

## **CH\_VB 2007-1330 5301 vom 24. Juli 2007**

Bundesverwaltung, 2007-07-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_2007-1330\\_5301\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2007-1330_5301_)

FR: CH\_VB 2007-1330 5301 du 24 juillet 2007

IT: CH\_VB 2007-1330 5301 del 24 luglio 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Introduction La représentation traditionnelle de la guerre est celle de deux armées étatiques qui s'affrontent. Or, elle ne correspond plus à la réalité, à de rares exceptions près. Dans l'histoire contemporaine, les événements qui se rapprochent le plus de cette représentation sont la guerre des Malouines, qui a opposé l'Argentine et la Grande-Bretagne en 1982, la première guerre du Golfe entre l'Irak et l'Iran au début des années 80, la deuxième guerre du Golfe entre les Etats-Unis, ses alliés et l'Irak en 1990, la guerre entre l'Erythrée et l'Ethiopie de 1998 à 2000 ou encore la troisième guerre du Golfe entre les Etats-Unis et ses alliés et les forces armées irakiennes en 2003. Aujourd'hui, les guerres ne sont plus conduites par des armées classiques. Une multiplicité de groupes armés non étatiques participent aux conflits<sup>1</sup>; ils poursuivent d'ailleurs des objectifs différents. Souvent, il n'y a pas de front clairement défini, ni de régions homogènes totalement contrôlées par l'une ou l'autre partie au conflit. On peut citer comme exemples récents, la guerre du Vietnam, le conflit en Colombie, le conflit au Népal, la guerre d'Afghanistan (2001-2002), les deux guerres de Tchétchénie, l'Intifada palestinienne ou encore le conflit armé de l'été 2006 entre Israël et le Hezbollah.

#### **E. 2**

L'avènement des Etats nationaux a conféré une importance croissante à l'armée de métier ou, du moins, à l'armée dont l'identité repose sur le principe de la nationalité, qui est devenu un concept dominant.

#### **E. 3**

La conduite asymétrique de la guerre La conduite asymétrique de la guerre n'est pas une forme entièrement nouvelle de la conduite de la guerre. Depuis toujours, les belligérants recourent à des stratégies, à des tactiques et à des armes qui leur permettent d'exploiter, soit leurs propres points forts (asymétrie positive), soit les faiblesses de l'adversaire (asymétrie négative)<sup>8</sup>. En 510 av. J.-C., Sun Tsu comparait déjà l'armée à l'eau: de même que l'eau adapte son cours au terrain qu'elle rencontre, le soldat obtient la victoire en s'adaptant à l'adversaire qu'il combat. La guerre asymétrique avait déjà été décrite par Carl von Clausewitz dans «De la Guerre». Mao Tsé-Toung, enfin, a systématisé la guerre asymétrique dans les années 20 et 30 du siècle dernier. En effet, il avait compris qu'une décélération du conflit permettait d'opposer une résistance armée efficace à un adversaire supérieur sur le plan de la technologie et de l'organisation. De ce fait, le belligérant qui possède une avance technologique et organisationnelle cherche généralement à accélérer le conflit pour mettre à profit sa prééminence. La supériorité militaire des forces armées américaines, par exemple, repose sur leur capacité de tirer parti des multiples possibilités d'accélération aux différents niveaux du combat. Dans un conflit symétrique, la victoire va

en général à la partie qui a le plus gros potentiel d'accélération et qui est capable de l'exploiter. Mao s'est soustrait à cette logique de l'accélération lorsqu'il luttait contre Tchang Kai-chek car son armée de

#### **E. 4**

Toutes les guerres, même entre Etats, sont asymétriques dans un certain sens, en particulier lorsqu'une grande puissance militaire comme les Etats-Unis mène une guerre ou lorsqu'une ou plusieurs armées disposant d'un armement de haute technologie luttent contre un adversaire mal équipé.

##### **E. 4.1**

Aspects fondamentaux Le droit international humanitaire est également appelé droit des conflits armés, droit international de la guerre ou jus in bello. Il s'applique aux conflits armés, que ceux-ci soient légaux ou non<sup>12</sup>. La question de la légalité de la guerre est réglée par

##### **E. 4.2**

Formes et effets de la conduite asymétrique de la guerre

###### **E. 4.2.1**

Asymétrie de la conduite des hostilités L'asymétrie dans les conflits, en particulier si elle est de nature technologique, peut amener l'une des parties à se sentir défavorisée si elle respecte les règles du droit international humanitaire. Les belligérants souffrant d'une forte infériorité technologique doivent répondre à deux questions de fond: comment survivre et comment combattre l'adversaire? Les exemples qui suivent montrent quand et comment le droit international humanitaire s'applique dans la pratique. Le meilleur moyen de survivre consiste à empêcher l'ennemi de localiser et d'identifier les troupes de l'adversaire. Cela peut se faire à l'aide de différentes techniques légales (p. ex. camouflage, ruses de guerre). Mais souvent, l'objectif est aussi de faire en sorte que l'adversaire ait du mal à distinguer les troupes de la population civile. A cet effet, les personnes participant aux hostilités se font passer pour des membres de la population civile pour bénéficier de son statut protégé (p. ex. en portant des vêtements civils) ou recherchent sciemment la proximité de personnes et de biens civils pour éviter que l'adversaire attaque. Ce comportement remet en cause le principe fondamental de la distinction entre les personnes participant et celles ne participant pas directement aux hostilités<sup>17</sup> et affaiblit son respect, exposant ainsi les personnes civiles à des dangers excessifs. Le fait de feindre d'avoir le statut de civil ou un autre statut protégé (p. ex. membre du personnel sanitaire ou religieux, parlementaire, membre de la protection civile ou de la protection des biens culturels, membre de l'ONU, ressortissant d'une puissance neutre) pour tuer, blesser ou capturer un adversaire constitue un acte de perfidie contraire au droit international humanitaire<sup>18</sup>. Bien que les combattants aient l'obligation générale de se distinguer de la population civile, ce qui se fait normalement par le port d'un uniforme, le non-respect de cette obligation n'est pas suffisant pour constituer en soi une violation du droit international humanitaire. En effet, les membres des forces armées qui participent à des hostilités dans le cadre d'un conflit armé international en étant habillés en civil et qui ne portent pas leurs armes ouvertement perdent leur statut de combattant<sup>19</sup>. Cela a comme conséquence que, s'ils sont faits prisonniers, ils peuvent être punis pour avoir participé aux hostilités en application du droit national de la partie adverse et ne sont pas réputés être des prisonniers de guerre (perte du privilège du combattant). Ils bénéficient toutefois au minimum de la protection prévue par les dispositions de l'art. 75 du premier

