logique important, qui est celui de la circularité de la thèse de la personnalité juridique internationale dans la doctrine dominante. Cette circularité est démontrée par le raisonnement selon lequel la personnalité juridique internationale est déterminée par le fait qu'une entité possède des droits et des obligations en vertu du droit international<sup>49</sup>, alors que la détermination de ces droits et obligations passe elle-même par la possession de la personnalité juridique internationale. Dans le cas qui nous occupe, les groupes armés organisés seraient donc considérés comme des personnes morales internationales parce qu'ils ont des droits et des obligations en vertu du DIH, alors qu'ils sont considérés comme ayant de tels droits et obligations de par leur qualité de personnes morales internationales. *Certum est quia impossibile est*<sup>50</sup>!

## La force obligatoire s'imposant aux groupes armés organisés de par leur consentement

Chacune des thèses précédemment exposées se fonde sur le postulat selon lequel le DIH a un caractère contraignant pour les groupes armés organisés indépendamment de leur volonté ou même contre leur volonté. Par opposi-

47 J. Pictet, *op. cit.*, note 24, pp. 44, 60.

48 Voir notamment la CCAC, *op. cit.*, note 44, art. 1(6), telle que modifiée en accord avec l'amendement adopté le 21 décembre 2001.

49 CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1949, pp. 174, 178.

50 « C'est certain puisque c'est impossible » (traduction du latin).

tion à ces thèses, on peut aussi affirmer que le DIH s'applique à ces groupes du fait même qu'ils ont consenti à être liés par une règle de ce droit. En fait, il y a des cas où le DIH semble subordonner son caractère contraignant au consentement de ceux qu'il lie, alors que dans d'autres cas il semble suggérer que ce consentement ne change rien. D'une part, l'article 3 commun aux Conventions de Genève précise clairement que « chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions » quant au fond contenues dans les sections 1 et 2, considérant de ce fait sans importance le consentement ou l'absence de consentement d'un groupe armé organisé. D'autre part, le même article 3 encourage les parties à un conflit armé non international à conclure des « accords spéciaux » donnant effet à tout ou partie des autres dispositions des Conventions de Genève. Par ailleurs, il n'est en rien exceptionnel que des groupes armés organisés déclarent unilatéralement leur acceptation des règles du DIH. C'est ainsi par exemple que des « déclarations d'engagement » ont été souscrites auprès de l'*Appel de Genève* à l'effet d'adhérer à une interdiction totale des mines antipersonnel et à une meilleure protection des enfants contre les effets des conflits armés<sup>51</sup>. Quant aux mouvements de libération nationale – une forme secondaire distincte des groupes armés organisés que le Protocole additionnel I reconnaît expressément et à laquelle ses dispositions s'adressent<sup>52</sup> – ils ne sont liés aux règles dudit Protocole que s'ils y ont consenti<sup>53</sup>.

Certaines instances devant lesquelles des organismes internationaux se sont exprimés sur ce point reflètent également les bases distinctes multiples de la force obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés. Ainsi, tout en s'appuyant sur la personnalité juridique internationale des groupes armés organisés, la Commission d'enquête sur le Darfour a ajouté que :

« l'acceptation implicite des règles et principes généraux du droit international humanitaire par les groupes rebelles peut être déduite des dispositions de certains des accords [entre le gouvernement soudanais et les groupes armés organisés, à savoir le Mouvement/l'Armée de libération du Soudan et le Mouvement pour la justice et l'égalité]... au surplus, le Mouvement/l'Armée de libération du Soudan et le Mouvement pour la justice et l'égalité possèdent, au regard du droit international coutumier, la capacité de conclure des accords contraignants aux yeux du droit international (*jus contrahendi*) et ont avec le gouvernement conclu divers accords de ce type aux termes desquels ils se sont engagés notamment à respecter le droit humanitaire »<sup>54</sup>.

51 Voir plus généralement <http://www.genevacall.org/> et la liste des signataires de déclarations d'engagement sur : <http://www.genevacall.org/resources/list-of-signatories/list-of-signatories.htm> (dernières consultations le 15 juin 2011).

