

# I

## La protection des civils dans les nouvelles configurations conflictuelles : retour au droit des gens ou dépassement du droit international humanitaire?

par

GREGORY LEWKOWICZ<sup>1</sup>

C'est une rengaine usée : les conflits armés ne sont plus ce qu'ils étaient. Ce vieux refrain appartient au moins depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle aux vérités toutes prêtes qu'on s'échange, telle une pièce de monnaie, sans plus s'enquérir de leur valeur. Toutefois, en une vingtaine d'années, ce qui s'apparentait autrefois à un constat d'une navrante banalité est devenu l'objet d'un débat académique soutenu au sein de toutes les disciplines qui prennent la guerre comme sujet d'étude. D'aucuns annoncent la disparition pure et simple de celle-ci au profit de formes inédites de violence<sup>2</sup>.

1. FNRS, Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université Libre de Bruxelles (ULB). L'auteur tient à remercier Jörg Krempel, chercheur à l'Institut Magna Carta, pour les premières recherches qu'il a réalisées en vue de la préparation de cette contribution.

2. GROS, F., *Etats de violence. Essai sur la fin de la guerre*, Paris, Gallimard, 2006. Voir, dans le même sens, MUELLER, J.E., *The Remnants of War*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.

D'autres préfèrent diagnostiquer une «*perte de sens*» générale des distinctions classiques structurant le monde politique et social, qu'il s'agisse de la guerre et de la paix, de l'intérieur et de l'extérieur ou encore du public et du privé<sup>3</sup>. A en croire ces propositions, les conflits armés subiraient actuellement une transformation d'une telle amplitude qu'il ne serait plus possible de repousser le moment d'une interrogation approfondie à leur égard. Cette dernière s'est développée sous la thèse, d'apparence modeste, de l'émergence de «*guerres nouvelles*»<sup>4</sup>.

Réduite à sa plus simple expression, cette thèse, qui prend son origine dans le monde universitaire allemand<sup>5</sup>, prétend que, sous l'effet de la mondialisation, les conflits armés contemporains ne correspondraient plus à ceux d'hier tant du point de vue des objectifs poursuivis par les parties que des méthodes qu'elles mettent en œuvre ou de leurs modes de financement. L'enjeu de ces nouveaux conflits ne serait en effet plus ni la conquête du pouvoir étatique ni l'indépendance politique. Le déroulement des opérations serait marqué par l'intervention d'une multiplicité d'acteurs, publics et privés, plus ou moins bien organisés, qui adopteraient des stratégies destinées à faire régner la terreur au sein des populations. Enfin, du point de vue du mode de financement, les parties à ces nouveaux conflits dépendraient largement de pillages, d'exploitation des ressources naturelles et de

3. HASSNER, P., *La terreur et l'empire. La violence et la paix II*, Paris, Seuil, 2003, p. 121.

4. Voir *inter alia* au sein d'une littérature abondante : CHALIAND, G., *Le nouvel art de la guerre*, Paris, L'Archipel, 2008 ; DUFFIELD, M., *Global Governance and the New Wars: The Merging of Development and Security*, London, Zed. Books, 2001 ; DUYVESTYEN, I., ANGSTROM, J., (ed.), *Rethinking the Nature of War*, Londres, Routledge, 2005 ; HOFFMAN, P.J., WEISS, Th.G., *Sword and Salve: Confronting New Wars and Humanitarian Crises*, Lahnham, Rowman & Littlefield, 2006 ; KALDOR, M., *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, Stanford University Press, 2007 ; MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles*, Paris, Alvik, 2003 ; SMITH, R., *The Utility of Force. The Art of War in the Modern World*, New York, Vintage Books, 2007 ; VAN CREFELD, M., *The Transformation of War*, New York, The Free Press, 1991.

5. Sur les conditions d'émergence de cette thèse, voir BRZOSKA, M., «*New Wars' Discourse in Germany*», *Journal of Peace Research*, vol. 41, 2004, pp. 107-117.

moyens financiers accessibles grâce à des connexions avec le crime organisé transnational<sup>6</sup>. Bref, selon les partisans de la thèse des *guerres nouvelles*, les conflits contemporains ne rencontreraient plus qu'accidentellement les caractéristiques du phénomène social que nous avons l'habitude de désigner par le terme «*conflit armé*».

Comme toute thèse qui prétend à la nouveauté, son bien fondé a été largement critiqué<sup>7</sup>. Pourquoi en effet parler de *nouvelles guerres* alors que chacun y reconnaîtra les traits caractéristiques de ce qui a été pratiqué et théorisé depuis longtemps sous les termes de *guerres de guérilla* et de *pratiques insurrectionnelles*<sup>8</sup>? Ne s'agit-il pas simplement du nouveau nom donné aux *conflits de basse intensité* pensés dès 1962 par Trinquier<sup>9</sup> et dénommés ainsi par Kitson<sup>10</sup> en 1971? En d'autres termes, ne faut-il pas reconnaître que les théoriciens des *nouvelles guerres* s'inscrivent en réalité dans la droite ligne des travaux menés depuis la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle sur les conflits armés et en profiter, par la même occasion, pour ranger leurs prétentions à la nouveauté dans le tiroir bien rempli des effets de mode scientifique?

Un tel geste ne serait possible que si le débat autour des *guerres nouvelles* n'était pas attendu. Or, depuis une vingtaine d'années, aussi bien les spécialistes des sciences juridiques<sup>11</sup> que

6. Pour l'ensemble de ces caractéristiques, voir notamment KALDOR, M., *op. cit.*, pp. 72-118 ; MÜNKLER, H., *op. cit.*, pp. 13-55.

7. Voir *inter alia* DERRIENNIC, J.P., «*Quelle est la nouveauté des 'nouvelles guerres'*», *Revue des sciences sociales*, vol. 37, pp. 128-137 ; HENDERSON, E.A. et SINGER, D.J., «*'New Wars' and Rumors of 'New Wars'*», *International Interactions*, vol. 28, 2002, pp. 165-190 ; KAHL, M. et TEUSCH, U., «*Sind die 'neuen Kriege' wirklich neu?*», *Leviathan*, vol. 32, 2004, pp. 382-401 ; KALYVAS, S.N., «*'New' and 'Old' Civil Wars - A Valid Distinction?*», *World Politics*, vol. 54, 2001, pp. 99-108 ; NEWMAN, E., «*The 'New Wars' Debate: A Historical Perspective is Needed*», *Security Dialogue*, vol. 35, 2004, pp. 173-189.

8. Voir notamment HOLLIDAY, S.C., DABEZIES, P.C., *Irregular Warfare in a Nutshell*, Kansas, Fort Leavenworth, 1962.

9. TRINQUIER, R., *La guerre moderne*, Paris, La table ronde, 1961.

10. KITSON, F., *Low Intensity Operations: Subversion, Insurgency and Peacekeeping*, Londres, Faber & Faber, 1971.

11. Voir, pour nous en tenir à la littérature francophone, *inter alia*, CHEMILLIER-GENDREAU, M. et MOULIER-BOUTANG, Y. (ed.), *Le droit dans la mondialisation: une perspective critique*, Paris, PUF, 2001 ; LOQUIN, E. et

ceux des sciences sociales en général<sup>12</sup> soulignent les transformations profondes de l'Etat sous l'effet de la mondialisation. Il aurait été imprudent de croire que l'usage de la force et le monopole dont il semblait devoir faire l'objet ferait exception<sup>13</sup>. Certes, les théoriciens des *guerres nouvelles* s'inscrivent dans le sillage des études menées antérieurement sur les évolutions des conflits armés. Certes, certains leur reprocheront de mélanger dans leurs analyses des phénomènes relevant à première vue de catégories différentes tels que les revendications identitaires, le développement des compagnies militaires privées<sup>14</sup> et le terrorisme international<sup>15</sup>. Ils ont toutefois le mérite d'avoir rassemblé sous un concept unique les bases d'un débat sur les transformations des conflits armés en contexte de mondialisation. Ce débat était attendu, il a lieu actuellement.

L'internationaliste pourrait néanmoins estimer que les transformations factuelles des conflits auxquelles les théoriciens des *guerres nouvelles* s'attachent ne le concernent pas ou peu. Après tout, un conflit armé n'est pas tant un phénomène *per se* qu'une qualification juridique entraînant certaines conséquen-

KESSEDIAN, C., *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000; MOCKLE, D. (ed.), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002; MORAND, CH.-A., (ed.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001; SALAH, M.M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002.

12. HELD, D., MCGREW, A.G., (ed.), *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, Cambridge, Polity Press, 2002.

13. Sur la remise en cause du monopole de l'usage de la force et la privatisation de la guerre, voir en particulier EPPLER, E., *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt? Die Privatisierung und Kommerzialisierung der Gewalt*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2002 ainsi que MÜNKLER, H., «Clausewitz and the Privatization of Wars», in STRACHAN, H., HERBERG-ROTHE, A., (ed.), *Clausewitz in the Twenty-First Century*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 219-231.

14. Sur cet aspect, voir particulièrement CARMOLA, K., *Private Security Contractors and New Wars: Risk, Law and Ethics*, Londres, Routledge, 2010 (sous presse).

15. Sur cet aspect, voir particulièrement MÜNKLER, H., «Terrorismus heute. Die Asymmetrisierung des Krieges», *International Politik*, vol. 2, 2004, pp. 1-11 ainsi que FREUDENBERG, D., *Theorie des Irregulären. Partisanen, Guerillas und Terroristen im modernen Kleinkrieg*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008.

ces de droit. La violence armée peut bien évoluer, cela n'affecte en rien le contenu du droit, et en l'occurrence du droit des conflits armés, qui, par sa flexibilité naturelle, trouvera bien les moyens de s'adapter, comme il l'a finalement toujours fait, à de nouveaux cas d'espèce<sup>16</sup>. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai que les conventions internationales doivent être interprétées en tenant compte de leur contexte d'application et en particulier «de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité»<sup>17</sup>. A ce titre, le droit des conflits armés bénéficierait de la plasticité nécessaire pour appréhender les configurations conflictuelles nouvelles. Aussi, conviendrait-il de protéger l'intégrité du droit des conflits armés contre une certaine tendance, fort courue en droit international, à adapter la règle aux situations plutôt que l'inverse.

Aussi louable soit-elle dans ses fins, une telle attitude ne saurait toutefois ignorer le rapport étroit qui a toujours prévalu entre l'évolution du droit des conflits armés et les formes concrètes prises par la violence organisée<sup>18</sup> : pas de «convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne» sans bataille de Solferino, pas de «convention relative au traitement des prisonniers de guerre» en 1929, sans première guerre mondiale. En ce sens, la thèse de l'émergence de «nouvelles guerres» pourrait bien trouver quel-

16. Voir en ce sens, concernant le droit international humanitaire, les contributions réunies par Wippman et Evangelista qui, au terme d'un inventaire des problèmes soulevés par les «nouvelles guerres» pour le respect du droit international humanitaire, concluent en défaveur de toute modification du droit conventionnel. Voir WIPPMAN, D., EVANGELISTA, D., (ed.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21<sup>st</sup> Century Conflicts*, Ardsley, Transnational Publishers, 2005. Voir également *inter alia* DELAHUNTY, R.J., «Is the Geneva POW Convention 'Quaint' ?», *William Mitchell Law Review*, vol. 33, pp. 1635-1657.

17. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 29 mai 1969, art. 31, 3 (b).