Protocole additionnel et de l'art. 3 commun aux Conventions de Genève, qui sont reconnues comme appartenant au droit international coutumier.

#### **E. 4.2.2**

Asymétrie des parties Une autre asymétrie régulièrement observée dans les conflits contemporains, où elle présente une acuité certaine, est celle des parties: les acteurs sont souvent multiples, comme l'illustre bien l'actuel conflit armé en Irak. Les hostilités impliquent non seulement les forces armées de la coalition, mais aussi les forces armées irakiennes, des entreprises militaires et de sécurité privées, des milices (comme l'Armée du Mahdi du chef chiite Moqtada al-Sadr), divers groupes d'insurgés irakiens et étrangers ainsi que des cellules terroristes. Cela pose naturellement la question du statut de ces acteurs au regard du droit international.

#### **E. 5**

Toni Pfanner, Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87, no 857, mars 2005, pp. 259 ss.

#### **E. 6**

Il ne s'agit pas d'un phénomène totalement nouveau.

#### **E. 7**

Cf. Toni Pfanner, *op. cit.* p. 269.

#### **E. 8**

Cf. David L. Grange, *Asymmetric Warfare: Old Method, New Concern*, [http://blackboard.jfsc.ndu.edu/html/jfscPublications/assets/docs/cam\\_grange.pdf](http://blackboard.jfsc.ndu.edu/html/jfscPublications/assets/docs/cam_grange.pdf).

5303 paysans aurait été incapable de gagner une guerre menée ainsi. Il a donc transformé les points faibles de son armée en points forts en recourant à la stratégie de la lenteur, décrivant la guérilla comme une guerre de longue haleine. Sa stratégie avait pour but de détecter les erreurs et les faiblesses de son adversaire et de les exploiter immédiatement à l'aide d'unités ou d'individus opérant par surprise. Il a appliqué ce concept de manière systématique pour frapper de manière ciblée, démoraliser et vaincre l'ennemi malgré des moyens inférieurs. Ainsi, la conduite asymétrique de la guerre repose entre autres sur la vitesse différente avec laquelle les belligérants conduisent la guerre, ou autrement dit l'asymétrie des points forts repose sur une capacité d'accélération supérieure à celle de l'adversaire, tandis que l'asymétrie des points faibles repose sur la volonté et la capacité de ralentir le conflit et d'accepter le nombre plus élevé de victimes qui en résulte normalement. De plus, l'asymétrie des points faibles conduit aujourd'hui à un déplacement délibéré de la zone de combat au sein de la population civile, de préférence dans des zones urbaines ou sur des terrains difficiles d'accès (jungle, montagne). Fréquemment, les objectifs qui sont visés sont des cibles plus faciles à attaquer et incluent des personnes protégées par le droit international (civils, membres des services sanitaires, organisations humanitaires internationales ou journalistes). La confrontation militaire classique et ouverte est systématiquement évitée. Les attaques contre les objectifs militaires revêtent souvent la forme de sabotages ou d'embuscades et il n'est pas rare qu'elles soient menées par des auteurs feignant d'avoir un statut protégé (p. ex. personne civile). Selon Steven Metz et Douglas Johnson, de l'US Army War College, l'asymétrie dans le domaine militaire

consiste à agir, à s'organiser et à réfléchir différemment de l'adversaire afin de maximiser ses propres avantages, de prendre l'initiative ou d'élargir sa marge de manœuvre<sup>10</sup>. L'armée de l'air américaine, par exemple, applique à dessein une doctrine de l'asymétrie, dont le but est d'exploiter ses propres forces et les faiblesses de l'adversaire et de mener des attaques contre des objectifs vulnérables de l'adversaire sans exposer ses propres soldats ni ceux de ses alliés à des risques inutiles<sup>11</sup>. 4 La conduite asymétrique de la guerre et le droit international humanitaire

#### **E. 9**

Cf. Herfried Münkler, *The Wars of the 21st Century*, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars 2003, vol. 85, no 849, pp. 8 et 9.

#### **E. 10**

*Asymmetry and U.S. Military Strategy: Definition, Background and Strategic Concepts* (US Army War College, Strategic Studies Institute, January 2001), <http://www.carlisle.army.mil/ssi/pubs/2001/asymmetry/asymmetry.htm>.

#### **E. 11**

Michael N. Schmitt, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, *International Humanitarian Law Facing new Challenges*, *Proceedings of a Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin 10/11 June 2005 (W. Heitschel v. Heinegg, ed.).