52 Voir le Protocole additionnel I, art. 1(4).

53 Voir le Protocole additionnel I, art. 96(3).

54 Rapport sur la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, *op. cit.*, note 42, paras. 173-174.



En d'autres termes, la Commission d'enquête sur le Darfour a combiné l'argument selon lequel le DIH est contraignant pour les groupes armés organisés en vertu de leur personnalité juridique internationale avec celui selon lequel ces groupes sont liés par des règles du DIH parce qu'ils y ont souscrit.

On entend parfois dire que, dans le domaine du DIH conventionnel, l'argument voulant que les groupes armés organisés soient tenus au respect des règles dès l'instant où ils ont accepté d'être liés par le DIH est consacré par la règle *pacta tertiis*, telle que consacrée par la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>55</sup>. Selon cette règle, « [u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement »<sup>56</sup>. À titre d'exception à cette même règle, « [u]ne obligation naît pour un État tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'État tiers accepte expressément par écrit cette obligation »<sup>57</sup>. Dans la mesure où cela concerne les droits d'un État tiers découlant d'un traité, une exception est à faire,

« si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit soit à l'État tiers ou un groupe d'États auquel il appartient, soit à tous les États, et si l'État tiers y consent. Le consentement est présumé tant qu'il n'y a pas d'indication contraire, à moins que le traité n'en dispose autrement »<sup>58</sup>.

Il résulterait d'une application analogue de ce régime à la relation entre les États et les groupes armés organisés en tant que parties à un conflit armé non international que ces groupes ne seraient liés par le DIH conventionnel qu'à la condition d'avoir souscrit aux obligations et de ne pas avoir rejeté les droits qu'il consacre<sup>59</sup>.

Cependant, prétendre fonder l'exigence du consentement d'un groupe armé organisé aux règles du DIH sur le régime régissant les droits et obligations des États tiers, tel que consacré dans le droit des traités, ne va pas sans soulever certaines difficultés. La question mérite au moins d'être posée de savoir si ce régime, conçu pour régir les relations entre États, peut être transposé et le cas échéant, jusqu'à quel point, aux relations entre les États et les groupes armés organisés<sup>60</sup>. On voit mal également pour quelle raison cette transposition s'arrêterait aux groupes armés organisés. Ne pourrait-on pas affirmer, par exemple, que l'analogie devrait aussi s'appliquer aux personnes physiques ? Il en découlerait que les droits qui leur sont conférés (par exemple en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire) et leurs obligations (en vertu du DIH et du droit international pénal) seraient subordonnés

55 Voir A. Cassese, *op. cit.*, note 10, pp. 423-430.

56 Convention de Vienne sur le droit des traités, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1155, p. 331, 8 ILM 679, art. 34.

57 *Ibid.*, art. 35.

58 *Ibid.*, art. 36.

59 A. Cassese, *op. cit.*, note 10, p. 428.

60 Dans la même veine, voir aussi S. Sivakumaran, *op. cit.*, note 7, p. 377.

à leur consentement, qu'il soit explicite (pour ce qui concerne les obligations) ou implicite (pour ce qui concerne les droits). À son tour, cette conséquence est clairement incompatible avec l'opinion largement répandue qui veut que le consentement des personnes physiques ne soit pas requis<sup>61</sup>. En somme, le droit des traités concernant le *pacta tertiis*, ne permet pas de démontrer de façon convaincante que le consentement des groupes armés organisés est requis pour que le DIH conventionnel leur soit applicable.

D'autre part, exiger ce consentement entraînerait des conséquences qui pourraient être perçues comme disqualifiant ce même argument du consentement pour justifier le caractère obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés. Très concrètement, il pourrait parfois se révéler difficile de déterminer qui, à l'intérieur d'un groupe armé organisé, est compétent pour exprimer le consentement de ce groupe à être lié par des règles. C'est particulièrement vrai lorsqu'on a affaire à des groupes armés hétérogènes ou plus informels, ou dans une situation mettant en présence différentes factions d'un même groupe organisé, déchiré par des dissensions internes ou par des changements d'alliance<sup>62</sup>.