18. Voir *inter alia* REYDAMS, L., «A la guerre comme à la guerre : Patterns of Armed Conflict, Humanitarian Law Responses and New Challenges», *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 88, 2006, p. 729-756. L'auteur conclut toutefois que l'émergence de «nouvelles guerres» ne justifie pas actuellement la révision ou l'extension du droit humanitaire.

ques appuis dans une lecture diachronique du droit des conflits armés et, en particulier, des règles relatives à la qualification des conflits. La doctrine a ainsi largement commenté l'assouplissement progressif des conditions permettant de constater l'existence d'un conflit armé non international<sup>19</sup>. En 1977, les dispositions du Protocole II additionnel aux conventions de Genève ne trouvaient à s'appliquer que dans les conflits armés non internationaux entre un Etat et des groupes armés organisés, capables de mener des actions militaires continues et concertées et exerçant un contrôle sur une partie du territoire<sup>20</sup>. En 1998, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale établit la compétence de la Cour pour les crimes de guerre commis dans des «*conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un Etat les autorités du gouvernement de cet Etat et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux*»<sup>21</sup>. D'un instrument à l'autre, le seuil d'existence des conflits armés non internationaux a considérablement diminué favorisant ainsi l'application du droit humanitaire à des situations autrefois qualifiées de «*tensions et troubles intérieurs*»<sup>22</sup>. Sans même examiner ici le détail de cette évolution et les seuils d'application *ratione materiae* des différents régimes juridiques établis par le

19. Voir, en particulier, la synthèse de ces évolutions dans CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

20. «[...] qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole». *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, art. 1.

21. Statut de Rome de la Cour pénale internationale (A/CONF/183.9), 17 juillet 1998, art. 8, §2, al. f).

22. Sur la nouveauté introduite par le Statut de Rome, voir *inter alia* CULLEN, A., «The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, 2007, pp. 419-445; SPIEKER, H., «The International Criminal Court and Non-International Armed Conflicts», *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, pp. 395-425.

droit humanitaire conventionnel et coutumier<sup>23</sup>, il faut souligner le remarquable assouplissement des conditions qui commandent l'application du régime de protection du droit des conflits armés. Ajouté à l'évolution, remarquable par L. Moir, selon laquelle le droit international tend à relativiser la distinction entre conflits armés internationaux et non internationaux au profit d'une approche qui fait dépendre l'application du droit humanitaire à l'existence d'un conflit armé *per se*<sup>24</sup>, cet assouplissement conduit directement à l'idée d'un droit humanitaire plus protecteur et au champ d'application plus large.

En toute hypothèse, on pourrait tirer de cette évolution normative un argument en faveur des partisans de la thèse des *nouvelles guerres*. A les croire, celles-ci se caractériseraient notamment par le rôle prééminent qu'y jouent les acteurs non étatiques, leur internationalisation par l'intervention de multiples acteurs internationaux ou transnationaux et enfin par le recours à des violences ponctuelles plutôt qu'à des affrontements soutenus et limités dans le temps et dans l'espace. Or, à tous ces égards, l'évolution de la qualification des conflits armés semble modelée pour étendre l'applicabilité du droit international humanitaire à ces situations nouvelles. L'internationaliste ne pourrait dès lors faire fi du diagnostic posé par les théoriciens des *nouvelles guerres* puisque, qu'il le veuille ou non, les faits précèdent le droit et l'évolution contemporaine de la configuration des conflits armés semble déjà influencer les règles de droit international.

Une telle lecture n'est pourtant qu'à moitié convaincante. Il y a en effet des raisons de croire que l'assouplissement du seuil d'existence des conflits armés non internationaux est en réalité la disparition progressive d'une distinction entre conflits armés internationaux et non internationaux qu'une partie de la doctrine

23. A ce sujet, voir par exemple, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 ainsi que, ci-après, ZASOVA, S., «L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés», in SOREL, J.-M., POPERSCU, C.L., *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.

24. MOIR, L., *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 51.

a longtemps considérée comme une aberration<sup>25</sup>. Après la seconde guerre mondiale, la création de la catégorie des «conflits armés non internationaux» par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève avait permis de garantir l'application de certaines règles de droit humanitaire sur la base d'un standard objectif. Offrant une voie de sortie au mécanisme subjectif de la «reconnaissance de belligérance» qui avait auparavant prévalu, l'article 3 inaugurerait ainsi la détermination objective des conflits qui doivent faire l'objet d'une réglementation internationale. Il ouvrait en même temps la voie à une fragmentation du droit des conflits armés en plusieurs régimes à seuils d'entrée différents<sup>26</sup>. Depuis lors, les tentatives furent nombreuses pour tenter de *réunifier* le droit international humanitaire<sup>27</sup> malgré les réticences des Etats, désireux de limiter au maximum les contraintes imposées par le droit humanitaire dans les conflits armés internes et de maintenir aussi large que possible la catégorie des «tensions et troubles intérieurs» qui échappent largement à l'application du droit international humanitaire<sup>28</sup>. Le succès relatif et récent de cette unification ne semble pas tant être le fruit d'une modification profonde des conflits que celui du développement rapide du droit international des droits de l'homme et de ses interactions avec le droit des conflits armés consacrées, notamment, par la

25. Voir *inter alia* DETTER, I., *The Law of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 49; DUPUY, R.J., LEONETTI, A., «La notion de conflit armé à caractère non international», in CASSESE, A., (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale scientifica, 1971, p. 258; WARBRICK, C., ROWE, P., «The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The decision of the Appeals Chamber on the interlocutory appeal on jurisdiction in the Tadic case», *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, 1996, p. 698.

26. Voir l'historique proposé dans KOLB, R., «Le droit international public et le concept de guerre civile depuis 1945», *Relations Internationales*, vol. 105, 2001, pp. 9-29.

27. Parmi les propositions doctrinales récentes, voir *inter alia* STEWART, J.G., «Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 85, 2003, pp. 313-350.

28. Sur cette catégorie relativement au droit international humanitaire, voir MONTAZ, D., «Les règles humanitaires minimales applicables en période de troubles et de tensions internes», *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 831, 1998, pp. 487-495.

Cour Internationale de Justice. Dès lors que l'existence d'une situation de «tensions et troubles intérieurs» ne fait plus obstacle à l'application de règles internationales relatives à la protection des personnes, mais conduit au contraire à l'application du droit des droits de l'homme généralement plus protecteur que le droit des conflits armés, l'assouplissement des critères permettant de constater l'existence d'un conflit armé et la relativisation de la distinction entre conflit armé international et non international ne pouvait que gagner du terrain. Les Etats préféreront en effet l'application du droit humanitaire en tant que *lex specialis* du droit des droits de l'homme plutôt que la pleine application du régime international ou régional de protection des droits fondamentaux. C'est pourquoi Théodore Meron, à qui l'on doit, dès 1987, un ouvrage sur la protection internationale des droits de l'homme dans les situations de troubles intérieurs<sup>29</sup>, a pu parler d'une humanisation du droit humanitaire<sup>30</sup>.

Faut-il alors conclure que l'internationaliste peut, à bon droit, se désintéresser des travaux sur l'émergence de *guerres nouvelles*? Il nous semble que deux ensembles de considérations s'y opposent. Premièrement, il paraît difficile de nier que les configurations conflictuelles contemporaines dérogent largement à l'idéal type du conflit armé qui sous-tend le droit humanitaire moderne. En raison d'une sorte de *décalage* entre le concept et sa réalité, le droit humanitaire est ainsi victime d'une crise d'effectivité ou, pour reprendre un terme anglais en vogue, de «*non compliance*»<sup>31</sup>. Dans ces conditions, un examen minutieux

29. MERON, T., *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge, Grotius Publications, 1987.

30. MERON, T., «The Humanization of Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 239-278.

31. C'est notamment le constat auquel aboutit Bassiouni dans une étude de 2008. BASSIOUNI, C., «The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non State Actors», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 96, 2008, pp. 711-810. Bassiouni se fait ainsi l'écho des nombreuses études relatives à la létalité des civils dans les conflits contemporains et au développement de violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire dans les conflits armés non internationaux. Pour une approche empirique et critique de ces études, voir MELANDER, E., ÖBERG, M., HALL, K., «The 'New Wars' Debate Revisited :

des nouvelles configurations conflictuelles ne paraît pas être un luxe dont on puisse se passer. Deuxièmement, et plus fondamentalement, cette crise d'effectivité a conduit à un foisonnement d'initiatives destinées à en limiter les effets. Celles-ci ont donné naissance à une pléiade d'O.J.N.I. (*Objet Juridique Non Identifiés*)<sup>32</sup> qui, bien qu'ils soient le plus souvent étrangers au droit des conflits armés *stricto sensu*, poursuivent peu ou prou les mêmes objectifs et pourraient avoir des conséquences multiples sur le droit international humanitaire lui-même. L'examen de ces nouveaux objets juridiques peut s'avérer déterminant pour mieux appréhender la régulation des conflits armés à l'ère de la mondialisation, les formes et les types de normativité dont procèdent ces nouveaux instruments et, enfin, les interactions entre ceux-ci et le droit des conflits armés.

Partant de l'hypothèse d'une relation forte entre configurations conflictuelles et modes de régulation des conflits, cette étude se propose donc d'examiner la question des *guerres nouvelles* d'un point de vue à la fois historique et théorique. Dans un premier temps, elle cherche à établir l'étonnante proximité entre les guerres dites nouvelles et les conflits armés pré-modernes. Forte de cette comparaison, l'étude s'intéresse, dans un deuxième temps, aux nouveaux instruments de régulation des conflits armés et cherche à montrer qu'ils miment, jusqu'à un certain point, les instruments de régulation caractéristiques des conflits armés pré-modernes dont ils empruntent largement la forme et l'efficace normative. Enfin, abordant la question des interactions entre les nouveaux instruments de régulation et le droit international humanitaire, l'étude cherche à déterminer si la prolifération de

An Empirical Evaluation of the Atrocity of 'New Wars', *Uppsala Peace Research Paper*, n° 9, 2006. Dans le même sens, Christian Tomuschat soulignait en 2003 que, dans le cadre des conflits armés non internationaux, «the great challenge is not to give another twist of perfection to the law in force, but to devise ways and means suited to ensure that the level of compliance is raised». TOMUSCHAT, C., *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 262.

32. L'auteur remercie Benoît Frydman pour cette expression, bien utile, qui trouve à s'appliquer si souvent dans le monde juridique contemporain.

ces instrument doit s'interpréter comme un retour au *droit des gens* ou comme un dépassement du droit humanitaire.

### I. Retour vers le futur : guerres nouvelles ou guerres pré-modernes ?

Selon une frange des théoriciens des *guerres nouvelles*, la grammaire moderne des conflits armés ne suffit plus à rendre compte des réalités contemporaines de la violence organisée. Le vocabulaire de la guerre se trouverait ainsi largement obsolète et, à tous le moins, soumis à une indétermination fondamentale. Une telle instabilité du vocabulaire de la guerre ne saurait toutefois passer pour une situation sans précédent. C'est au contraire la relative stabilité contemporaine de ce vocabulaire qui constitue une exception sur le temps long. Du Moyen-âge au 18<sup>e</sup> siècle, la qualification des conflits armés n'a cessé d'être l'espace privilégié de la démultiplication des catégories. La guerre est dite tantôt publique, privée, mixte ou civile, tantôt parfaite ou imparfaite, tantôt pleine et entière, tantôt petite, tantôt solennelle, défensive ou offensive<sup>33</sup>. Jusqu'au 16<sup>e</sup> siècle, il paraît même difficile de distinguer entre la guerre et le duel, judiciaire ou non<sup>34</sup>. Autrement dit, les conflits armés sont jadis soumis à un tel imbroglio sémantique qu'on a pu parler à bon droit d'une «*insaisabilité juridique du re belli*»<sup>35</sup>. Aussi, avec le recul nécessaire, la crise de la grammaire des conflits armés diagnostiquée par les partisans de la thèse des *guerres nouvelles* ressemble bien plutôt à un retour à un *statu quo ante* qu'à une véritable nouveauté. En poursuivant la comparaison, on peut se demander également dans quelle mesure les nouvelles configurations conflictuelles ne sont pas réductibles, en tout ou en partie, aux formes pré-modernes de la violence organisée.

