

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA PARTICIPATION STRUCTURELLE COMME FORME DE PARTICIPATION DIRECTE
AUX HOSTILITÉS DANS LE DROIT DES CONFLITS ARMÉS NON-INTERNATIONAUX

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

ANDRÉS CONTRERAS VELANDIA

OCTOBRE 2022

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je remercie profondément mon directeur de recherche Alejandro Lorite Escorihuela pour sa patience, son écoute et la subtilité de sa critique. Mon admiration et mon respect à son égard ont été une source de motivation importante tout au long de ce processus. Je remercie les membres de ma famille pour leur amour inconditionnel. Je remercie ma mère, Olga Lucia Velandia, qui est mon amie et ma confidente, mon père, Jorge Ernesto Contreras, qui m'a toujours encouragé à écouter la voix de mon for intérieur. Je remercie mon frère et mes sœurs pour leurs conseils et leur support. J'adresse un remerciement tout particulier aux personnes extraordinaires qui m'accompagnent dans la vie et me servent d'inspiration. Plusieurs d'entre elles ont été indispensables à la réalisation de ce projet. J'espère qu'elles se reconnaîtront. Enfin, je remercie la vie de m'avoir accordé la chance d'approfondir mes idées et questionner mes croyances tout au long de ce processus. Sans aucun doute, j'en ressors un meilleur étudiant et une meilleure personne également.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	ii
LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES	v
RÉSUMÉ.....	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE 1 LE FINANCEMENT DES GROUPES PARAMILITAIRES À L'AUNE DU PRINCIPE DE LA NÉCESSITÉ MILITAIRE.....	31
1.1 Quel paramilitarisme?.....	31
1.1.1 <i>Aux origines du paramilitarisme</i>	32
1.1.2 <i>Expansion et consolidation du modèle paramilitaire</i>	34
1.2 Le financement des forces armées ennemies et la nécessité militaire	36
1.2.1 <i>Comment interpréter la nécessité militaire?</i>	38
1.2.2 <i>La neutralisation des agents financiers est-elle militairement nécessaire?</i>	43
CHAPITRE 2 LE FINANCEMENT DES GROUPES ARMÉS NON-ÉTATIQUES SELON LE PRINCIPE D'HUMANITÉ	45
2.1 La notion de participation directe aux hostilités	46
2.2 Les interprétations restrictives de la PDH	50
2.2.1 <i>Le financement de la violence selon une grille d'analyse tactique de la PDH</i>	56
2.3 Les interprétations permissives de la PDH	58
2.3.1 <i>Le financement de la violence selon une définition ouverte de la PDH</i>	64
CHAPITRE 3 EST-CE QUE LA NOTION DE PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITES DOIT ÊTRE REINTERPRÉTÉE DANS LES CONFLITS CIVILS ?	83
3.1 Le financement privé des groupes armés non étatiques et la PDH.....	85
3.1.1 <i>Le rôle du capital dans les conflits civils</i>	86
3.1.2 <i>Les objectifs économiques dans les conflits civils</i>	94
3.2 La notion de participation structurelle aux hostilités.....	100
3.3 Une définition opérationnelle et étanche de la PSH	104
CONCLUSION	112
BIBLIOGRAPHIE	116

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CG	Conventions de Genève de 1949
CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour pénale internationale
DIH	Droit international humanitaire
FARC	Forces armées révolutionnaires de Colombie
PAI	Premier protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux
PAII	Deuxième protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux
PDH	Participation directe aux hostilités
PSH	Participation structurelle aux hostilités
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

RÉSUMÉ

Cette étude propose de revisiter la définition de la notion de participation directe aux hostilités dans le but d'adapter celle-ci aux spécificités des conflits armés non internationaux. Prenant pour objet d'analyse la question du financement des groupes paramilitaires colombiens par des acteurs privés et sur la base d'une analyse interdisciplinaire, l'étude identifie certains éléments problématiques dans les interprétations dominantes de ce régime applicable aux conflits armés non internationaux. En particulier, il démontre que les arguments qui justifient l'exclusion des activités de financement de la notion de participation directe aux hostilités font abstraction d'un phénomène spécifique aux conflits internes : le financement intégral de groupes armés par le biais de fonds privés. Il soutient que cette lacune est à l'origine d'une répartition inégalitaire des bénéfices juridiques accordés par le droit international humanitaire entre les personnes privilégiées et subalternes. Dans le but de contribuer au perfectionnement de cette discipline et, singulièrement, au respect de ce droit par les parties aux conflits armés non internationaux, l'étude propose une réinterprétation étanche et opérationnelle du critère de seuil de nuisance mis de l'avant par le Comité international de la Croix-Rouge dans son *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités* pour interpréter cette notion aux termes de l'alinéa 13(2) du *Deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*.