Une autre conséquence que peut avoir le fait d'exiger le consentement d'un groupe armé organisé est que la question de la réciprocité se pose de manière encore plus aiguë que si l'on retient la thèse de la personnalité juridique internationale des groupes armés organisés et la référence au DIH coutumier pour expliquer la force obligatoire du DIH<sup>63</sup>. En effet, si le consentement des groupes armés organisés est requis, cela soulève une autre question plus vaste, qui est de savoir si le droit applicable dans un conflit armé non international se limite aux règles que les *deux* parties ont acceptées – comme pour le droit applicable à un conflit armé international<sup>64</sup> – ou s'il s'agit de définir les relations entre les États et les groupes armés organisés de telle manière que la réciprocité ne s'impose pas en droit, sachant que la réciprocité de fait resterait un facteur important pour inciter les parties au conflit armé à respecter les règles qui s'appliquent à eux.

En allant au bout de ce raisonnement, cependant, on voit que cette exigence de consentement aura avant tout pour conséquence qu'aucune règle du DIH conventionnel ne pourra s'appliquer à un groupe armé organisé qui n'a

61 Voir à ce sujet les dispositions figurant expressément dans les Conventions de Genève, selon lesquelles les personnes protégées ne peuvent pas renoncer à leurs droits : Convention I, art. 7 ; Convention II, art. 7 ; Convention III, art. 7 ; Convention IV, art. 8.

62 À cet égard, le TPIY a déterminé que, pour savoir si le degré d'organisation d'un groupe armé se situait au niveau requis pour être considéré comme tel au sens du DIH, l'un des critères à prendre en compte était sa *capacité* à s'exprimer d'une seule voix (voir par exemple *Le Procureur c. Boškoski et Tarčulovski*, *op. cit.*, note 1, para. 203). Le Tribunal a toutefois souligné que ce facteur, avec d'autres, n'avait qu'une valeur *indicative* et qu'il en tenait compte, mais qu'il n'était pas déterminant ni, en soi, essentiel pour établir si le critère d'une « organisation » était rempli (*ibid.*, para. 198).

63 Voir *op. cit.*, notes 45 et 46 et le texte qui les accompagne.

64 Voir l'article 2 commun aux Conventions de Genève, selon lequel les Conventions s'appliquent en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant « entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ». Voir aussi le Protocole additionnel I, art. 1(3).

pas accepté d'être lié par une telle règle. Il faut pourtant remettre les choses en perspective. Un rejet pur et simple de toutes les règles et de tous les principes du DIH par un groupe armé organisé est l'exception et non la règle. L'abondance des « autres pratiques » recueillies par le CICR dans son étude sur le DIH coutumier<sup>65</sup> ou présentées dans d'autres de ses publications<sup>66</sup>, montre que les groupes armés organisés ont à de nombreuses occasions expressément accepté des règles du DIH. De même, depuis 2001, non moins de 41 groupes armés organisés ont exprimé leur acceptation des règles relatives aux mines antipersonnel et aux enfants soldats en signant des « déclarations d'engagement » auprès de l'*Appel de Genève*<sup>67</sup>. Certes, il n'existe pas d'acceptation automatique et un groupe armé organisé *peut* rejeter l'ensemble des règles du DIH. Mais dans ce cas, il convient de se demander, en restant réaliste, ce que l'on peut raisonnablement attendre d'arguments tendant à imposer les règles et les principes du DIH par d'autres moyens. Dans une telle situation, la stratégie la plus prometteuse, semble-t-il, serait de se concentrer sur les moyens de faire progresser l'acceptation des règles du DIH par un groupe armé organisé. Une approche similaire s'imposerait aussi dans la situation plus probable où un groupe armé organisé déciderait de souscrire sélectivement à certaines des règles du DIH applicables aux conflits armés non internationaux. Dans un tel cas, les règles du DIH censées s'appliquer du fait des explications données précédemment, notamment le principe de la compétence législative, ne s'appliqueraient pas toutes. Dès lors, l'incitation au respect du droit qui découlerait de l'acceptation expresse de certaines des règles du DIH par un groupe armé organisé pourrait bien être compromise par des arguments dont le propos est de récuser ce consentement, considérant qu'il n'est pas pertinent quand il s'agit d'imposer à un groupe armé organisé ces règles mêmes du DIH qu'il rejette expressément. En fait, c'est cette incitation au respect du droit qui constitue le principal atout de la thèse selon laquelle le consentement est à la base de l'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés<sup>68</sup>. Si un groupe armé organisé s'engage par lui-même dans ce processus d'acceptation du droit, les normes du DIH lui paraîtront plus légitimes. Et cette légitimité rend plus probable un processus d'intégration des normes à la pratique d'un groupe armé organisé<sup>69</sup>. Certes, l'engagement exprès au respect d'une règle du DIH offre aussi peu de *garantie* de conformité réelle que lorsque c'est un État qui y souscrit. Il est néan-

65 J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir.), *op. cit.*, note 3, Vol. II : *Pratique*, Parties 1 et 2.

66 Voir par exemple CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, CICR, Genève, 2008, pp. 17-18, 20.

67 Voir *op. cit.*, note 51.

68 Voir aussi Marco Sassòli, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », dans *International Humanitarian Legal Studies* 1, 2010, pp. 5-51, 29-32.