33. Voir l'examen minutieux des doctrines dans MATTEI, J.-M., *Histoire du droit de la guerre (1700-1819)*, Aix, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, T. 1, pp. 69-205.

34. Voir les commentaires éparpillées de A. Rivier sur ce point dans RIVIER, A., *Note sur la littérature du droit des gens avant la publication du Jus Belli ao Paois de Grotius (1626)*, Bruxelles, F. Hayez, 1883.

35. MATTEI, J.-M., *op. cit.*, p. 69.

Parmi les théoriciens des *guerres nouvelles*, les critères qui permettent de qualifier une guerre de «nouvelle» ne font pas l'unanimité. Tous s'entendent toutefois sur certaines caractéristiques minimales. Ces nouveaux conflits seraient marqués par l'absence de monopole de la violence légitime au bénéfice de l'Etat, par la multiplicité des acteurs qui prennent part aux conflits, par la multiplicité des motifs poursuivis par ceux-ci, par le développement de nouvelles formes de violence et par la généralisation de nouvelles stratégies et tactiques. Chacune de ces caractéristiques trouve également à s'appliquer dans les conflits pré-modernes.

*A. – L'absence de monopole de la violence légitime au bénéfice de l'Etat*

L'idéal type de la guerre moderne est l'opposition armée entre des Etats également souverains disposant du monopole de la violence légitime. Au contraire, les *guerres nouvelles* seraient caractérisées par la dénationalisation et la privatisation de la force armée sous l'effet de la mondialisation et du recul de l'Etat-Nation<sup>36</sup>. Dans les Etats dits «faibles» ou en «déliquescence», les effets destructeurs de la mondialisation se sont rapidement fait remarquer. Dans certains cas, on peut même affirmer que l'Etat s'est littéralement écroulé en créant un *vacuum* du pouvoir. La nature ayant horreur du vide, celui-ci a rapidement été comblé par des acteurs multiples. Toutefois, alors qu'on aurait pu imaginer que la lutte entre ces acteurs s'achèverait par la victoire de l'un d'eux et le rétablissement de structures étatiques fortes, tel n'a pas toujours été le cas. Cet échec ne tient pas seulement à l'incapacité des acteurs en présence à prendre l'avantage militaire. Il tient plus fondamentalement à ce qu'un nombre important de ces acteurs n'ont tout simplement pas l'objectif politique de prendre le contrôle de l'appareil de pouvoir étatique mettant fin, ainsi, à la croyance toute moderne selon laquelle l'Etat-

36. KALDOR, M., *op. cit.*, pp. 96-102; MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles*, *op. cit.*, p. 32.

Nation est la forme institutionnelle universelle de l'organisation sociale et non une forme d'organisation parmi d'autres<sup>37</sup>.

Cette absence de monopole de la violence légitime entre les mains de l'Etat correspond largement à la situation de la guerre pré-moderne. Aujourd'hui comme hier, une multiplicité d'acteurs conduisent des activités militaires, à des fins parfois délinquantes. Aujourd'hui comme jadis, on rencontre des acteurs qui «*considèrent que renoncer trop longtemps à la force présente plus d'inconvénients que d'avantages et ne tiennent donc aucunement au maintien de la paix*»<sup>38</sup>. Aujourd'hui comme hier, la participation au conflit est ouverte à une multiplicité d'acteurs.

*B. – La présence d'une multiplicité d'acteurs*

L'érosion du monopole de la violence légitime, présentée par Kaldor<sup>39</sup> et Münkler<sup>40</sup> comme le résultat direct de la mondialisation, a pour conséquence le désordre et la confusion dans les zones de conflit. Celles-ci sont investies par une multiplicité d'acteurs. A côté des troupes régulières, on y trouve des groupes armés, le plus souvent, faiblement organisés. On y rencontre également des firmes transnationales, généralement impliquées dans l'exploitation des ressources naturelles, ainsi que des *entrepreneurs identitaires* s'appuyant, ou non, sur des réseaux religieux. Souvent, ces zones de conflit sont également peuplées d'acteurs liés à des opérations internationales de maintien de la paix depuis les sociétés de sécurité, jusqu'aux forces d'interposition et de maintien de la paix, en passant par les organisations non gouvernementales du secteur humanitaire.

Aux acteurs présents physiquement dans les zones de conflit, il faut ajouter ceux qui y interviennent en permettant le financement de la violence organisée. Les groupes armés contrôlent en effet souvent certaines branches de l'économie

37. SPRUYT, H., *The Sovereign State and its Competitors*, Princeton University Press, Princeton, 1994.

38. MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles*, *op. cit.*, p. 10.

39. KALDOR, M., *op. cit.*, pp. 72-94.

40. MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles*, *op. cit.*, p. 32.

parallèle et sont contraints de chercher à l'extérieur des zones de conflit des débouchés pour leurs produits. A cette fin, ils créent le plus souvent un marché noir mobile, transnationale et décentralisé. Ils jouent ainsi le jeu de la mondialisation en poursuivant leurs activités à l'échelle locale tout en étant connecté au marché mondial et, parfois, à une diaspora transnationale.

Jusqu'à un certain point, cette présence d'une multiplicité d'acteurs sur les zones de conflit trouve son pendant dans les guerres pré-modernes. Les guerres médiévales opposent en effet des belligérants très variés. Seigneurs, monastères, ordres de chevalerie, participants occasionnels et mercenaires participent aux conflits<sup>41</sup>. Dans un contexte où aucune institution ne peut prétendre s'arroger le monopole de l'usage de la violence, tous ceux qui étaient en mesure de lever des troupes participaient aux activités guerrières pour défendre leurs intérêts, leur pouvoir ou leur honneur. Même si le nombre d'acteurs prenant part aux hostilités va en déclinant à partir de l'usage des armes à feu, la Guerre de Trente Ans au 17<sup>e</sup> siècle est encore marquée par la multiplicité des acteurs en présence, et en particulier des mercenaires<sup>42</sup>.

### C. – Les motifs des acteurs

Alors que les parties aux conflits armés des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles semblaient généralement poursuivre des motifs liées à une idéologie politique et cherchaient soit à prendre le contrôle de l'Etat, soit à fonder l'indépendance d'un nouvel Etat, les acteurs des *nouvelles guerres* cherchent à construire des identités exclusi-

41. Sur les acteurs de la guerre au Moyen-âge, voir notamment CONTAMINE, P., *La guerre au Moyen Age*, Paris, PUF, 1992 (3 ed.) et NICHOLSON, H.J., *Medieval Warfare: Theory and Practice of War in Europe, 300-1500*, Londres, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 39 et sqq.

42. Sur la participation des mercenaires aux conflits pré-modernes et le progressif contrôle dont ils ont fait l'objet par les États à partir du 17<sup>e</sup> siècle, on consultera avec intérêt l'étude de PERCY, S., *Mercenaries. The History of a Norm in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

ves<sup>43</sup> ou à poursuivre par la force armée des objectifs économiques. A cet égard, Münckler souligne qu'avec l'émergence des *nouvelles guerres*, la guerre est à nouveau devenue rentable<sup>44</sup> et permet alors le développement d'une véritable économie de la guerre dont les groupes armés tirent profit. Le maintien de cette économie devient une nécessité lucrative qui alimente de manière autonome la poursuite du conflit.

De ce point de vue également, les conflits pré-modernes recourent les caractéristiques des *guerres nouvelles*. Au Moyen-âge également l'activité guerrière est payante. Selon le chroniqueur Jean Froissart, lorsque vers 1390 le Duc de Gloucester recevait une proposition de paix avec la France, il indiquait que «aussi s'enclinoient à la guerre povres chevalliers et escuiers et archers d'Angleterre, qui avoient aprins les oiseuses et soustenoient leur estat sur la guerre»<sup>45</sup>. Ce témoignage de première main souligne à quel point la guerre médiévale est liée, comme les *guerres nouvelles*, à une logique économique<sup>46</sup>. Cette connexion intime ne concerne toutefois pas seulement le Moyen-âge mais s'étend certainement jusqu'au début du 19<sup>e</sup> siècle<sup>47</sup>.

### D. – Nouvelles formes de violence, nouvelles stratégies et tactiques

Les *guerres nouvelles* se caractériseraient par le développement de nouvelles formes de violence remettant en cause le principe

43. Voir KALDOR, M., *op. cit.*, pp. 36-44; voir aussi sur ce point MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles, op. cit.*, p. 16; SEMELIN, J., *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, Seuil, 2005.

44. MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles, op. cit.*, pp. 152-165.

45. Cité dans HAY, D., «The Division of the Spoils of War in Fourteenth-Century England», *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 4, 1954, p. 91.

46. Voir aussi HONIG, J.W., «Warfare in the Middle Ages», in HARTMANN, A.V., HEUSER, B., (ed.), *War, Peace and World Orders in European History*, Londres-New York, Routledge, 2001, pp. 113-126, spécialement pp. 115-118.

47. Voir généralement REDLICH, F., *De Praeda Militari, Looting and Booty, 1500-1815*, Wiesbaden, Franz Steiner, 1956.

de distinction, principe cardinal du droit humanitaire. Ces formes de violence seraient la conséquence des nouvelles stratégies et des nouvelles tactiques mises en œuvre par les acteurs.

Les partisans de la thèse des *guerres nouvelles* soulignent généralement le caractère particulièrement brutal des violences exercées au cours de celles-ci. Marie Kaldor analyse ainsi la guerre en Bosnie comme une guerre dirigée contre la population civile et la société civile<sup>48</sup>. Cette brutalité serait le signe que, dans les nouveaux conflits, les parties ne se soucient pas, comme elles le faisaient dans les guerres modernes, du soutien de la population civile. Münkler indique ainsi que, si jusqu'au début du 20<sup>e</sup> siècle les civils représentaient 10% des victimes des conflits armés, cette proportion s'élèverait à 80% aujourd'hui<sup>49</sup>.

Cette brutalité des *guerres nouvelles* tiendrait dans une large mesure aux tactiques et stratégies mises en œuvre par les groupes armés. Sur le plan de la tactique, ces conflits se caractériseraient par l'utilisation intensive des méthodes de la guérilla. En tant que «*technique utilisée par des forces irrégulières, fondée sur la mobilité, la surprise et le harcèlement et visant à affaiblir une armée régulière*»<sup>50</sup>, ces tactiques ne sont certainement pas nouvelles. Toutefois, à la différence de ce que prévoyaient les théoriciens de la guérilla, d'Abdelkrim El Khattabi à Mao Zedong en passant par Che Guevara, dans les nouveaux conflits armés, celle-ci ne vise pas à se transformer en forces régulières capables de défaire l'ennemi<sup>51</sup>. Sur le plan stratégique, les *guerres nouvelles* s'apparentent en effet à des guerres d'usure qui intègrent des horizons d'attentes différents de ceux de la guerre moderne. Alors que dans celle-ci, les parties cherchent l'affrontement direct afin de limiter la guerre dans le temps, dans celle-là, les groupes armés cherchent à prolonger autant que possible la durée du conflit.