#### **E. 12**

Cf. par. 5 du préambule du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (RS 0.518.521).

5304 le jus ad bellum<sup>13</sup>. Du point de vue juridique, il faut donc distinguer le motif pour lequel une guerre est conduite et la manière dont elle est conduite. Cette distinction est fondamentale car elle permet d'éviter que des belligérants n'invoquent une légitimité morale ou religieuse ou l'accomplissement d'un but supérieur pour se placer au-dessus des règles du droit international humanitaire ou mener une guerre totale<sup>14</sup>. Le droit international humanitaire repose sur un équilibre entre les intérêts humanitaires et les intérêts militaires. Afin d'éviter la guerre totale et l'anéantissement de l'adversaire, les belligérants ne sont pas libres d'utiliser n'importe quels moyens et méthodes pour conduire la guerre. Le droit international humanitaire ne contient pas lui-même de définition des conflits armés asymétriques. Mais il est également applicable à ces conflits, que les acteurs (étatiques ou non étatiques) en respectent ou non les règles et qu'ils se considèrent ou non comme liés par celles-ci. Le droit international humanitaire ne s'adresse pas seulement aux Etats, il contient de nombreuses dispositions que les individus, y compris les civils, doivent respecter. Les sources principales du droit international humanitaire, hormis le droit international coutumier, sont les Conventions de Genève de 1949, qui ont été ratifiées par l'ensemble de la communauté internationale, et leurs deux Protocoles additionnels de 1977, le règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre<sup>15</sup> ainsi que plusieurs conventions limitant ou interdisant l'emploi d'armes spécifiques. La plupart des règles figurant dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels et de nombreuses règles portant sur la conduite des hostilités appartiennent désormais au droit coutumier et s'appliquent donc à tous. Certains principes élémentaires du droit international humanitaire sont énoncés, par exemple, à l'art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. La Cour internationale de justice a qualifié les

dispositions de l'art. 3 de «considérations élémentaires d'humanité» constituant une norme minimale applicable aux conflits armés, internationaux ou non<sup>16</sup>. L'un des principes fondamentaux du droit international humanitaire applicable aux conflits armés, internationaux ou non, veut que toutes les parties à un conflit armé fassent la distinction entre les personnes qui participent aux hostilités et les personnes qui n'y participent pas directement, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou toute autre cause. De plus, les personnes qui ne participent pas ou qui ont cessé de participer aux hostilités doivent être traitées avec humanité et ne doivent pas être soumises à des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, à des mutilations, à des tortures et à d'autres traitements cruels. Tous les individus qui prennent une part active à un conflit armé, qu'il soit interne ou international, sont tenus, quelle que soit leur nationalité, de respecter des règles minimales déterminées concernant la conduite de la guerre, qu'ils soient membres de forces armées, de milices ou de groupes armés non étatiques ou qu'ils soient des civils ayant pris les armes. Le même principe s'applique aux individus qui surveillent des personnes faites prisonnières lors d'un conflit armé.

#### **E. 13**

Ce droit est ancré notamment dans la Charte de l'ONU, à l'art. 2, al. 4, et dans le chap. VII, en particulier à l'art. 51 (RS 0.120).

#### **E. 14**

Cf. Toni Pfanner, *op. cit.* p. 159

#### **E. 15**

RS 0.515.112

#### **E. 16**

CIJ, *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, Rec. 1986, p. 14, par. 218, confirmé dans CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, par. 157.

5305

#### **E. 17**

Les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires; cf. art 48 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (RS 0.518.521).

#### **E. 18**

Cf. art. 37 du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521).

#### **E. 19**

Cf. art. 4, let. A, al. 2, de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42) (droit coutumier). L'art. 44, al. 3, du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521) a assoupli cette condition. C'est l'une des raisons pour lesquelles les Etats-Unis, et d'autres, n'ont pas encore ratifié ce Protocole (voir aussi note 36 en bas de page).

5306 L'utilisation des emblèmes de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge à des fins non prévues par les Conventions de Genève constitue également une violation du droit

international humanitaire<sup>20</sup>. Lors de nombreux conflits, comme par exemple le conflit armé de l'été 2006 au Liban, des personnes et des biens civils ont été mis en danger parce que des combattants en civil se sont mêlés à la population civile ou ont installé et utilisé des lance-roquettes dans des habitations. Le recours délibéré à de telles tactiques est en contradiction flagrante avec l'obligation que le droit international humanitaire impose à toute partie à un conflit de prendre les mesures de précaution nécessaires pour protéger les objets concernés<sup>21</sup>. L'utilisation de boucliers humains constitue une violation grave du droit international humanitaire<sup>22</sup>. L'utilisation abusive et intentionnelle de biens civils (bâtiments religieux, hôpitaux, biens culturels) pour y protéger des objectifs militaires et y installer une base de combat est interdite et elle est considérée comme une violation grave du droit international humanitaire<sup>23</sup>. Une autre technique de guerre asymétrique utilisée de plus en plus fréquemment est l'attentat-suicide ou l'attentat direct contre la population civile. Les attentats-suicides, perpétrés par des combattants contre des objectifs militaires, comme les kamikazes japonais de la 2e guerre mondiale, ne sont pas contraires au droit international humanitaire. Dans les conflits armés actuels, toutefois, les attentats-suicides sont souvent commis contre des personnes ou des objets civils par des groupes rebelles ou d'autres groupes armés non étatiques, ce qui constitue une grave violation du droit international humanitaire. On peut citer comme exemple les attentats-suicides contre l'ONU et le CICR en Irak ou encore les nombreux attentats-suicides perpétrés dans des marchés, des mosquées ou des écoles dans différents conflits. Ces attaques visent, entre autres, à empêcher les organisations internationales d'être présentes et de travailler dans une zone de conflit, à compliquer leur intervention, ou encore à affaiblir le soutien de la population concernée en faveur de la guerre.