Mots clés : Participation directe aux hostilités, Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, droit des conflits armés non internationaux, activités de financement, conditions de respect du droit international humanitaire, immunité des personnes non combattantes, fragmentation du monopole étatique de la violence légitime, indétermination du droit international, article 13 du Deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949.

ABSTRACT

This study proposes a redefinition of the notion of direct participation in hostilities in order to adapt it to the particular settings of non-international armed conflicts. Our analysis is centered around the subject of private funding of Colombian paramilitary groups and is based on an interdisciplinary approach. The study identifies a number of problems within the dominant interpretations of what comprises direct participation in hostilities in non-international armed conflicts. In particular, it demonstrates that the arguments justifying the exclusion of financial activities from this legal regime disregard a phenomenon that is specific to internal conflicts: the integral funding of non-state armed groups through private funds. It argues that this omission creates an unequal distribution of the legal benefits granted by International Humanitarian Law between privileged and subordinate persons. In hoping to contribute to the improvement of the field and, in particular, to enhance compliance with this law by the parties to non-international armed conflicts, the study proposes a hermetic and operational reinterpretation of the harm threshold criterion put forward by International Committee of the Red Cross in its *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities* in order to interpret this concept under paragraph 13(2) of the *Second Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*.

Keywords : Direct participation in hostilities, Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities, Law of non-international armed conflicts, Financial activities, Enhancing respect for International humanitarian law, Immunity of non-combatants, Fragmentation of state monopoly on legitimate violence, Indeterminacy of International law, section 13 of Second Additional Protocol to the Geneva Conventions of 1949.

INTRODUCTION

Un des principaux défis auxquels est confronté le droit international humanitaire (ci-après DIH) dans l'actualité concerne le fait que des groupes armés non étatiques dirigent souvent leurs attaques contre la population civile¹. Dans la littérature scientifique, le recours à cette méthode de guerre interdite² peut être abordé depuis différents angles d'analyse. Dans certains cas, il est remarqué que ces attaques seraient perpétrées par des groupes armés en situation d'infériorité militaire, soucieux d'affaiblir l'État ennemi par des moyens non conventionnels³. Dans les conflits à caractère ethnique, ces attaques peuvent être reliées à la haine qu'entretiennent les parties en conflit et, parfois, à leurs projets génocidaires⁴. D'autres explications, telles que la méconnaissance du DIH par les chefs de guerre⁵, leur sadisme⁶, leur vocation criminelle⁷ ou, encore, leur allégeance à des codes de guerre alternatifs au DIH⁸, peuvent également être répertoriées.

¹ Mahmoud Cherif Bassiouni, « The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors » (2008) 98:3 J Crim L & Criminology 711.

² *Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 973 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950), art 3; *Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 8 août 1977, 1125 RTNU 609 (entrée en vigueur : 7 décembre 1979), art 13.

³ Bassiouni, *supra* note 1 aux pp 739, 785-789; Andreas Feldmann & Victor Hinojosa, « Terrorism in Colombia: Logic and Sources of a Multidimensional and Ubiquitous Phenomenon » (2009) 21 Terror Political Violence 42-61, à la p 54; Reed Wood, « Understanding strategic motives for violence against civilians during civil conflict » dans Heike Krieger, dir, *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 13, aux pp 785-789.

⁴ Wood, *supra* note 3 à la p 34.

⁵ Olivier Bangerter, « Reasons why armed groups choose to respect international humanitarian law or not » (2011) 93:882 RICR 353-384, à la p 369.

⁶ John Mueller, « The Banality of "Ethnic War" » (2002) 25 Int Secur 42, aux pp 42, 53-54.

⁷ Voir par exemple Mary Kaldor, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, 3rd ed éd, Oxford, Wiley, 2013.