48. KALDOR, M., *op. cit.*, p. 54.

49. MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles*, *op. cit.*, p. 28. Sur cette question, voir également l'étude critique de MELANDER, E., ÖBERG, M., HALL, K., *op. cit.*

50. CHALIAND, G., *op. cit.*, p. 98.

51. *Ibid.*

Pour des raisons évidentes, les méthodes de la guérilla ne permettent généralement pas le respect du principe de distinction entre civils et militaires. En ce sens, la brutalité des *guerres nouvelles* réside pour partie dans la tactique et la stratégie mise en œuvre par les groupes armés. Elle est aggravée par l'intégration de technologies, souvent civiles et facilement accessibles sur le marché international, dans la conduite des hostilités. Ainsi, la généralisation du recours à ce qu'il est devenu courant de désigner par l'expression «*Improvised Explosive Devices*»<sup>52</sup> dans les *guerres nouvelles* aurait pour conséquence l'augmentation du nombre de victimes civils.

Il est difficile de comparer les techniques militaires d'aujourd'hui avec celles d'autrefois. Les avancées technologiques ont en effet profondément changé les approches du conflit. Néanmoins, les guerres pré-modernes ne manquaient certainement pas de viser les civils appelés parfois innocents, parfois *inermis*<sup>53</sup>. Plus encore, McGlynn a montré de manière convaincante que le fait de cibler des civils ou d'utiliser des armes infligeant des blessures graves aux soldats ne devait pas s'interpréter comme le signe d'une barbarie inhérente au monde médiéval, mais bien plutôt comme une stratégie militaire consciente et volontaire<sup>54</sup>.

*Mutatis mutandis*, les *guerres nouvelles* miment largement la configuration des conflits des guerres pré-modernes. A des degrés divers, les théoriciens des *guerres nouvelles* en sont d'ailleurs conscients<sup>55</sup>. Le plus souvent, cette similarité est toutefois prise

52. Voir KALDOR, M., *op. cit.*, p. 162. Sur les dommages particulièrement sévères causés par ces explosifs, voir RAMASAMY, A., *et al.*, «Injuries From Roadside Improvised Explosive Devices», *The Journal of Trauma, Injury, Infection and Critical Care*, vol. 65, 2008, pp. 910-914.

53. Pour un aperçu général du sort fait aux civils dans la guerre médiévale, voir ALLMAND, C., «War and the Non-Combatant in the Middle Ages», in KEEN, M., (ed.), *Medieval Warfare: a History*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 253-272.

54. MCGLYNN, S., *By Sword and Fire: Cruelty and Atrocity in Medieval Warfare*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 2008.

55. Voir KALDOR, M., *op. cit.*, pp. 2-3. Münkler organise ainsi lui-même une comparaison entre les guerres nouvelles et la guerre de trente ans. Voir MÜNKLER, H., *Les guerres nouvelles*, *op. cit.*, pp. 73-86. Voir aussi *inter*

dans un sens essentiellement négatif. Elle constituerait la voie de sortie privilégiée d'un débat qui n'est manifestement pas souhaité par tous. On a par contre moins régulièrement tiré parti de celle-ci pour aborder la question de la régulation des conflits armés et les voies de sortie de la crise d'effectivité, dont le droit humanitaire serait atteint. Irène Herrmann et Daniel Palmieri soulignent pourtant que l'apparition de ces nouvelles configurations conflictuelles «signalent le retour à des modes de faire qui, dans le passé, furent déjà expérimentés et, partant, déjà résolus selon des processus dont on pourrait s'inspirer aujourd'hui»<sup>56</sup>. Une comparaison entre les modes de régulation des conflits armés pré-modernes et de ceux qu'on voit se développer aujourd'hui pourrait bien leur donner raison.

## II. A la recherche de l'efficacité normative : la Régulation des conflits armés par des instruments oubliés

Le principal résultat des théories des *guerres nouvelles* est de faire entrer le cheval de Troie des débats sur la mondialisation au cœur du sanctuaire des compétences traditionnelles de l'Etat : l'usage de la force. Sur le plan normatif, la thèse des *guerres nouvelles* peut en tous cas trouver du grain à moudre dans le foisonnement d'initiatives, plus ou moins récentes, destinées à

*alia* CERNY, C.G., «Neomedievalism, Civil War and the New Security Dilemma : Globalization as Durable Disorder», *Civil Wars*, vol. 1, 1998, pp. 36-64; HERRMANN, I., PALMIERI, D., «Les nouveaux conflits : une modernité archaïque», *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 85, 2003, pp. 23-44; MEYERS, R., «'Verhältnisse wie auf dem Balkan...'? Die Reprivatisierung des Krieges – neue Formen der Gewalt im internationalen System und die Möglichkeiten kooperativer Ordnungspolitik», in BEHRENS, M., *Globalisierung als politische Herausforderung : Global Governance zwischen Utopie und Realität*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, pp. 165-186, spécialement pp. 176-182. Kaldor cherche toutefois à défendre la nouveauté des conflits contemporains contre un rabattement de ceux-ci sur des configurations anciennes de la violence organisée. Voir, en particulier, KALDOR, M., «Elaborating the 'New War' Thesis», in ANGSTROM, J., DUYVESTEYN, I., (ed.), *Rethinking the Nature of War*, Londres-New York, Frank Cass, 2005.

56. HERRMANN, I., PALMIERI, D., *op. cit.*, p. 44.

répondre à la crise d'effectivité du droit humanitaire par le recours à des instruments de régulation qu'on dira, faut de mieux, «alternatifs» (A.). L'objectif poursuivi par ces instruments est de mobiliser des types de normativité auxquelles le droit international positif, destiné principalement à des Etats ou à des Etats en devenir, peut difficilement faire appel. Par leur forme et par leur efficacité propre, ces instruments empruntent amplement à ceux mobilisés dans les conflits armés pré-modernes pour encadrer le comportement des combattants (B).

### A. – Le droit humanitaire dans la tourmente des nouveaux instruments de régulation

Après y avoir longtemps résisté, le droit humanitaire subit de plein fouet l'influence de ce que Benyekhlef appelle les «normativités émergentes de la mondialisation»<sup>57</sup>. En réponse à l'ineffectivité du droit humanitaire, des instruments de régulation alternatifs semblent avoir germé dans le soubassement du droit. Ceux-ci s'inscrivent toutefois dans la foulée de certains instruments anciens du droit humanitaire qui sont mis aujourd'hui sous les projecteurs en raison d'une volonté de la part des acteurs humanitaires de les utiliser plus systématiquement par le passé.

Il en va ainsi du recours au mécanisme des accords spéciaux. L'article 3§2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 prévoit en effet la possibilité pour les parties à un conflit ne présentant pas un caractère international de «mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions»<sup>58</sup> de ces Conventions. De tels accords peuvent lier un Etat et un ou plusieurs groupes armés ainsi que des groupes armés entre eux. En raison de leur flexibilité et du remède qu'ils offrent au caractère essentiellement interétatique du droit humanitaire, ceux-ci apparaissent aujourd'hui comme une solution à exploiter d'avantage afin de répondre à la crise d'effectivité du

57. Voir BENYEKHELF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

58. *Conventions de Genève*, art. 3 (2).

droit des conflits armés<sup>59</sup>. Ces accords ont connu quelques succès, notamment, sur le continent africain<sup>60</sup>. Ils demeurent toutefois difficiles à mettre en œuvre en raison, notamment, des réserves que nourrissent les Etats à l'égard des conséquences de ces accords sur le statut juridique des groupes armés et, plus généralement, sur la légitimité politique de ceux-ci<sup>61</sup>. En ce sens, la clause de sauvegarde de l'article 3§2, qui prévoit explicitement que l'application des dispositions de l'article 3 «n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit»<sup>62</sup>, échoue en pratique à produire ses effets<sup>63</sup>. Quant aux accords spéciaux conclus exclusivement entre des groupes armés, il n'existe à notre connaissance aucune étude doctrinale à ce sujet et on peut con-

59. En ce sens, le Comité International de la Croix-Rouge (CICR) a souligné l'importance de cet instrument lors de la 28<sup>ème</sup> conférence de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge. Voir CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains, Rapport préparé par le comité international de la Croix-Rouge*, Genève, 2003. Sur la politique du CICR en matière de développement des accords spéciaux et des autres mécanismes de régulation des conflits, voir aussi CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, Genève, CICR, fév. 2008, pp. 16-18; DÖRMANN, K., «Dissemination and Monitoring Compliance of International Humanitarian Law», in HEINTSCHEL VON HEINEGG, W., EPPING, V., (ed.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin, Springer, 2007, pp. 242-244.

60. Voir EWUMBUWE-MONONO, C., «Respect for International Humanitarian Law by Armed Non-State Actors in Africa», *International Review of the Red-Cross*, pp. 905-924, spécialement pp. 911-915.

61. Voir MACK, M., *op. cit.*, p. 17; LA ROSA, A.-M., WUERZNER, C., «Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law», *International Review of the Red-Cross*, vol. 90, 2008, pp. 327-341, spécialement pp. 332-333.

62. *Conventions de Genève*, art. 3 (2).

63. Certains ont d'ailleurs indiqué que ces précautions rédactionnelles n'ont pas permis d'empêcher une reconnaissance de faits des mouvements insurrectionnels nourrie, notamment, par l'article 3 commun aux Conventions de Genève ainsi que par l'assistance prévue à leur bénéfice par l'article 32 du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999. Voir MONTAZ, D., «Le droit international applicable aux conflits armés non internationaux, R.C.A.D.I.», vol. 292, 2001, pp. 9-146, spécialement pp. 100-101.

sidérer, sous bénéfice d'inventaire, leur existence comme un phénomène marginal.

Parmi les instruments anciens qui connaissent une nouvelle jeunesse, il faut également compter le mécanisme des déclarations unilatérales. Un tel mécanisme est notamment<sup>64</sup> prévu par l'article 96§3 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève. Celui-ci permet aux groupes armés de s'engager à appliquer celles-ci ainsi que les dispositions du Protocole I en adressant une déclaration unilatérale au depositaire du traité<sup>65</sup>. L'usage de ce mécanisme est toutefois limité exclusivement aux conflits armés internationaux «dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes»<sup>66</sup>. Il exclut donc, en principe, tant les groupes armés qui ne sont pas engagés dans un conflit de ce type que ceux qui, bien qu'engagés dans un tel conflit, n'agissent pas pour le compte de l'autorité représentant un peuple en lutte pour son autodétermination. Valablement exprimée, la conséquence juridique d'une telle déclaration est que les Conventions de Genève ainsi que le Protocole I prennent effet immédiatement entre les parties au conflit. Les limites étroites du champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae* du mécanisme prévu par le Protocole I ne permettraient pas de prévoir que celui-ci rencontrerait un intérêt renouvelé dans les conflits armés contemporains qui, pour la plupart, ne s'apparentent guère à des luttes pour l'autodétermination. En réalité, depuis longtemps et à plusieurs reprises, des groupes armés ne répondant pas aux critères fixés

64. Ce même mécanisme est prévu à l'art. 7 § 4 de 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*, 10 octobre 1980.

65. Le Protocole I dispose que «l'autorité représentant un peuple engagé contre une Haute Partie contractante dans un conflit armé du caractère mentionné à l'article premier, paragraphe 4, peut s'engager à appliquer les Conventions et le présent Protocole relativement à ce conflit en adressant une déclaration unilatérale au depositaire». *Protocole I additionnel aux Conventions de Genève*, 8 juin 1977, art. 96§3.