#### **E. 20**

Lors de la troisième guerre du Golfe, p. ex., les troupes irakiennes ont souvent employé des ambulances pour attaquer leurs adversaires; cf. Michael N. Schmitt, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, p. 24.

#### **E. 21**

Cf. art. 58, let. b, du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521) et 13, al. 1, du deuxième Protocole additionnel (RS 0.518.522).

#### **E. 22**

Cf. art. 28 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (RS 0.518.51) et 51, al. 7, du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521).

#### **E. 23**

Cf. Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1), art. 8, al. 2, let. b, ch. xxii et xxiv.

5307 Dans les conflits armés internationaux, on établit la distinction entre les combattants et les personnes civiles. Les combattants sont autorisés à participer directement aux hostilités, c'est-à-dire aux combats<sup>24</sup>. Ils ne peuvent pas être punis pour avoir participé aux hostilités même s'ils tuent un adversaire; c'est ce que l'on appelle le privilège du combattant. Ils doivent en outre être traités en prisonniers de guerre s'ils sont capturés par l'ennemi. Le droit international humanitaire établit des critères pour déterminer si une personne peut ou non bénéficier du statut de combattant. Les membres des forces armées des parties au

conflit sont l'exemple même du combat- tant<sup>25</sup>. Mais, c'est également le cas des forces armées non régulières, comme par exemple les partisans, les guérilleros ou les mouvements de résistance, pour autant qu'ils appartiennent à l'une des parties au conflit (c.-à-d. qu'ils aient au moins une relation de facto avec l'un des Etats parties au conflit) et qu'ils remplissent les conditions imposées par le droit international humanitaire coutumier, comme porter leurs armes ouvertement, arborer un signe distinctif (généralement un uniforme) et mener leurs opérations dans le respect du droit international humanitaire<sup>26</sup>. Les personnes qui n'entrent pas dans cette catégorie doivent être considérées comme des civils. C'est le cas entre autres des membres de groupes armés non étatiques, qui n'appartiennent à aucune des parties à un conflit armé international. Les civils jouissent d'une protection générale contre les dangers découlant des actes de guerre, en particulier les attaques directes, aussi longtemps qu'ils ne participent pas directement aux hostilités<sup>27</sup>. La participation aux hostilités en tant que telle ne constitue pas une violation du droit international humanitaire, mais elle fait perdre la protection que celui-ci accorde aux civils contre les attaques directes, c'est-à-dire que les personnes concernées peuvent être visées et tuées pendant le combat. S'ils sont capturés, par contre, ces civils conservent la protection de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ou les garanties minimales du droit coutumier codifiées à l'art. 75 du premier Protocole additionnel. Contrairement aux prisonniers de guerre n'ayant pas perpétré de crimes de guerre, les civils qui ont participé directement aux hostilités peuvent être traduits devant un tribunal (civil ou militaire) statuant en vertu du droit national et ainsi être punis pour les actes commis pendant le conflit, par exemple pour des meurtres ou des lésions corporelles<sup>28</sup>. On peut citer comme exemple l'attaque commise en juin 2006 par des militants palestiniens armés contre un poste frontière de l'armée israélienne et des soldats israéliens. Cette attaque ne constitue pas une violation du droit international humanitaire car elle visait un objectif militaire légitime et a eu lieu dans le cadre de l'occupation prolongée du territoire palestinien par Israël. La capture d'un soldat israélien au cours de cette opération n'est pas non plus contraire en soi au droit international humanitaire. En effet, celui-ci n'exclut pas que des membres des forces armées soient faits prisonniers, dans le cadre d'hostilités, par des civils participant

#### **E. 24**

Art. 43, al. 2, du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521).

#### **E. 25**

Voir l'art. 4 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42) ainsi que les art. 43 et 44 du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521).

#### **E. 26**

Dans les dispositions du premier Protocole additionnel, ces conditions ne représentent plus des éléments constitutifs des «forces armées», mais des obligations à respecter par ces dernières. C'est l'un des raisons principales pour lesquelles les Etats-Unis n'ont pas ratifié le premier Protocole additionnel (RS 0.518.521).

#### **E. 27**

Cf. art. 51, al. 3, du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521).

#### **E. 28**

Lire sur le fond Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 27 ss.