⁸ Bangerter, *supra* note 5 à la p 370.

Considérant que la participation des groupes armés non étatiques aux conflits armés modernes serait sur une pente ascendante⁹, une partie importante de la littérature scientifique consacrée à cette question s'intéresse aux solutions qui renforceraient le respect des personnes civiles chez ces derniers¹⁰. Pour des acteurs comme le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après CICR), une des solutions à privilégier serait d'engager des discussions directes avec les groupes armés à l'origine des exactions¹¹. Ils considèrent que le dialogue permettrait d'obtenir des engagements spécifiques de la part des chefs de guerre, qu'il faciliterait la vulgarisation des règles de droit international humanitaire et qu'il présenterait des occasions pour discuter des motifs pour lesquels le respect de ces règles serait dans l'intérêt de toutes les parties en conflit¹². En effet, le fait d'engager des discussions directes avec des groupes armés non étatiques présente une « vitrine » sur leur fonctionnement interne, sur leurs motivations et, ultimement, sur le type d'argumentation susceptible de les persuader¹³. Par conséquent, alors qu'avec certains groupes ces discussions seront centrées autour des coutumes et croyances qui corroborent le DIH¹⁴, avec d'autres, elles seront structurées autour de la réfutation des arguments précis pour lesquels les groupes rejettent ce droit¹⁵.

Nonobstant l'utilité du dialogue pour les fins que nous venons de mentionner, il arrive que des groupes armés non étatiques refusent de se conformer au droit international humanitaire malgré les

⁹ Pour un survol de la question depuis l'angle de la civilianisation des conflits armés, voir Andreas Wenger & Simon J A Mason, « La « civilianisation » des conflits armés : tendances et conséquences » (2008) 90:872 RICR 835-852.

¹⁰ Voir Michelle Mack, *Increasing respect for international humanitarian law in non-international armed conflicts*, Geneva, Comité International de la Croix-Rouge, 2008; Annyssa Bellal & Stuart Casey-Maslen, « Enhancing Compliance with International Law by Armed Non-State Actors » (2011) 3:1 GoJIL 175-197; Cedric Ryngaert & Anneleen Van de Meulebroucke, « Enhancing and Enforcing Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Armed Groups: an Inquiry into some Mechanisms » (2011) 16:3 JCSL 443-472.

¹¹ Voir Mack, *supra* note 10.

¹² *Ibid* aux pp 20, 30; Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, dir, *Rules of engagement: protecting civilians through dialogue with armed non-state actors*, Geneva, Geneva Acad. of International Humanitarian Law and Human Rights, 2011.

¹³ Voir par exemple Comité international de la Croix-Rouge, *Contenir la violence dans la guerre: les sources d'influence chez le combattant*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2018.

¹⁴ Comité international de la Croix-Rouge, *Engager un dialogue avec les groupes armés non étatiques*, Comité International de la Croix-Rouge, 2021, aux pp 10-11.

¹⁵ *Interpreting Violence: Anti-civilian Thinking and Practice and How to Argue Against it More Effectively*, par Deborah Mancini-Griffoli & Hugo Slim, Genève, Center for Humanitarian Dialogue, 2007 à la p 25; Mack, *supra* note 10 aux pp 13 et 30.

efforts de persuasion déployés à leur égard. Bien que ces situations conduisent à des impasses en ce qui concerne la protection des civils, elles constituent également des occasions pour revisiter la prémisse selon laquelle le droit international humanitaire propose une réglementation adéquate de la guerre¹⁶. Plus précisément, ces situations nous invitent à évaluer si les motifs pour lesquels certains groupes armés choisissent de ne pas respecter le droit applicable pourraient s'avérer raisonnables au regard des principes et objectifs du DIH. Certes, lorsque ces motifs renvoient à des logiques anti-civiles, telles que la punition collective ou l'extermination de l'ennemi¹⁷, nous voyons peu d'intérêt dans l'exercice. Toutefois, il existe de situations où des groupes armés rejettent le DIH au profit d'interprétations marginales des lois de la guerre qui respectent, néanmoins, le principe élémentaire de la distinction entre civils et combattants. À ce sujet, il est pertinent de noter que la ligne de fracture précise entre ces catégories de personnes est un sujet complexe, qui divise l'opinion experte¹⁸, et que les parties en conflit tendent à interpréter selon leur vécu et leur expérience de la guerre¹⁹. Ainsi, il arrive que des groupes armés lancent des attaques contre des civils pour des motifs irrecevables en droit international humanitaire, mais qui paraissent légitimes à leurs yeux, tels que le fait de travailler au sein des installations industrielles de l'ennemi²⁰, de disposer des liens familiaux ou tribaux avec les membres de ses forces armées²¹, d'engager des comportements politiquement hostiles, comme le journalisme²² ou de contribuer économiquement à l'effort de guerre²³. Par exemple, le groupe armé Sudan People's Liberation Movement/Army (SPLM/A) considère comme cibles légitimes les individus qui « propagate or advocate ideas, ideologies or philosophies or organize societies and organizations inside the