66. Protocole I, art. 1§4.

par le Protocole I ont eu recours au mécanisme des déclarations unilatérales<sup>67</sup>. A défaut d'avoir été explicitement prévue par le droit international humanitaire conventionnel ou coutumier, une telle déclaration ne crée toutefois aucune obligation dans le chef des autres parties au conflit. Il n'en reste pas moins que plusieurs organismes humanitaires, et notamment le *Comité International de la Croix-Rouge*, favorisent aujourd'hui, plus qu'hier, l'expression de telles déclarations et, plus généralement, de tout engagement exprès à respecter tout ou partie du droit humanitaire<sup>68</sup>.

On peut s'étonner de l'intérêt renouvelé des défenseurs du droit humanitaire pour ces instruments. Ceux-ci sont en effet pratiquement dénués d'effets juridiques par leur nature ou par leur contexte d'utilisation. Concernant les accords spéciaux, il a déjà été souligné que, bien qu'ils soient prévus par les Conventions de Genève, ceux-ci sont en réalité de peu d'effet du point de vue de la pratique internationale<sup>69</sup>. Quant aux engagements exprès à respecter le droit humanitaire, à défaut de constituer des déclarations unilatérales au sens de l'article 96 du Protocole I, ils ne sont généralement constitutifs d'aucun nouveau rapport de droit. Ce quasi défaut d'effets juridiques directs est pourtant l'originalité même qu'il convient d'analyser. En réalité, l'objectif poursuivi par les défenseurs du droit humanitaire lorsqu'ils plaident en faveur de ces instruments n'est pas tant de créer de nouvelles obligations au regard du droit international que de produire une sorte d'obligation «morale» susceptible de fonder leurs futures interventions de suivi des engagements.

Cette approche pragmatique de la régulation des conflits armés ressort clairement du document établi par la *Comité International de la Croix-Rouge* en guise de *Manifeste* de la manière dont il envisage l'exécution de son mandat dans les conflits non inter-

67. Sur la nature juridique de telles déclarations, voir PLATTNER, D., «La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent de mouvements en lutte dans un conflit armé», *Revue Belge de droit international*, vol. 18, 1984-1985, pp. 298 et sqq.

68. Voir CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, op. cit., pp. 19-21 et p. 27.

69. Voir *inter alia* ZEGVELD, L., *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 17.

nationaux<sup>70</sup>. Celui-ci s'achève d'ailleurs sur un chapitre au titre particulièrement significatif «*Mieux faire respecter le droit par l'argumentation stratégique*»<sup>71</sup>. Celle-ci, qui doit d'ailleurs être «*employée avec discrétion*»<sup>72</sup> tel un art qui révélerait une dimension refoulée du droit, doit permettre de convaincre son destinataire de son intérêt à respecter les règles plutôt que de «*rappeler uniquement le droit et d'exiger d'une partie de s'y conformer*»<sup>73</sup>. Ainsi, peut-on lire que les dispositions du droit humanitaire permettraient d'augmenter l'efficacité des opérations militaires tout en favorisant une meilleure discipline au sein des troupes ou que le respect des règles sur le traitement des prisonniers de guerre ferait que «*les personnes se rendraient plus facilement*»<sup>74</sup>. L'observation du droit international humanitaire constituerait enfin une ressource importante pour se bâtir une «*bonne réputation*» tant au niveau local qu'international. Bref, la définition d'un droit négocié avec les groupes armés supplante l'idée d'un droit s'appliquant aux situations indépendamment de la volonté des parties<sup>75</sup>, l'idée d'une convergence entre les règles du juste et l'intérêt bien compris semble retrouver du lustre.

70. Voir CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, op. cit.

71. *Ibid.*, pp. 30-31.

72. *Ibid.*, p. 30.

73. *Id.*

74. *Id.*

75. Une même logique de la négociation se constate également au niveau des Nations Unies. Ainsi, le Secrétaire Générale des Nations Unies faisait état en 2001 de la nécessité de négocier avec les groupes armés en vue de renforcer la protection des civils dans conflits contemporains. Il chargeait en ce sens le Comité permanent interinstitutions de développer un manuel sur l'engagement des organismes humanitaires avec les groupes armés. En 2006, le Bureau des Nations Unies pour la coordination des affaires humanitaires publiait ainsi, en partenariat avec le Comité permanent interinstitutions, un manuel pratique ainsi que des lignes directrices sur la négociation avec les groupes armés. Voir, respectivement, Conseil de Sécurité, *Rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité sur la protection des civils dans les conflits armés*, S/2001/331, 2001, §26; BESSLER, M., MCHUGH, G., *Humanitarian Negotiations with Armed Groups: a Manual for Practitioners*, New York, United Nations, 2006; BESSLER, M., MCHUGH, G., *Guidelines on Humanitarian Negotiations with Armed Groups*, New York, United Nations, 2006.

Les autres instruments alternatifs de régulation des conflits armés qu'on voit se multiplier procèdent du même type d'approche. Il faut compter parmi ceux-ci, les codes de conduite à destination des groupes armés. Ces derniers peuvent être des codes *ad hoc* résultant d'une démarche unilatérale propre aux groupes armés ou d'une négociation avec des organisations humanitaires ou des agences des Nations Unies. Ils peuvent également constituer des codes de conduite standardisés mis à la disposition des groupes armés par un tiers.

L'étude des codes *ad hoc* établis par les groupes armés est rendue difficile par la faible publicité dont il en est fait. Toutefois, le *Comité International de la Croix Rouge* recommande l'usage de cet instrument et l'envisage d'ailleurs comme l'étape logique suivant l'utilisation du mécanisme des déclarations unilatérales<sup>76</sup>. La Rosa et Wuerzner soulignent l'existence de plusieurs codes de conduite interne à des groupes armés organisés<sup>77</sup>. Selon une étude menée par l'organisation *International Council on Human Rights Policy*, lorsqu'un groupe armé s'engage par écrit au respect de certains standards, un tel engagement les encourage à les respecter sur le terrain<sup>78</sup>.

A titre d'exemple, le *Umkhonto we Sizwe*, branche armée du Congrès africain d'Afrique du Sud, disposait dès 1985 d'un code militaire incriminant un ensemble de comportements incompatibles avec le droit humanitaire tels que les actes de cruauté et le mauvais traitement des prisonniers<sup>79</sup>. Plus récemment, le Front

76. CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, *op. cit.*, pp. 22-23.

77. LA ROSA, A.-M., WUERZNER, C., *op. cit.*, p. 333.

78. Voir INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, «Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups», ICHRP, Versoix, 2000, p. 52.

79. Ce code prévoit ainsi que «3. All combatants shall act in such a manner that the people will put their trust in the army, recognise it as their protector, and accept the liberation movement as their legitimate and authentic representative. The following acts or omissions shall be an offence: a) Conduct that weakens the people's trust, confidence and faith in the ANC and Umkhonto; b) Theft from a comrade or the people, looting of property, or other forcible seizure of goods; c) Abuse of authority and/or power; d) Cruelty inflicted on a member of the army or public; e) Assaults, rape, disorderly conduct, the use of insulting and/or obscene language, bullying and intimidation, whether

Unifié Révolutionnaire de Sierra Leone (RUF) avait adopté le *Eight Codes of Conduct* prévoyant huit obligations à charge des membres du group armé dont certaines recourent des obligations imposées par le droit humanitaire<sup>80</sup>. Ces codes de conduite *ad hoc* ont évidemment une position ambiguë puisqu'il semble difficile de faire la part des choses entre la dimension publicitaire de l'adoption de ces codes et leur mise en œuvre effective.

L'existence d'un code de conduite peut en effet constituer un argument de défense en cas de poursuite des responsables des groupes armés devant des juridictions nationales ou internationales cherchant à établir leur responsabilité dans la commission de crimes visés par le droit pénal international. Ainsi, dans l'affaire *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, la défense d'Augustine Gbao, ancien commandant de l'unité de défense interne du *Front Unifié Révolutionnaire de Sierra Leone*, s'est appuyé notamment sur l'existence du code de conduite interne du *Front* pour tenter de démontrer qu'il n'avait d'aucune manière ordonné, sollicité ou encouragé la commission d'un crime visé par le statut du *Tribunal Spécial pour la Sierra Leone*. Au contraire, Augustine Gbao aurait agi constamment pour investiguer les allégations de violation du code de conduite et des Conventions de Genève<sup>81</sup>. En l'espèce, la Cour

against a comrade or member of the public; f) Shameful conduct likely to disgrace the ANC, army or the offender, or bring them into disrepute, or provoke indignation and contempt against them, such as violating the rights and dignity of the opposite sex, whether in operational or base areas; g) Unjustifiable homicide; h) Ill-treatment of prisoners of war or persons in custody». AFRICAN NATIONAL CONGRESS, *Report of Commission on National Structures, Constitutional Guidelines and Codes of Conduct Adopted at the Second National Consultative Conference of the African National Congress*, juin 1985.

80. Les obligations prévues par le «*Eight Codes of Conduct*» sont les suivantes : 1) *To speak politely to masses*; 2) *To pay fairly for all [that] you buy*; 3) *To return everything that you borrow*; 4) *To pay for everything that you demand or damage*; 5) *Do not damage crops; Do not take liberty from women*; 6) *Do not ill-treat captives; Do not hate or swear people*.

81. Voir l'analyse de la défense de Augustine Gbao par BOUBOUSHIAN, J., «RUF Trial Report: Augutsine Gbao Defense Case-in-Chief, June 2 – June 24, 2008», U.C. Berkeley War Crimes Studies Center, *Special Court Monitoring Program Update*, n° 104, pp. 9 et sqq. (disponible en ligne sur [http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/SL-Reports/Gbao %20Report %20v2.pdf](http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/SL-Reports/Gbao%20Report%20v2.pdf)).

a toutefois considéré que si le code de conduite permettait d'établir l'existence d'une discipline au sein des troupes du *Front*, son application sélective ne permettait pas de considérer qu'il s'agissait d'un mécanisme effectif destiné à prévenir et punir les crimes commis contre des civils ou des personnes hors de combat<sup>82</sup>. *A contrario*, une application plus systématique d'un mécanisme de contrôle interne pourrait bien constituer, dans le futur, un élément essentiel dans l'examen de la responsabilité pénale des dirigeants des groupes armés, à la manière de la pratique, américaine ou australienne, de mitigation de la responsabilité des entreprises pour la violation de certaines règles de droit interne lorsque ces entreprises ont adopté des mécanismes efficaces de contrôle interne<sup>83</sup>.

Les codes de conduite *ad hoc* peuvent également être le fruit de négociations entre un groupe armé et des acteurs humanitaires. Ainsi en est-il dans le cas de l'initiative *Opération survie au Soudan* réunissant des agences des Nations Unies ainsi que plus de trente cinq organisations non gouvernementales qui ont négocié des «règles fondamentales» en vue de permettre l'acheminement d'aide humanitaire de manière neutre entre les différentes parties. Etablies pour la première fois sans grand succès en 1992, ces règles fondamentales ont ensuite été modifiées et ont obtenu l'adhésion en 1995 du *Mouvement de libération du peuple du Soudan* ainsi que du *Mouvement pour l'Indépendance du Sud-Soudan*<sup>84</sup>. Ces règles établissent notamment les principes de base de l'intervention des acteurs humanitaire en terme de neutralité,

82. TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, Chambre de première instance I, SCSL-04-15-T, Jugement, 3 mars 2009, spécialement §704-712.

83. Voir HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., «Corégulation et responsabilité sociale des entreprises», in BERNIS, T., DOCQUIR, P.-F., FRYDMAN, B., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 89 et sqq.