69 À propos de l'argument parallèle selon lequel la légitimité d'une norme en favorise le respect par les États, voir en particulier Thomas M. Franck, « Legitimacy in the international legal system », dans *American Journal of International Law*, Vol. 82, N° 4, 1988, p. 709-710; Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, New York 1990; Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 25-46.

moins plus difficile pour un groupe armé organisé de rejeter une règle ayant force obligatoire. Le suivi est par ailleurs facilité en cas de violations du droit et on dispose en outre d'une bonne base pour faire connaître ce droit, obtenir des engagements et établir des relations avec des organisations humanitaires, comme le CICR<sup>70</sup>. De plus, donner à un groupe armé organisé la possibilité de marquer ou non son consentement à une règle du DIH donne également à ce groupe la capacité de sélectionner les règles qu'il lui paraît réaliste d'adopter<sup>71</sup>.

## Conclusions

C'est du contexte dans lequel l'applicabilité du DIH se pose que dépendra surtout le choix de l'une ou l'autre (ou même de plusieurs en l'occurrence) des thèses expliquant pourquoi et comment le DIH s'applique aux groupes armés organisés. Les instances – parmi lesquelles les tribunaux pénaux internationaux – qui sont rétrospectivement saisies de violations du droit qui auraient été commises par des groupes armés organisés ou des membres de ces groupes, sont confrontées au défi que suppose l'application d'un corpus du droit posant clairement comme préalable que les normes primaires du DIH auxquelles a souscrit un État (ou, en ce qui concerne le DIH coutumier, la communauté des États) se traduisent en normes secondaires régissant la responsabilité individuelle des membres des groupes armés organisés. On peut raisonnablement s'attendre à ce que le choix naturel de ces institutions soit de retenir une thèse sur laquelle cette applicabilité peut se fonder, à savoir le principe de la compétence législative. En effet, en dehors des tribunaux pénaux internationaux, ce principe échappe aux conséquences fâcheuses de bon nombre des autres thèses, à savoir que les règles du DIH auxquelles a souscrit un État peuvent ne pas toutes s'appliquer dans un conflit armé opposant ce dernier à un groupe armé organisé.

D'un autre côté, les institutions et organisations moins soucieuses de faire appliquer rétrospectivement des sanctions, mais dont l'objectif est plutôt de faire en sorte qu'un groupe armé organisé participant directement à un conflit armé soit plus respectueux du DIH, seront, selon toute vraisemblance, plus soucieuses d'établir un dialogue direct avec des groupes armés organisés. Dans le cadre de ce dialogue, elles pourraient être plus avisées de fonder l'applicabilité du DIH sur les fonctions gouvernementales exercées *de facto* par le groupe armé organisé, sur sa personnalité juridique internationale et sur son consentement.

L'impression finale de cette analyse est qu'aucune des thèses avancées pour expliquer l'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés n'est sans faille. Cette imperfection illustre le fait que le DIH reste profondément ancré dans un modèle de codification du droit et d'acceptation des normes centré

70 Voir CICR, *op. cit.*, note 66, p. 27.

71 Dans la même veine, voir M. Sassòli, *op. cit.*, note 68, pp. 20-21.

sur l'État. En dépit de l'évolution considérable des règles encadrant les conflits armés non internationaux, les groupes armés organisés continuent d'être largement tenus à l'écart de cette évolution. On ne peut certes nier que leur participation au processus d'élaboration de normes présente des risques et qu'elle n'apportera pas de solution rapide à tous les problèmes rencontrés en matière de respect du DIH. Cependant, la réalité des groupes armés organisés – en termes militaires autant qu'humanitaires – conduit à penser qu'il faut les considérer comme étant des exécuteurs d'un droit qui est aussi le leur.