¹⁶ Voir Michael N Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance » (2010) 50:4 Va J Int Law 795-839.

¹⁷ Mancini-Griffoli & Slim, *supra* note 15 aux pp 10-15, 24-26.

¹⁸ Marco Sassòli, Antoine A Bouvier & Anne Quintin, *Un droit dans la guerre? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 2012, ch 5, pp 1-2.

¹⁹ « To many people inside a war, civilian identity is not as simple as it looks to outside observers. Most people who humanitarian agencies easily describe as civilians are seen in a more nuanced light by their enemies. Civilians have roles, relationships and views in a war which can make their identity more complex than that described in simple aid appeals » Mancini-Griffoli & Slim, *supra* note 15 à la p 15.

²⁰ *Ibid* à la p 16.

²¹ *Ibid* à la p 17.

²² *Ibid*.

²³ *Ibid* à la p 15.

country or abroad, that tend to uphold or perpetuate the oppression of the people or their exploitation by the Khartoum regime or by any other system of similar nature »²⁴.

Bien sûr, ces questions ont été largement débattues depuis plusieurs décennies et c'est sur la base de ces discussions que les règles du droit international humanitaire ont été construites²⁵. Néanmoins, il est possible que l'interprétation alternative de la règle applicable défendue par ces acteurs apporte des nuances auparavant inexplorées qui seraient utiles au perfectionnement des droits et obligations des parties en conflit, notamment dans des contextes de violence intraétatique.

Pour explorer le bien-fondé de cette affirmation, nous allons prendre en exemple les violations répétées de l'immunité civile par le groupe armé Forces armées révolutionnaires de Colombie (ci-après FARC). Ce groupe est accusé de recourir régulièrement à des méthodes de guerre illégales, telles que la prise d'otages et la détonation indiscriminée de voitures piégées²⁶. Ces comportements sont habituellement attribués à l'infériorité militaire qu'éprouvaient les FARC vis-à-vis les forces armées de l'État²⁷. Ainsi, il est dit que la prise d'otages civils aurait été pratiquée dans le but de générer des ressources financières pour la poursuite des hostilités tandis que les attaques indiscriminées à la voiture piégée auraient eu pour objectif d'éroder la confiance du public en la stabilité de l'État colombien²⁸.

Ceci étant dit, l'évidence suggère que certaines de ces attaques seraient mieux interprétées à la lumière de la conception particulière qu'entretenait ce groupe armé des conditions de suspension de l'immunité dont bénéficient les personnes civiles. Mentionnons rapidement que les FARC modulaient leur comportement en fonction d'une interprétation « révolutionnaire » des lois de la

²⁴ Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck & Carolin Alvermann, *Customary international humanitarian law. :Volume II : Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, à la p 126.

²⁵ Voir Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 2010.

²⁶ Ces chiffres correspondent aux observations répertoriées entre 1996 et 2006 par la base de données Noche y Niebla. Selon cette dernière, 468 des 1029 prises d'otages civils observées pendant cette période peuvent être attribuées au FARC; similairement ce groupe serait responsable de 161 des 418 attaques à la bombe illicites Feldmann & Hinojosa, *supra* note 3 à la p 54.

²⁷ *Colombie, Sentence no 00451*, Conseil d'État (2018).