84. Sur l'historique de ces règles, voir BRADBURY, M., LEADER, N., MACKINTOSH, K., «The 'Agreement on Ground Rules' in South Sudan», *Humanitarian Policy Group Report*, n° 4, mars 2000; LEVINE, I., «Promoting Humanitarian Principles: the Southern Soudan Experience», *Relief and Rehabilitation Network Paper*, Overseas Development Institute, Londres, 1997.

d'impartialité et de transparence. Ces règles créent également des obligations à destination des groupes armés. En y adhérant, les parties expriment en effet leur soutien à la Convention sur les droits de l'enfant ainsi qu'aux Conventions Genève et à leurs Protocoles additionnels. Ces règles prévoient également l'obligation pour les groupes armés de garantir la sécurité du personnel humanitaire. Elles mettent enfin en place un mécanisme non juridictionnel de résolution des litiges sur la base de plaintes individuelles pour violation des règles fondamentales<sup>85</sup>.

À côté des codes de conduite *ad hoc*, on voit se développer également depuis quelques années des codes de conduite standardisés et ouverts à l'adhésion des groupes armés qui le souhaitent. Parmi ces codes standardisés, une place spéciale doit être faite à l'acte d'engagement de l'organisation non gouvernementale *Geneva Call*. Cette organisation a en effet mis en place un code de conduite standard relatif à l'interdiction totale des mines antipersonnel. On savait déjà que la préparation de la Convention d'Ottawa sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction de 1997 avait particulièrement mobilisé les organisations non gouvernementales<sup>86</sup>. L'association suisse *Geneva Call* va plus loin en cherchant à étendre la portée des dispositions de cette Convention aux groupes armés.

Elle propose ainsi à ceux-ci de souscrire auprès d'elle un acte d'engagement par lequel ils s'obligent à s'interdire totalement l'usage des mines antipersonnel. Le préambule de l'acte d'engagement indique notamment que «le droit international humanitaire et les droits de l'homme s'appliquent à et engagent toutes les parties aux conflits armés» et que les groupes armés ont un rôle à jouer «en tant que participants à l'application et au développement des normes juridiques relatives» aux conflits armés.

85. Voir la reproduction des «règles fondamentales» dans LEVINE, I., *op. cit.*, pp. 26-29.

86. Sur le rôle des organisations non gouvernementales dans la préparation de cette convention, voir ATWOOD, D.C., «Mise en œuvre de la convention d'Ottawa: continuité et changement dans le rôle des ONG», *Forum du désarmement*, vol. 4, 1999, pp. 21-34.

En adhérant à l'instrument proposé par l'organisation *Geneva Call*, les groupes armés s'engagent à assurer la diffusion de leurs engagements auprès de leurs commandants et de leurs combattants et à en sanctionner, le cas échéant, les violations. Ils autorisent également l'organisation *Geneva Call* ou toute autre organisation indépendante de son choix à conduire des visites et des inspections en vue de vérifier le respect de leurs engagements. Ils s'engagent aussi à faire rapport de la mise en œuvre de leurs engagements et autorisent l'organisation *Geneva Call* à rendre public le respect ou le non respect des règles contenues dans l'acte d'engagement. Ils s'engagent enfin à promouvoir l'acte d'engagement auprès de tout autre groupe armé. Cet acte d'engagement est communiqué au Gouvernement de la République et du Canton de Genève qui a accepté d'être la gardienne de ces actes<sup>87</sup>.

En novembre 2008, 35 groupes armés avaient adhéré à l'acte d'engagement du *Geneva Call*. Parmi ceux-ci, 32 avaient remis leur rapport sur la mise en œuvre de leurs obligations. Par ailleurs, *Geneva Call* déclare avoir diligenté 24 missions de terrain et 3 missions de vérification en vue de vérifier le respect de l'acte d'engagement<sup>88</sup>. Des instruments similaires ont par ailleurs été mis en place au niveau local ou régional. Ainsi, l'organisation *Philippine Campaign to Ban Landmines* a-t-elle produit en 2008 un instrument spécifique appelé le «Rebel Group Declaration of Adherence to International Humanitarian Law on Landmines» qui mime largement le mécanisme développé par l'association *Geneva Call*.

Dans un autre registre, les Nations Unies ont joué également un rôle important dans l'adoption d'instruments alternatifs de régulation des conflits. Ceci est particulièrement vrai en ce qui

87. Voir *Acte d'engagement auprès de l'appel de Genève pour l'adhésion à une interdiction totale des mines antipersonnel et à une coopération dans l'action contre les mines*, (disponible en ligne sur <http://www.genevacall.org/resources/testi-reference-materials/testi-deed/gc-deed-of-commitment-fra.pdf>).

88. GENEVA CALL, *Annual Report*, Genève, 2008. Pour un commentaire plus détaillé de cette initiative, voir *inter alia* CLAPHAM, A., *Human Rights Obligation of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 291-299.

concerne la protection des enfants dans les conflits armés. La question de la situation des enfants dans les conflits armés s'est en effet progressivement frayé son chemin au sein du Conseil de Sécurité<sup>89</sup> sous l'effet de l'insistance du Secrétaire Général et du Représentant spécial pour les enfants et les conflits armés. En 2001, le Conseil de Sécurité demande ainsi au Secrétaire Générale d'annexer à son rapport sur la situation des enfants dans les conflits armés «la liste des parties à des conflits armés qui recrutent ou utilisent des enfants en violation des dispositions internationales qui les protègent»<sup>90</sup>. En 2004, la demande du Conseil de Sécurité se fait plus précise en ce qu'elle prie le Secrétaire Général de soumettre sans délai au Conseil «un plan d'action pour un mécanisme systématique et global de surveillance et de communication de l'information [...] afin de disposer en temps voulu d'informations objectives, exactes et fiables sur le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats en violation du droit international applicable et sur d'autres violations et sévices commis contre les enfants touchés par les conflits armés»<sup>91</sup>. Le Conseil prie également les parties mentionnées dans les listes annexées au rapport du Secrétaire Général de préparer, dans les trois mois, des plans d'action concrets et à délais en vue de mettre fin aux violations dont elles se rendent coupables au regard du droit international<sup>92</sup>.

Dans son rapport présenté en 2005 à l'Assemblée générale et au Conseil de Sécurité, le Secrétaire Général préconise la mise en place d'un dispositif de contrôle et de suivi des violations les plus graves portant atteinte aux enfants dans les conflits

89. Pour l'historique de la prise en compte de la question de l'implication des enfants dans les conflits armés, voir les résolutions pertinentes du Conseil de Sécurité des Nations Unies, en particulier : CS, Résolution 1314, 11 août 2000, S/RES/1314 (2000); CS, Résolution 1379, 20 novembre 2001, S/RES/1379 (2001); CS, Résolution 1460, 30 janvier 2003, S/RES/1460 (2003); CS, Résolution 1539, 22 avril 2004, S/RES/1539 (2004); CS, Résolution 1612, 26 juillet 2005, S/RES/1612 (2005); CS, Résolution 1882, 4 août 2009, S/RES/1882 (2009).

90. CS, Résolution 1379, 20 novembre 2001, S/RES/1379 (2001), §16.

91. CS, Résolution 1539, 22 avril 2004, S/RES/1539 (2004), §2.

92. *Ibid.*, §5 (a).

armés<sup>93</sup>. Ce dispositif se solderait, de manière systématique, par l'établissement de listes des parties qui commettent l'une des violations les plus graves visées par le rapport du Secrétaire Général. La même année, le Conseil de Sécurité avalise la mise en place du «*mécanisme de surveillance et de communication de l'information sur les enfants et les conflits armés*»<sup>94</sup> et rappelle son intention «*d'imposer, par des résolutions visant spécialement tel ou tel pays, des mesures ciblées et calibrées*»<sup>95</sup> à l'égard de parties à des conflits qui violeraient les règles du droit international en matière de protection des enfants dans les conflits armés. Dès mars 2009, le Secrétaire Général marque d'une astérisque les parties présentes sur les listes annexées au rapport annuel sur les enfants et les conflits armés depuis au moins quatre années<sup>96</sup>. En août 2009, le Conseil de Sécurité demande, enfin, au Secrétaire Général d'inclure dans les listes figurant à la fin de son rapport annuel «*les parties à un conflit armé qui, en violation du droit international applicable, commettent systématiquement des meurtres et mutilations d'enfants et/ou des viols et autres formes de violence sexuelle contre les enfants, dans des situations de conflit armé*»<sup>97</sup>. Le Conseil demande également au Secrétaire Général de lui soumettre un rapport en 2010 indiquant, notamment, «*les mesures prises par les parties énumérées dans les listes figurant dans les annexes afin de mettre fin à toutes les violations et sévices commis sur la personne d'enfants dans des conflits armés*»<sup>98</sup>.

93. Il s'agit des violations suivantes : a) Massacre ou mutilation d'enfants ; b) Recrutement ou utilisation d'enfants soldats ; c) Attaques dirigées contre des écoles ou des hôpitaux ; d) Viol d'enfants et autres actes graves de violence sexuelle à leur égard ; e) Enlèvement d'enfants ; f) Refus d'autoriser l'accès des organismes humanitaires aux enfants. AG ONU et CS, Rapport du Secrétaire Général sur les enfants et les conflits armés, 9 février 2005, A/59/695-S/2005/72, §66.

94. CS, Résolution 1612, 26 juillet 2005, S/RES/1612 (2005), §2.

95. *Ibid.*, §9.

96. AG ONU et CS, Rapport du Secrétaire Général sur les enfants et les conflits armés, 26 mars 2009, A/63/785-S/2009/158, Annexe I et II.

97. CS, Résolution 1882, 4 août 2009, S/RES/1882 (2009), §3.

98. *Ibid.*, §19 (b).

Le mécanisme de surveillance et de communication de l'information mis en place à la demande du Conseil de Sécurité révèle bien la logique de régulation à l'œuvre. Plutôt que de se limiter à édicter des règles générales et à en prévoir la sanction par des mesures ciblées, le Conseil de Sécurité cherche à initier, grâce aux rapports annuels, un mécanisme de surveillance, basé sur une logique dite de «*namings and shaming*», qui doit conduire les acteurs à accepter, dans un second temps, la mise en place d'un mécanisme d'accompagnement dans la voie du respect des règles du droit humanitaire. Il s'agit donc de privilégier les voies d'une régulation souple, faisant appel aux ressources normatives des acteurs eux-mêmes, plutôt que de s'engager dans la voie dure et coûteuse de la sanction pénale et de l'intervention internationale.

Ces quelques exemples montrent que, face à la crise d'efficacité du droit international humanitaire, on observe le développement sans cesse grandissant d'instruments de régulation alternatifs qui s'appuient, en tout ou en partie, sur des formes de normativités peu exploitées par le droit international humanitaire classique. Ces instruments ne sont pas seulement utilisés pour la régulation des groupes armés. Ils se rencontrent également dans le domaine de la régulation des sociétés militaires privées.