5308 directement aux hostilités ou par des groupes armés<sup>29</sup>. Israël pourrait cependant traduire les responsables de cet acte devant une cour pénale nationale pour séquestration et enlèvement. Le droit international humanitaire ne prévoit pas de statut particulier de combattant ou de prisonnier de guerre dans les conflits armés non internationaux. Les acteurs non étatiques qui participent aux conflits de ce type sont des personnes civiles. Ils sont protégés tant qu'ils ne prennent pas directement part aux hostilités<sup>30</sup>. Il en découle que les membres de groupes armés organisés qui assument des fonctions militaires de manière permanente perdent cette protection pendant la durée de leur activité au sein du groupe. Mais la participation au conflit ne constitue pas une violation du droit international humanitaire. De nombreuses règles applicables aux hostilités lors des conflits armés internationaux, sinon la majorité, sont considérées comme des normes de droit coutumier et s'appliquent donc également aux conflits non internationaux<sup>31</sup>. Les groupes armés non étatiques sont également liés par ces règles. Ils doivent donc à tout moment faire la distinction entre objectifs militaires et biens civils. Les attaques perpétrées par ces groupes contre des objectifs militaires ne sont pas contraires au droit international humanitaire. Mais leurs auteurs peuvent être punis en vertu du droit national de l'Etat concerné. Alors que les Etats qui s'affrontent dans un conflit armé international sont le plus souvent perçus comme étant les détenteurs de la légalité et de la légitimité, cette légitimité est généralement déniée aux parties au conflit non étatiques, notamment dans les conflits armés internes, et tout spécialement dans la lutte contre le terrorisme. Cela ne justifie pas que les opposants soient poursuivis avec une violence extrême, en violation du droit humanitaire. Les groupes armés non étatiques sont considérés comme visés par les principes du droit international humanitaire, sans que l'on puisse en déduire qu'ils possèdent une quelconque légitimité<sup>32</sup>. Le fait est, cependant, que souvent ces acteurs ne respectent pas les règles du droit international humanitaire. Par conséquent, il arrive régulièrement que les parties étatiques aux conflits ne se sentent plus liées par ces règles, que ce soit dans les conflits internationaux ou dans les conflits internes. Mais les comportements non conformes de l'adversaire ne peuvent pas être invoqués pour justifier des comportements contraires au droit international humanitaire. Qui plus est, le non-respect des engagements du droit international humanitaire par les Etats peut contribuer à fragiliser davantage le respect de ces engagements par les acteurs non étatiques.

#### **E. 29**

De même, le fait que des revendications ont été présentées ultérieurement au gouvernement israélien ne fait pas nécessairement de cette capture une prise d'otage illégale. Mais en vertu du droit coutumier, le prisonnier doit toujours être traité avec humanité.

#### **E. 30**

Cf. art. 13, al. 3, du deuxième Protocole additionnel (RS 0.518.522).

#### **E. 31**

Une étude du CICR présente une synthèse des normes coutumières du droit international humanitaire:

[http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/section\\_ihl\\_customary\\_humanitarian\\_1aw?OpenDocument](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/section_ihl_customary_humanitarian_1aw?OpenDocument).

## E. 32

Cf. art. 3, al. 4, commun aux Conventions de Genève (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51).

5309 5 Développement normatif du droit international humanitaire Le droit et les lois sont toujours une réaction à l'environnement auquel ils s'appliquent. Normalement, le législateur réagit aux évolutions de la société en adaptant le droit existant ou en créant des nouvelles normes. Cela est vrai aussi du droit international public. Dans le domaine humanitaire, on voit particulièrement bien comment la communauté internationale a réagi aux changements de la nature des conflits. Le Protocole de 1925 prohibant l'emploi de gaz asphyxiants et la Convention de Genève de 1929 réagissaient à l'utilisation de gaz toxiques et au traitement des prisonniers de guerre pendant la Première guerre mondiale. L'ampleur, inégalée jusque-là, des souffrances infligées à la population civile pendant la Deuxième guerre mondiale a conduit à la Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre; les Protocoles additionnels de 1977 tirent en partie leur origine des guerres nationales de libération des années 60 et 70 du siècle dernier. Plus récemment, et en particulier, depuis les attentats terroristes du 11 septembre 2001 et la «guerre contre la terreur» déclenchée par les Etats-Unis en réaction à ces événements, des voix s'élèvent régulièrement pour demander l'adaptation du droit international humanitaire. De plus, la question se pose aussi car les conflits armés actuels se caractérisent par une grande complexité, ce sont en majorité des conflits internes impliquant des acteurs non étatiques; de nouvelles «catégories de combattants» apparaissent, comme les membres d'entreprises de sécurité privées ou de groupes terroristes transnationaux, ainsi que de nouvelles formes de combat, comme les attaques informatiques. Le droit international humanitaire repose sur l'équilibre entre les intérêts humanitaires et les intérêts militaires. Les évolutions décrites conduisent à une déstabilisation croissante de l'équilibre qui existait jusque là. A l'instar de toute loi ou convention entre les Etats, le droit international humanitaire n'est pas parfait. Les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, comme d'autres traités internationaux pertinents, ont été adoptés par les Hautes Parties contractantes lors de conférences diplomatiques; il a donc fallu faire des compromis et les considérations politiques ont joué un rôle. La controverse survenue pendant la conférence de 1974–1977 sur les guerres nationales de libération et la question de savoir si, et à quelles conditions le statut de combattant pouvait être accordé aux membres de mouvements de libération en est un bon exemple. Le compromis finalement trouvé à ce sujet (art. 44 du premier Protocole additionnel) est la limite extrême du développement possible à l'époque. Cette disposition est une des causes pour lesquelles les Etats-Unis et d'autres pays n'ont toujours pas ratifié le premier Protocole additionnel. Les divergences d'opinion exprimées lors de la conférence diplomatique au sujet de la portée de la notion de combattant, et donc d'une méthode fondamentale utilisée dans la guérilla<sup>33</sup>, sont toujours d'actualité. Les droits et les devoirs que les acteurs non étatiques ont, ou devraient avoir, reviennent régulièrement dans les discussions. Ce sujet est directement lié à la question de ce qui incite ces acteurs à respecter le droit international humanitaire et comment on pourrait l'améliorer. Les civils qui prennent directement part à des hostilités perdent une partie de la protection que le droit international humanitaire leur confère, à

## E. 33

Dissimulation de l'intention de combattre jusqu'au moment de l'utilisation des armes.