²⁸ Feldmann & Hinojosa, *supra* note 3 à la p 54.

guerre²⁹, distincte du DIH³⁰. Les aveux d'anciens membres de cette organisation démontrent que ces derniers percevaient le DIH comme un régime juridique illégitime, au service des classes privilégiées³¹ et négocié selon les intérêts des grandes puissances³². Simultanément, ce groupe armé adhéra au principe fondamental selon lequel les attaques directes contre les personnes civiles seraient interdites³³. À maintes reprises les dirigeants des FARC auraient affirmé ne jamais cibler directement la population³⁴. Par exemple, lors du 36^e anniversaire de la fondation du groupe, le Haut-Secrétariat des FARC déclarait : « [P]our les FARC, la défense du peuple est son essence [...] Si, éventuellement, dans la dure confrontation que nous vivons, des personnes étrangères au conflit se voient affectées, cela n'est pas le fruit de nos politiques ni de nos orientations »³⁵.

Il semblerait, cependant, que la notion des « personnes étrangères au conflit » énoncée par les FARC diverge substantiellement de l'interprétation juridiquement acceptable des conditions de suspension de l'immunité dont bénéficient les personnes civiles en droit international humanitaire. Ce point peut être illustré en examinant les arguments avec lesquels ce groupe armé justifiait la détonation indiscriminée de voitures piégées. À titre d'exemple, le 7 février 2003, les FARC ont fait exploser une de ces voitures dans un club social fréquenté par l'élite socioéconomique bogotanaise³⁶ faisant 36 morts et 158 blessés³⁷. Bien que les FARC aient reconnu leur

²⁹ *Case Study: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo (Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army, FARC-EP)*, par Ezequien Heffes & Annyssa Bellal, *From Words to Deeds: A Research Study of Armed Non-State Actors' Practice and Interpretation of International Humanitarian and Human Rights Norms*, Genève, Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2021; *Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia*, « Beligerancia », en ligne: *Their Words* <http://theirwords.org/media/transfer/doc/1_co_farc_ep_2000_10-7b8e3621ef7e288f638a8b47107c3937.pdf>, aux pp 8-9, 11; *War Without Quarter: Colombia and International Humanitarian Law*, par Human Rights Watch, New York, Human Rights Watch, 1998.

³⁰ Heffes & Bellal, *supra* note 29 aux pp 13-14.

³¹ *Ibid* à la p 13.

³² *Ibid* aux pp 12-13.

³³ *Ibid* aux pp 14-15.

³⁴ *Colombia Presidencia de la Republica Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Paz integral y diálogo útil*, Bogotá, Oficina del Alto comisionado para la Paz, 1996, aux pp 68 et 71; Carlos Medina Gallego & Francisco Toloza, *FARC-EP Temas y problemas nacionales 1958-2008*, Bogota, Universidad Nacional de Colombia, 2009, à la p 177.

³⁵ *Colombia. Presidencia de la Republica. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, supra* note 34 à la p 85 [Traduction de l'auteur].

³⁶ *Colombie, Sentencia no. 00451, supra* note 27.

³⁷ *Ibid*.

responsabilité pour cette attaque ainsi que son caractère disproportionnel³⁸, elles affirment que l'objectif de l'opération n'était pas de générer la terreur, mais, plutôt, de neutraliser des collaborateurs des groupes armés paramilitaires³⁹ présents dans les installations de ce club⁴⁰. En date de décembre 2021, l'identité de ces collaborateurs n'a pas encore été révélée⁴¹. Toutefois des documents prétendument saisis aux FARC suggèrent que l'attaque était dirigée contre un groupe d'entrepreneurs et de diplomates qui y tenaient des réunions hebdomadaires⁴². Les motifs pour lesquels ces personnes ont été ciblées demeurent eux aussi secrets, mais il est probable que cette attaque ait été motivée par les relations de proximité qu'entretenaient certains membres de l'élite socioéconomique colombienne avec les groupes paramilitaires. En effet, les FARC dénonçaient régulièrement la connivence des membres de l'establishment économique colombien avec le paramilitarisme⁴³, ce que de nombreuses études confirment, car plusieurs d'entre eux y ont assumé des fonctions importantes⁴⁴, notamment à titre de commandants militaires et d'agents financiers⁴⁵.