Le développement de ces sociétés stimule en effet le recours à de tels instruments. Certes, ces sociétés ne sont pas neuves et on se souvient encore du tollé qu'avait provoqué, à la fin des années '90, l'implication de la société militaire *Sandline International* en Papouasie-Nouvelle-Guinée ou de la société *Executive Outcomes* dans le conflit opposant le gouvernement de l'Angola à l'UNITA. Le développement de ces sociétés militaires privées a fait couler beaucoup d'encre<sup>99</sup> et il ne nous est

99. Voir *inter alia* CAMERON, L., «Private Military Companies: Their Statut Under International Law and its Impact on Their Regulations», *International Review of the Red-Cross*, vol. 88, 2006, pp. 573-598; CHESTERMAN, S., LEHNARDT, C., (ed.), *From Mercenaries to Market. The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, 2007; DICKINSON, L., «Government for Hire: Privatizing Foreign Affairs and the Problem of Accountability under International Law», *William and Mary Law Review*, vol. 45, 2005, pp. 135-237; GASTON, E.L., «Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry

certainement pas possible d'aborder les nombreuses questions que soulève le recours de plus en plus courant à ces sociétés militaires privées. Il importe toutefois d'examiner brièvement la question de la régulation du comportement de ces sociétés puisqu'elle met en évidence une évolution similaire à celle constatée dans le cas de la régulation des groupes armés. Il n'est d'ailleurs pas rare que les deux sujets soient abordés ensemble par la doctrine<sup>100</sup>.

L'essor des sociétés militaires privées a ouvert de nouvelles interrogations concernant le respect du droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire. Ne pouvant être systématiquement assimilées à des mercenaires au sens de l'article 47§2 du Protocole I<sup>101</sup>, ces sociétés militaires privées soulèvent de nombreuses questions quant à leur statut en droit international et aux mécanismes que les Etats devraient adopter lorsqu'ils ont recours à de telles entreprises pour remplir leurs obligations internationales. En vue de répondre aux interrogations soulevées par ces sociétés militaires privées, 17 Etats<sup>102</sup> ont adopté en octobre 2008 le *Document de Montreux* qui établit les obligations des Etats lorsqu'ils traitent avec des sociétés militai-

and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement», *Harvard International Law Journal*, vol. 49, 2008, pp. 221-248; SINGER, P.W., *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, New York, Cornell University Press, 2003; ZARATE, J., «The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law And the New World Disorder», *Stanford Journal of International Law*, vol. 34, 1998, pp. 75-162.

100. Voir p. ex. CLAPHAM, A., «Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations», *International Review of the Red Cross*, vol. 88, 2006, pp. 491-523.

101. Voir l'analyse proposée dans CAMERON, L., *op. cit.* Voir aussi les analyses de SCHEIMER, M., «Separating Private Military Companies From Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support that Reflects Customary International Law», *American University International Law Review*, vol. 24, 2009, pp. 609-646.

102. A savoir: Afghanistan, Afrique du Sud, Allemagne, Angola, Australie, Autriche, Canada, Chine, États-Unis d'Amérique, France, Iraq, Pologne, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Suède, Suisse et Ukraine.

res privées et qui décrit 70 bonnes pratiques susceptibles d'aider les Etats à remplir ces obligations<sup>103</sup>.

D'aucuns considèrent toutefois que les propositions du *Document de Montreux* ne permettent pas une régulation efficace du comportement de ces sociétés. Le plus souvent, il est dès lors proposé de faire appel à des instruments de régulation alternatifs. En ce sens, le groupe de travail sur les mercenaires de l'ancienne Commission des droits de l'homme plaidait en mars 2006 pour l'application aux sociétés militaires privées du «*projet de normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme*»<sup>104</sup> de la Sous-commission pour la protection et la promotion des droits de l'homme<sup>105</sup>. Dans cette optique, la régulation des sociétés militaires privées apparaît comme un cas particulier de la régulation de la responsabilité sociale des entreprises.

Dans le prolongement de cette perspective, on a pu voir se développer une multiplicité d'initiatives et de propositions visant à encadrer le comportement des sociétés militaires privées par l'intermédiaire de codes de conduites ou d'instruments typiques du champ de la responsabilité sociale des entreprises. En 2009, James Cockayne et ses collaborateurs ont ainsi publié un rapport faisant état de l'ensemble des initiatives existantes en matière de régulation des activités des sociétés militaires privées. Ce rapport propose par ailleurs, au terme d'une analyse comparée des ins-

103. AG ONU et CS, Annexe à la lettre datée du 2 octobre 2008 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies: Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés, 6 octobre 2008, A/63/467-S/2008/636.

104. Sur cet instrument, voir HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., «Corégulation et responsabilité sociale des entreprises», in BERNIS, T., DOCQUIR, P.-F., FRYDMAN, B., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 166 et sqq.

105. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination on the resumed first session (10 to 14 October 2005 and 13 to 17 February 2006), 3 mars 2006, E/CN.4/2006/11/Add.1, §28.

truments de régulation existant dans d'autres secteurs, certaines recommandations pour améliorer la situation actuelle<sup>106</sup>. Le lecteur ne s'étonnera pas de trouver dans ces recommandations toutes les propositions existants dans d'autres secteurs de l'industrie : création d'un observatoire international ou mondial, mise en place de mécanismes d'accréditation fondés sur la certification, l'audit et la notation, création d'un tribunal arbitral spécifique, mise en place d'un code de conduite standard ou encore développement d'une structure globale regroupant toutes les parties prenantes afin de réguler le comportement des sociétés militaires privées<sup>107</sup>. L'éventail complet des instruments de régulation qui se sont développés ces trente dernières années à la faveur de la mondialisation fait ainsi son entrée triomphale dans le domaine de la régulation des conflits et de la protection du droit humanitaire.

Ainsi, à titre d'exemple, l'organisation américaine *International Peace Operations Association* (IPOA), qui regroupe en 2009 une soixantaine de sociétés opérant dans le domaine de la sécurité, a établi un code de conduite à destination de ses membres. Ce code de conduite demande notamment aux signataires d'agir en conformité avec le droit international humanitaire et les droits de l'homme. Il impose également à ses signataires « d'aller au-delà des exigences légales minimales et de soutenir les besoins éthiques impératifs supplémentaires qui sont nécessaires aux opérations efficaces relatives à la sécurité et la paix »<sup>108</sup>. Une entreprise partie à ce code de conduite a l'obligation, si elle doit prendre part aux hostilités, d'établir des règles d'engagement compatibles avec les obligations du droit international humanitaire et des droits de l'homme<sup>109</sup>. Enfin, lorsqu'une société signataire sous-traite tout ou partie de son activité, le code lui impose de vérifier que le sous-traitant remplit au moins les conditions

106. COCKAYNE, J., *et al.*, *Beyond Market Forces: Regulating the Global Security Industry*, New York, International Peace Institute, 2009.

107. *Ibid.*, pp. 237-255.

108. IPOA, *Code de conduite*, v. 12, art. 9.1. (disponible en ligne sur [http://ipoaworld.org/eng/index.php?option=com\\_content&view=article&id=171&Itemid=184](http://ipoaworld.org/eng/index.php?option=com_content&view=article&id=171&Itemid=184)).

109. *Ibid.*, art. 9.2.

fixées par le code de l'IPOA. L'entreprise signataire du code de conduite ne s'engage pas seulement à respecter les normes générales qui y sont prévues. Elle se soumet également à un mécanisme de contrôle. Celui-ci prévoit la possibilité pour toute personne d'introduire une plainte auprès de l'IPOA pour non respect du code de conduite par une entreprise signataire. L'introduction d'une telle plainte ouvre la voie à des procédures disciplinaires qui peuvent aller jusqu'à l'exclusion d'un membre de l'association<sup>110</sup>.

De nombreux codes de conduite de ce type ont été mis en place. Ainsi, la *British Association of Private Security Companies* a-t-elle développé des standards que doivent respecter l'ensemble des membres de l'association. En vue de faciliter la révision du mode de fonctionnement interne des sociétés privées de sécurité qui souhaitent adhérer à l'association, celle-ci a développé un outil d'autoévaluation appelé le « Self Assessment Workbook »<sup>111</sup>. Celui-ci doit permettre à une entreprise candidate de vérifier qu'elle respecte effectivement les règles de l'association et qu'elle est en mesure de souscrire à sa charte. Celle-ci prévoit notamment de refuser tout contrat qui serait incompatible avec le droit des droits de l'homme et de s'abstenir de donner accès à des armes létales lorsqu'on peut raisonnablement croire qu'un tel acte conduirait à des violations des droits de l'homme<sup>112</sup>.

Qu'il s'agisse des groupes armés ou des sociétés militaires privées, le constat frappant est la migration des normes du droit international humanitaire vers des instruments de régulation alternatifs. Ceux-ci mobilisent des normativités exploitées généralement par les modes de régulation des conflits pré-modernes.

110. Voir IPOA, *Enforcement Mechanism*, v.1 (disponible en ligne sur [http://ipoaworld.org/eng/index.php?option=com\\_content&view=article&id=53&Itemid=65](http://ipoaworld.org/eng/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=65))

111. BAPSC, *Self-Assessment Workbook*, juillet 2007 (disponible en ligne sur <http://www.bapsc.org.uk/downloads/BAPSC%20Self-Assessment%20Workbook.pdf>).

112. Voir BAPSC, *Charter* (disponible en ligne sur [http://www.bapsc.org.uk/key\\_documents-charter.asp](http://www.bapsc.org.uk/key_documents-charter.asp)).

## B. – Régulation des conflits armés et normativité pré-moderne

Les instruments alternatifs de régulation des conflits proposés aujourd'hui pour répondre à la crise d'effectivité du droit humanitaire miment à bien des égards des modes de régulation typiques des conflits armés pré-modernes. Ils en empruntent tantôt la forme, tantôt l'efficacité propre. Dans tous les cas, ils cherchent à mobiliser des types de normativité dont l'ancien *droit des gens* était essentiellement tributaire.

La logique des codes de conduite est ainsi celle qui prévaut dans la régulation de la guerre médiévale. Sans prétendre faire œuvre d'historien, il faut remarquer que la régulation des conflits armés au Moyen-âge ne s'appuie pas directement sur les propositions générales et abstraites des canonistes mais sur des *mœurs* rassemblées et véhiculées dans des codes tels que l'*arbre des batailles* d'Honoré Bonnet ou le *Livre des faits d'armes et de chevalerie* de Christine de Pizan<sup>113</sup>. Si ces codes expriment l'idéal des gens d'armes et traduisent sous une forme concrète les formules des canonistes, ils visent aussi essentiellement à protéger une classe particulière de la société médiévale et à établir les règles de la pratique économique du pillage<sup>114</sup>. Il n'en fixe pas moins les principes élémentaires d'une *lex armorum* dont le respect est fondé sur l'utilité, l'honneur et la réputation plutôt que sur la crainte de la sanction légale. Les gens d'armes se doivent d'agir en «*toute seigneurie et chevalerie*»<sup>115</sup> et les codes de chevalerie explicitent les maximes nécessaires à cette fin.

Constituant une étape de la formation du droit des gens en matière de conduite des hostilités<sup>116</sup>, ces codes sont loin d'être

113. KEEN, M.H., *The Laws of War in the Late Middle Ages*, London, Routledge, 1965, p. 22.

114. Voir BARBER, R., *The Knight and Chivalry*, London, Sphere Books, 1974, p. 210.

115. CONTAMINE, P., *op. cit.*, p. 459.

116. Voir notamment NUSSBAUM, A., *A Concise History of the Law of Nations*, New York, Macmillan, 1947, p. 35. Voir également NEFF, S.C., *War and the Law of Nations: a General History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 73 et sqq.

toujours respectés<sup>117</sup>. Ils fixent toutefois des règles essentielles à la conduite des hostilités. Ainsi, le *Livre des faits d'armes et de chevalerie* de Christine de Pizan expose-t-il les normes relatives aux prisonniers de guerre ou à l'usage de la ruse légitime par rapport à ce que nous appellerions la perfidie. Progressivement, ces codes de conduite, qui connaissent une large diffusion en Europe<sup>118</sup>, déterminent des règles de plus en plus spécifiques pour la protection des civils<sup>119</sup>.