5310 savoir la protection contre les attaques dirigées contre eux. De plus, ils peuvent être jugés et condamnés par le droit national pour leur seule participation aux hostilités, y compris pour des attaques contre des objectifs militaires, un acte que le droit international humanitaire n'interdit pas. Cependant, en ce qui concerne les conflits armés non internationaux, le droit international humanitaire invite les Etats à accorder, après la fin des hostilités, une amnistie aussi étendue que possible aux personnes ayant participé au conflit armé dans la mesure où elles n'ont pas commis de crimes de guerre<sup>34</sup>. Ainsi, bien que les deux parties à un conflit armé aient en principe les mêmes droits et devoirs, les acteurs armés non étatiques sont néanmoins dans une position défavorable. La tendance actuelle à qualifier, en bloc et souvent à tort, tous les acteurs non étatiques de terroristes et leurs actions d'actes terroristes sape encore plus leur volonté de respecter le droit international humanitaire. Les Etats-Unis, et d'autres, estiment que le droit international humanitaire doit s'appliquer aux nouvelles formes de violence telles que le terrorisme transnational. Mais, les tenants de cette opinion doivent également reconnaître que les attaques menées contre leurs objectifs militaires et les dommages civils collatéraux proportionnés ne sont pas interdits par le droit international humanitaire. Les Etats-Unis arguent que le droit international humanitaire n'est plus adapté à ce nouveau type de conflit car il ne s'agit pas d'un conflit armé interétatique, ni d'un conflit armé interne se déroulant sur le territoire d'un Etat. Selon les Etats-Unis, le droit international humanitaire doit donc être transformé en instrument applicable principalement à la lutte contre le terrorisme international et plus particulièrement transnational. Le problème fondamental, c'est que l'on tente d'appliquer le droit international humanitaire à une situation pour laquelle il n'a jamais été prévu. En effet, ce dernier est applicable uniquement lorsque des actes terroristes sont d'une telle ampleur que cela leur confèrent le caractère d'un conflit armé ou ont lieu dans le cadre d'un conflit armé, comme c'est le cas en Afghanistan et en Irak. Etant donné que la plupart des activités de prévention ou de répression d'actes terroristes ne se déroulent pas dans le cadre d'un conflit armé, il faut analyser chaque situation afin de déterminer si le droit international humanitaire est applicable. On ne peut pas non plus appliquer sélectivement à une situation certaines règles du droit international humanitaire et pas à d'autres. Dans les circonstances politiques actuelles, l'ouverture de négociations en vue de développer le droit international humanitaire comporte le risque que des Etats cherchent à profiter de l'occasion pour affaiblir leurs devoirs et les droits des opposants plutôt que de les renforcer. La controverse actuelle sur la catégorie de combattants

#### **E. 34**

Cf. art. 6, al. 5, du deuxième Protocole additionnel (RS 0.518.522).

5311 créée par les Etats-Unis, les «combattants ennemis illégaux»<sup>35</sup>, illustre ce risque de manière flagrante. En effet, les Etats-Unis revendiquent le droit de détenir ces personnes pour une durée indéterminée et les empêchent de contester en justice la légalité de leur mise en détention. En outre, tout nouveau traité de droit international humanitaire ne lie que les Etats qui le ratifient. Or, les Etats-Unis et d'autres pays n'ont toujours pas ratifié le premier Protocole additionnel. Par ailleurs, le principe inhérent au droit international humanitaire selon lequel tous les belligérants ont les mêmes devoirs et les mêmes droits quelle que soit leur légitimité effective ou acceptée risquerait d'être remis en cause. Il n'est donc pas sûr que certains Etats acceptent l'idée même d'un nouveau traité qui accorderait certains droits aux acteurs non étatiques. Il est encore moins sûr que les acteurs non étatiques acceptent mieux de nouvelles normes étant donné que des organisations comme Al-Qaïda refusent

déjà de respecter le droit en vigueur. En cas de révision du droit international humanitaire, les Etats en situation de supériorité technologique pourraient être tentés d'élargir la définition des objectifs militaires ou d'assouplir l'interdiction des représailles contre la population civile ou des biens civils afin d'être en mesure de réagir aux violations du droit commises volontairement par leurs adversaires<sup>36</sup>. Etant donné ce qui précède, il est peu probable que des règles cruciales, comme les règles concernant les objectifs militaires et le principe de la proportionnalité ou les règles relatives à la conduite de la guerre, puissent être développées de manière à améliorer le respect du droit international humanitaire. A l'heure actuelle, le développement des normes du droit international humanitaire dans ces domaines paraît voué à l'échec en raison des risques précités. Il existe cependant des domaines dans lesquels les normes du droit international humanitaire ont évolué récemment sur certains points ou dans lesquels des efforts concrets de développement ponctuel sont en cours. Ainsi, la Suisse a participé activement aux négociations sur le deuxième Protocole facultatif de 1999 relatif à la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé<sup>37</sup>, le Protocole facultatif de 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés<sup>38</sup> ou le Protocole de 2003 relatif aux restes explosifs de guerre à la Convention sur l'interdiction ou la limita-

### **E. 35**

La notion controversée de «combattant ennemi illégal» que l'administration américaine a instaurée après le 11 septembre 2001, n'est pas reconnue en droit international. Elle désigne les personnes dont on pense qu'elles appartiennent à un groupement terroriste ou qui sont en relation avec un groupement terroriste et qui ont été emprisonnées au nom de la «guerre mondiale contre le terrorisme» (global war on terror). L'administration américaine fait valoir que ces prisonniers ne sont protégés ni par la troisième, ni par la quatrième Convention de Genève. Ce n'est pas exact. Les personnes qui sont faites prisonnières lors d'un conflit armé international soit entrent dans le champ d'application de ces deux traités, soit bénéficient des garanties minimales accordées par le droit coutumier (art. 75 du premier Protocole additionnel (RS 0.518.521) et art. 3 commun aux Conventions de Genève (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51). ainsi que par les droits de l'homme. Les personnes qui sont faites prisonnières lors de conflits armés non internationaux bénéficient de la protection de l'art. 3 commun aux Conventions de Genève, des garanties minimales figurant dans le deuxième Protocole additionnel (RS 0.518.522) et de la protection des droits de l'homme.