³⁸ *Ibid.* Lors d'une cérémonie de réconciliation, des représentants des FARC auraient déclaré ceci: « À vous les familles des victimes du Club El Nogal, nous souhaitons vous dire que nous sommes convaincus que ce qui est arrivé le 7 février 2003 est quelque chose qui n'aurait dû jamais arriver, c'est quelque d'injustifiable » [Notre traduction].

³⁹ Les paramilitaires colombiens étaient des groupes armés antisubversifs ennemis des FARC. Pour un survol général, consultez Edgar de Jesús Velásquez Rivera, « Historia del paramilitarismo en Colombia » (2007) 26 *História* 134-153.

⁴⁰ Au cours de cette cérémonie de réconciliation, les anciens combattants des FARC ont également affirmé : « cette attaque était motivée par des informations qui identifiaient ce club comme un lieu de réunion pour la planification d'opérations antisubversives entre des agents étatiques et des leaders paramilitaires ». *Colombie, Sentence no. 00451, supra note 27*; El Tiempo, « Confesiones de las Farc arrancan por El Nogal », *El Tiempo* (13 février 2018), en ligne: <<https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/farc-confiesan-por-que-atacaron-el-club-el-nogal-182314>>.

⁴¹ El Espectador, « "El atentado a El Nogal fue la mayor equivocación de las Farc": Lozada », (3 février 2018), en ligne: <<https://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/el-atentado-a-el-nogal-fue-la-mayor-equivocacion-de-las-farc-lozada-articulo/>>.

⁴² *Colombie, Sentence no. 00451, supra note 27* au para 3.5.7-3.5.9.

⁴³ Un exemple de ces accusations peut être constaté dans le communiqué suivant où le Secrétaire général des FARC affirmait : « Ce gouvernement, comme ses antécédents [...] ouvre les portes de la 'nueva institucionalidad' aux tueurs à gage paramilitaires facilitant les clubs du nord de Bogota pour leurs réunions avec des dirigeants politiques et entrepreneuriaux sans qu'aucune autorité ne les dérange » *ibid* au para 3.5.16; Ici, l'expression « nueva institucionalidad » fait vraisemblablement référence au système de gouvernance qui émerge en Colombie avec la réforme constitutionnelle de 1991. Voir Daniel Garcia Peña Jaramillo, « La Relación del Estado Colombiano con el Fenómeno Paramilitar: por el Esclarecimiento Histórico » (2005) 53 *Análisis Político* 58-76.

⁴⁴ Pour un survol de la question, voir Francisco Gutiérrez-Sanín & Jenniffer Vargas, « Agrarian elite participation in Colombia's civil war » (2017) 17:4 *J Agrar Chang* 739-748.

⁴⁵ *Ibid* aux pp 742-746.

Par conséquent, s'il est admis que ce groupe d'entrepreneurs et de diplomates aurait été ciblé en raison des liens qu'ils entretenaient avec le paramilitarisme, nous devons constater que, juridiquement, certains de ces liens constituent des motifs insuffisants pour lever l'immunité dont bénéficient normalement les personnes civiles. Il est certain que le droit international humanitaire ne conteste pas la conclusion selon laquelle des civils qui assument le rôle des commandants d'un groupe armé ennemi puissent faire être neutralisés⁴⁶. En revanche, la position selon laquelle les activités de financement des civils pourraient exposer ses auteurs à des attaques directes est manifestement irrecevable⁴⁷. Afin de nous prononcer sur les enjeux juridiques que soulève la conclusion selon laquelle les civils qui agissent comme agents financiers des groupes armés ennemis perdent l'immunité dont ils bénéficient autrement, nous allons dédier les pages qui suivent à l'étude des arguments qui militent en faveur et en défaveur de cette interprétation.

Problématique

Dans le droit international humanitaire contemporain, les parties à un conflit armé sont autorisées à employer la violence nécessaire pour triompher militairement sur l'ennemi à la condition que la cible de cette violence discrimine entre deux catégories des personnes, ceux et celles qui appartiennent aux forces armées étatiques, qui seront les combattants⁴⁸, et le reste de la population, c'est-à-dire les civils⁴⁹. Dans le cadre de cette dichotomie, les personnes qui financent les groupes armés non étatiques seront systématiquement regroupées dans la catégorie des personnes civiles, car le DIH ne reconnaît pas ces dernières comme étant membres des forces armées

⁴⁶ Nils Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities » (2009) 42 NYU J Int'l L & Pol 831, à la p 848.