Dans une note de bas de page à son imposante étude sur la doctrine de la guerre juste, P. Haggemacher indiquait qu'«*une étude approfondie, mais combien difficile pour une époque qui ne le ressent plus de la même façon, resterait à faire sur le rôle éminent du sentiment de l'honneur dans les relations politiques et surtout belliqueuses au moyen âge et jusque dans les temps modernes*»<sup>120</sup>. Mis à part l'utilité, c'est bien d'abord sur ce sentiment que les codes de chevalerie fondent leur efficacité normative. Les codes de conduite contemporain tentent de puiser aux mêmes ressources normatives. Les codes de conduite à destination des groupes armés ou des sociétés militaires privées cherchent à répondre à la crise de l'effectivité du droit humanitaire par la mise en œuvre renouvelée des lois de l'honneur et de la réputation. Il en va de même, pour partie, du mécanisme mis en place par les Nations Unies qui, par la publication de listes des bons et des mauvais élèves de la protection des femmes et des enfants en temps de conflit armé, donnent à l'honneur et à la réputation une importance de premier ordre.

117. Voir la mise au point proposée par Kaeuper sur la dissonance entre l'idéal chevaleresque et la pratique de la violence : KAEUPER, R.W., *Chivalry and Violence in Medieval Europe*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 30 et sqq.

118. STEVENSON, K., *Chivalry and Knighthood in Scotland 1424-1513*, Woodbridge, Boydell Press, 2006, pp. 142 et sqq.

119. Sur la sensibilité grandissante à la question de la protection des civils, voir ALLMAND, C., «*War and the Non-Combatant in the Middle Ages*», in KEEN, M., (ed.), *Medieval Warfare: a History*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 253-272.

120. HAGGENMACHER, P., *Grotius et le doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983, p. 78, n. 115.

Il est encore question de codes dans le rôle des pénitentiels et, plus tard, des manuels de confession qui jouent un rôle non négligeable dans la constitution de l'*ethos* militaire et la définition des règles de l'ancien *ius armorum*. Contamine indique ainsi que le système de pénitence et de repentance «*comportant une tarification rigoureuse et objective*»<sup>121</sup> était fondamental pour la régulation du comportement des combattants. Il s'agissait là d'un enjeu important pour l'Eglise qui, dès le 8<sup>e</sup> siècle, met en place et favorise des pratiques spécifiques de confession des soldats<sup>122</sup>. Ceux-ci doivent se dire et faire amende honorable pour leurs actions. Contamine rapporte à titre d'exemple l'interrogatoire d'un pénitent par son confesseur dans le *Corrector sive medicus* de Burchard :

«*As-tu tué à la guerre sur l'ordre d'un prince légitime qui faisait la guerre pour rétablir la paix? As-tu assassiné le tyran qui s'appliquait à troubler la paix? Si oui, tu jeûneras trois carêmes les jours prescrits. Mais s'il en a été autrement, en dehors des ordres d'un prince légitime, tu feras pénitence, comme pour un homicide volontaire*»<sup>123</sup>.

Les pratiques de ce type sont courantes durant tout le Moyen-âge et visent à concilier les idéaux chrétiens avec les contraintes de la lutte armée<sup>124</sup>. Elles se cristallisent par le biais du développement des manuels de confessions à partir du 12<sup>e</sup> siècle. Ces manuels développent des sections spécifiques pour la confession des gens d'armes. Ainsi, le *Libro de las confesiones* de Martin Pérez ou le *Tratado de confesion de Juan Martinez de Almazan* contiennent-ils une section destinée, en particulier, à la confes-

121. CONTAMINE, P., *op. cit.*, p. 428.

122. BACHRACH, D., «Confession in the Regnum Francorum (742-900) : The Sources Revisited», *Journal of Ecclesiastical History*, vol. 54, 2003, pp. 3-22.

123. CONTAMINE, P., *op. cit.*, p. 429.

124. Pour une analyse de cette question sur le temps long, voir KOTTJE, R., «Tötung im Krieg als rechtliches und moralisches Problem im frühen und hohen Mittelalter (7.-12. Jh.)», in HECKER, H., (ed.), *Krieg in Mittelalter und Renaissance*, Düsseldorf, Droste, 2005, pp. 17-40.

sion des chevaliers<sup>125</sup>. La confession est un véhicule puissant pour les règles du droit d'arme. Elle dissémine de manière ciblée et individualisée les principes du droit des armes. Le développement progressif de manuels standardisés pour la confession des soldats favorise ainsi la circulation, sous une forme pratique, de principes fondamentaux d'un droit des conflits armés.

Sur le plan de l'efficacité normative, les pénitentiels et manuels de confession puisent à une autre source que les codes de chevalerie. Alors que ces derniers mobilisent surtout le regard des tiers, ceux-là font surtout appel à une forme de réflexivité. Ils organisent un mécanisme de contrôle social basé sur l'obligation de se dire soi-même. La pratique du *reporting* qu'on retrouve aussi bien dans l'initiative du *Geneva Call* que dans le mécanisme mis en place par les Nations Unies tente dans une certaine mesure de puiser à cette même source d'efficacité normative.

### III. Conclusion

Parti de l'examen de la thèse des *guerres nouvelles*, nous avons cherché à démontrer dans cette étude que les nouvelles configurations conflictuelles miment essentiellement les caractéristiques des conflits pré-modernes. Dans ce contexte, beaucoup font le constat aujourd'hui d'une crise d'efficacité du droit international humanitaire classique. Pour répondre à cette crise, de nombreuses initiatives sont nées qui visent à faire migrer les normes du droit humanitaire vers des instruments de régulation alternatifs. Ces instruments ont généralement la même forme que ceux dont on observe la démultiplication dans les domaines de la régulation particulièrement affectés par la mondialisation. En ce sens, la thèse des *guerres nouvelles* signale l'entrée du débat sur la mondialisation dans le sanctuaire étatique de l'usage de la force

125. Sur les manuels de confession et les catégories sociales pour lesquels des sections spécifiques sont prévues, voir SOTO RABANOS, J.M., «Visión y tratamiento del pecado en los manuales de confesión de la baja edad media Hispana», *Hispania Sacra*, LVIII, 2006, pp. 411-447.

et introduit de la sorte un projet normatif aux contours bien différents de celui du droit humanitaire classique.

Il n'en reste pas moins que ces instruments alternatifs ressemblent également à s'y méprendre, du point de vue de la normativité dont ils procèdent, aux instruments qui ont longtemps prévalu dans la régulation des conflits pré-modernes. Faut-il en conclure que le droit international humanitaire opère aujourd'hui un grand retour en arrière? Assiste-t-on au contraire à l'émergence de quelque chose de totalement neuf? Faut-il parler aujourd'hui d'un retour au droit des gens ou d'un dépassement du droit international humanitaire?

Ces questions sont effleurées dans plusieurs articles de M. Sassoli consacrés aux régulations contemporaines des conflits armés. M. Sassoli s'y interroge en effet sur la possibilité de voir émerger une nouvelle «*lex armorum*»<sup>126</sup> ou «*lex militarum*»<sup>127</sup>. La multiplication des instruments normatifs destinés à assurer le respect du droit humanitaire pose en effet le délicat problème des interactions entre ces nouveaux instruments et les mécanismes classiques de protection de ce droit. Cette question de l'interaction formulée par Sassoli rejoint celle qui hante la doctrine au sein de chaque branche du droit confrontée aux nouveaux instruments de régulation. Traitant cette question de manière générale, André-Jean Arnaud indiquait dans un article séminal que le droit étatique était tantôt relayé, tantôt suppléé et tantôt supplanté par les nouvelles régulations<sup>128</sup>. Les interrogations soulevées par les instruments de régulation alternatifs dans les nouvelles configurations conflictuelles renvoient aux mêmes alternatives.

126. SASSOLI, M., «Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian and International Human Rights Law», Paper submitted to the Armed Group Conference, Vancouver, Canada, 13-15 November 2003, p. 7.

127. SASSOLI, M., «Legal mechanisms to improve compliance with International Humanitarian Law by armed groups», in *Améliorer le respect du droit international humanitaire*, Actes du Colloque de Bruges, 11-12 septembre 2003, p. 98.

128. ARNAUD, A.-J., «De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques», *Droit & Société*, vol. 35, 1997, pp. 11-35.

Le contenu du droit international humanitaire peut en effet être relayé par ces nouveaux instruments. Dans ce cas, ceux-ci viennent renforcer les normes du droit existant en leur servant de vecteurs et en leur surimposant des normativités spécifiques que la règle de droit traditionnel ne parvient pas à mobiliser. Dans cette hypothèse, les instruments de régulation alternatifs viendraient, telles des béquilles, soutenir un droit des conflits armés en crise. On pourrait dans ce cas légitimement évoquer l'idée d'un retour au droit des gens. Les nouveaux instruments de régulation viendraient en effet renforcer les normes générales du droit humanitaire comme par le passé les codes de chevalerie ou les manuels de confession relayaient, en leur majeure partie, les règles générales des canonistes ou des auteurs du droit des gens.

Deuxièmement, le droit humanitaire peut être suppléé par ces instruments alternatifs. Ceux-ci viennent alors spécifier de manière contextuelle la règle de droit ou combler, le cas échéant, certaines lacunes. Dans cette hypothèse, les instruments alternatifs pourraient avoir des conséquences nettement plus importantes sur le corpus du droit humanitaire. Ils pourraient notamment préparer le terrain à de nouveaux développements juridiques. Ainsi, l'association *Geneva Call*, qui mène actuellement une réflexion sur le développement d'une norme relative aux enfants soldats, devra nécessairement faire un choix dans la fixation de la limite d'âge qui caractérise la catégorie «enfant». A supposer qu'un traité international soit développé sur cette question et que la norme de cette association connaisse un certain succès, il sera difficile aux négociateurs de ne pas s'aligner sur le seuil proposé par l'association genevoise. Dans cette hypothèse, les instruments alternatifs auraient vocation à produire un effet en retour sur le droit humanitaire tant conventionnel que coutumier. Ils ne constitueraient toutefois pas un régime juridique *per se* mais se situeraient quelque part entre le fait et la règle de droit.

La dernière hypothèse est à la fois la plus inquiétante et la plus intéressante intellectuellement. Il se pourrait en effet que le droit international humanitaire soit, en tout ou en partie, supplanté par ces instruments alternatifs. Ceux-ci affaibliraient ainsi le cadre normatif existant et contribueraient à l'émergence de

régimes spécifiques, autonomes, et sans doute dérogatoires. Dans cette hypothèse, on assisterait à un véritable dépassement du droit humanitaire par une nouvelle *lex armorum*, voir, par une multiplicité de régimes par rapport auxquels les acteurs auraient un droit d'option. Le droit humanitaire tomberait ainsi, comme d'autres domaines du droit, dans un système de marché de la norme où les acteurs adoptent eux-mêmes les règles qui leur semblent les plus adéquates.

A ce jour, il est bien délicat de faire des pronostics sur l'hypothèse qui l'emportera. Une chose est toutefois certaine. Comme dans d'autres branches du droit, la poursuite de l'efficacité normative continuera de favoriser le recours à des instruments de régulation alternatifs. Ceux-ci offrent en effet de nombreuses opportunités pour encadrer le comportement des acteurs dans les nouvelles configurations conflictuelles. Leur généralisation inaugure toutefois une période de grande instabilité pour le droit humanitaire à laquelle la doctrine devra faire face sans faux-fuyant.