### **E. 36**

Aujourd'hui déjà, les Etats-Unis ne reconnaissent pas l'interdiction des représailles contre la population civile et la Grande-Bretagne a émis une réserve à ce sujet lorsqu'elle a ratifié le premier Protocole additionnel (RS 0.518.521).

### **E. 37**

RS 0.520.33

### **E. 38**

RS 0.107.1

5312 tion de l'emploi de certaines armes classiques<sup>39</sup>. La Suisse milite également pour une réglementation internationale contraignante concernant les sous-munitions, à travers laquelle il serait possible d'aborder les problèmes humanitaires que posent certains types de

sous-munitions et leur utilisation. 6 Alternatives au développement normatif du droit international humanitaire Les défis que doit relever le droit international humanitaire, et que nous venons de présenter, ont fait l'objet d'analyses par des experts gouvernementaux, des universitaires et des spécialistes de différentes organisations<sup>40</sup>, comme le CICR<sup>41</sup> et des organisations non gouvernementales, réunis dans différentes enceintes. Ces discussions ont abouti à la conclusion générale que le droit international humanitaire en vigueur offre un cadre adapté aux conflits armés actuels et aux défis qui en résultent. En effet, les problèmes se posent moins au niveau du droit en vigueur qu'au niveau du respect et de l'application voire de l'interprétation de certaines règles dans des situations spécifiques. Le principal défi à relever consiste à assurer un meilleur respect du droit international humanitaire et à garantir la protection des populations civiles. Il faut notamment veiller à ce que les «terroristes» et les «combattants ennemis illégaux» ne soient pas considérés comme privés de droits et bénéficient eux aussi de la protection que leur confèrent le droit international humanitaire et les droits de l'homme. L'insuffisance du respect des règles du droit international humanitaire est souvent le résultat de l'absence de volonté ou de capacité politique des Etats et des groupements armés d'honorer leurs obligations juridiques (obligations parfois mal connues). La sensibilisation des groupes armés non étatiques à leurs responsabilités en ce qui concerne le respect des règles et des principes du droit international humanitaire est un aspect de plus en plus important des activités de la Suisse. Il faut en outre préciser certaines règles du droit international humanitaire et leur application dans des situations données. La Suisse soutient ou participe à différentes rencontres d'experts à cet effet. Elle a également pris des initiatives à ce sujet, dont on ne citera ici que les plus importantes: – Le CICR organise depuis 2003 un séminaire annuel sur la «participation directe aux hostilités», auquel participent des représentants du DFAE et du DDPS. L'objectif est de définir quels sont les actes qui relèvent de cette participation, quels sont ceux qui n'en relèvent pas et quels sont, enfin, les actes difficiles à classer en raison de leur ambiguïté. Ce séminaire débouchera vraisemblablement sur un manuel d'interprétation illustré par des exemples concrets.

### **E. 39**

RS 0.515.091.4

### **E. 40**

Lire l'avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève, avis no 245/2003 du 13 décembre 2003.

### **E. 41**

Cf. rapport du CICR à la XXVIIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (2003), Le Droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains, 03/IC/09.

5313 – Avec le Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (HPCR), la Suisse a organisé depuis 2003 trois réunions informelles d'experts de haut niveau pour analyser les défis actuels dans le domaine du droit international humanitaire. Le but était d'identifier les principaux défis juridiques que posent l'interprétation et l'application du droit international humanitaire dans les conflits contemporains et d'envisager les possibilités qui s'offrent pour y réagir le mieux possible. Ont participé à ces rencontres des experts gouvernementaux, des universitaires et des représentants de l'ONU, de l'UE et du

CICR. Parmi les thèmes que les experts ont jugé utile d'approfondir par des recherches ou lors de réunions spécifiques figuraient la définition des objectifs militaires, la conduite de la guerre aérienne et le régime d'occupation. La troisième réunion a eu lieu en mai 2006 à Montreux. Ce processus est soutenu par un portail de recherche sur Internet ([www.ihlresearch.org](http://www.ihlresearch.org)). – La Suisse participe activement et apporte un soutien financier aux travaux d'un groupe international d'experts chargé d'élaborer un manuel sur la conduite de la guerre aérienne et l'utilisation de roquettes, un projet dirigé par le HPCR. Les dernières règles en la matière ont été élaborées par une commission de juristes en 1923 (Draft Rules on Air Warfare). Etant donné les progrès technologiques énormes réalisés dans ce domaine, il a semblé qu'il était grand temps de consigner dans un manuel<sup>42</sup> les dispositions du droit international humanitaire (notamment le droit coutumier codifié dans le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève) applicables à la guerre aérienne et à l'utilisation de roquettes, sous la forme de règles complétées par un commentaire. La deuxième réunion a eu lieu en septembre 2004 à Lucerne et la cinquième réunion s'est tenue en décembre 2006 à Spiez. Les travaux devraient être achevés en 2008. – Lors de la XXVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la Suisse, la Suède et la Finlande ont promis de lancer un processus international en vue de d'examiner l'applicabilité du droit international humanitaire aux attaques informatiques (computer network attacks, CNA). Une première réunion d'experts organisée par la Suède a eu lieu en décembre 2004. Les experts sont arrivés à la conclusion que les attaques informatiques n'étaient pas illicites en soi, mais que certaines pourraient représenter une violation du droit international humanitaire. La Suisse va organiser une deuxième réunion d'experts en vue de répondre aux questions en suspens. – Le 2 décembre 2005, le Conseil fédéral a chargé le DFAE de lancer, en coopération avec le CICR, un dialogue interétatique portant notamment sur la manière de garantir et de promouvoir le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme par les Etats et les entreprises militaires et de sécurité privées dans les zones de conflits. Il s'agit d'une part de préciser et de renforcer les obligations internationales des Etats et des acteurs privés. Ces obligations feront d'autre part l'objet de recommandations et de directives destinées à aider les Etats à assumer leurs responsabilités dans la mise

#### **E. 42**

Les travaux s'inspirent du «Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer», publié dans la Revue internationale de la Croix-Rouge no 816, novembre-décembre 1995.

5314 en œuvre du droit international humanitaire et des droits de l'homme, notamment en les transposant dans leur droit national. Une première réunion d'experts gouvernementaux, de représentants d'entreprises de sécurité militaire et d'autres spécialistes a eu lieu en janvier 2006 à Küsnacht, suivie d'une rencontre en novembre dernier à Montreux. D'autres réunions sont prévues<sup>43</sup>. – La Suisse contribue activement à la diffusion de l'étude du CICR sur le droit coutumier humanitaire. Cette étude a montré que la majorité des règles en vigueur concernant la conduite de la guerre dans les conflits armés internationaux sont des normes de droit coutumier, qui s'appliquent donc également aux conflits armés non internationaux. La Suisse a organisé l'année passée une première rencontre d'experts gouvernementaux des Etats membres du Conseil de partenariat euro-atlantique (CPEA) et du Partenariat pour la Paix (PPP). Une deuxième rencontre expressément destinée aux membres des forces armées de ces Etats a eu lieu en février 2007. – L'armée suisse met ses

connaissances et son expérience au service de la communauté internationale. En organisant des séminaires de formation dans le cadre du CPEA et de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), elle contribue à faire connaître le droit international humanitaire. Un séminaire a eu lieu à Sursee sur le rôle central du commandant; il est organisé une année sur deux en alternance avec le séminaire consacré au code de comportement de l'OSCE<sup>44</sup>. L'armée suisse a également produit un cédérom de formation sur le droit international humanitaire, qui a été traduit dans 13 langues. – La Suisse soutient un projet de recherche mené conjointement par l'Institut universitaire de hautes études internationales (HEI) de Genève et le HPCR sur les défis politiques et juridiques posés par les groupes armés non étatiques. – Depuis 2004, la Suisse conduit un processus de réflexion sur le rôle des Etats dans l'universalisation de l'interdiction des mines antipersonnel. Ce processus a abouti à un document de travail qui formule des propositions concrètes pour mettre en œuvre l'action 46 du Plan d'action de Nairobi, laquelle prévoit des opérations anti-mines dans les zones qui ne sont plus sous contrôle étatique. – La Suisse soutient, à travers l'ONG Geneva Call, des efforts visant à convaincre les groupes armés non étatiques de renoncer à l'utilisation de mines antipersonnel. – Dans le cadre de son action de transformation des conflits, la Suisse est en contact direct ou indirect avec des représentants de groupes armés non étatiques. Elle met ces contacts à profit pour aborder la question de l'accès humanitaire à la population civile et de la protection de cette dernière. – En ce qui concerne les enfants dans les conflits armés, la Suisse participe activement, au niveau multilatéral, à la formulation de la politique de travail avec les groupes armés.

#### **E. 43**

Pour en savoir plus: [www.eda.admin.ch/psc](http://www.eda.admin.ch/psc).

#### **E. 44**

Pour en savoir plus, consulter le site du DDPS à l'adresse VBS [www.loac.ch](http://www.loac.ch).

5315 7 Conclusions Le droit international humanitaire en vigueur offre un cadre adapté aux conflits armés contemporains et aux défis qui en résultent. Un développement général des normes du droit international humanitaire par la voie conventionnelle n'est ni nécessaire ni réaliste dans le contexte politique actuel. Cette démarche présenterait au contraire le danger que certains Etats s'en saisissent pour affaiblir leurs obligations et les droits des acteurs non étatiques. Toute révision des Conventions de Genève comporte le risque de fragiliser le droit international humanitaire en vigueur. Il faut donc avant tout s'efforcer de bonne foi de respecter les règles existantes et s'engager pour qu'elles soient respectées par toutes les parties à des conflits. Le grand défi politique, juridique et moral consiste à trouver des manières de gérer les nouvelles formes de violence tout en conservant les normes de protection prévues en particulier par le droit international et le droit international humanitaire. Forte de sa tradition humanitaire et de ses engagements en tant que Haute Partie contractante des Conventions de Genève, la Suisse s'engage et continuera de s'engager en faveur du droit international humanitaire.

5316

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilités de développement In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2007 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 30 Cahier Numero Geschäftsnummer --- Numéro

d'affaire Numero dell'oggetto Datum 24.07.2007 Date Data Seite 5301-5316 Page Pagina  
Ref. No 10 140 798 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden  
durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la  
Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati  
elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale  
svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.