⁴⁷ Melzer, *supra* note 25 à la p 54.

⁴⁸ « Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la IIIe Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités » *Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978), art 43; « Les membres des groupes armés qui respectent certaines conditions peuvent également bénéficier du statut des combattants ». Voir Sassòli, Bouvier & Quintin, *supra* note 18 vol 1 ch 6.1.

⁴⁹ « Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A, 1), 2), 3], et 6) de la IIIe Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile. » *Protocole additionnel I*, *supra* note 48, art 50(1).

étatiques⁵⁰. Par conséquent, elles bénéficient de l'immunité des civils contre des attaques directes, à moins qu'elles posent des gestes ponctuels qui justifient leur neutralisation sous le régime d'exception applicable. En effet, l'immunité dont bénéficient les personnes civiles peut être suspendue temporairement lorsque ces derniers participent directement aux hostilités⁵¹. Dès lors, afin de discuter de la légalité des attaques directes contre les personnes qui financent les groupes armés non étatiques, nous devons d'établir si les activités engagées par ces dernières remplissent les conditions prévues par le régime d'exception.

À ce sujet, nous devons mentionner que le type de comportements qui constitue une participation directe aux hostilités (ci-après PDH) est un sujet polémique. Si la coutume internationale et le droit conventionnel expriment l'idée selon laquelle le fait de participer directement aux hostilités dérobe ses auteurs de l'immunité dont bénéficient les civils en temps de guerre, les critères qui permettent de reconnaître cette participation y sont vaguement définis. Par exemple, l'article 13 du *Deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des victimes des conflits armés non internationaux* (ci-après PAII) énonce simplement que « les personnes civiles jouissent de la protection accordée par le présent Titre, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation »⁵². Ceci étant dit, la doctrine et la jurisprudence permettent de clarifier les contours de cette notion. Il est peu contesté que le *noyau dur* de la PDH fait référence au recours personnel à la violence physique contre les biens ou le personnel militaires d'une partie au conflit⁵³. De nombreux passages de la doctrine et de la jurisprudence réitèrent que la notion de PDH concerne les actes de guerre qui par leur nature ou

⁵⁰ Les agents financiers ne sont pas inclus dans les catégories énumérées à l'article 4 de la *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950), art 4.

⁵¹ Article 3 commun aux *Conventions de Genève du 12 août 1949; Protocole II, supra note 2*, art 13. «Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par le présent Titre, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation »; Yoram Dinstein, « Legitimate Military Objective Under The Current Jus in Bello » (2002) 78:1 Int Law Stud, à la p 134. Les personnes perdent leur immunité également si elles peuvent être qualifiées d'objectif militaire.

⁵² *Protocole II, supra note 2* à la p 13; Voir également l'article 3 commun aux *Conventions de Genève du 12 août 1949, supra note 51*.

⁵³ Melzer, *supra note 25* aux pp 50-51.

leur objectif cherchent à nuire au personnel ou à l'équipement des forces ennemies⁵⁴. C'est ainsi que l'étude de droit coutumier mené par le CICR définit cette participation par l'emploi d'armes ou d'autres moyens de violence contre les composantes humaines ou matérielles de forces adverses⁵⁵. Une position similaire est défendue par la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme qui, dans son troisième Rapport sur la situation des droits de l'Homme en Colombie, explique que cette notion concerne les comportements qui posent une menace immédiate à la partie adverse⁵⁶.

En même temps, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent que certaines activités de soutien à l'exercice personnel de la violence physique constituent également des instances de participation directe aux hostilités⁵⁷. Cela est souvent expliqué par la complexification de la guerre au cours du XXe siècle⁵⁸. La guerre moderne, il est admis, ne se limite plus à l'affrontement physique entre des armées professionnelles sur un terrain de bataille, mais incorpore des « affrontements » sur les plans économique, industriel, logistique et technologique⁵⁹. Dès lors, afin de préserver l'équilibre entre la nécessité militaire et l'humanité, il s'est avéré nécessaire de reconnaître que certaines activités « non combattives » seraient également couvertes par le régime de la PDH⁶⁰. Or, comme les critères qui permettraient d'identifier ce type d'activités s'avèrent particulièrement difficiles à cerner, les contours précis de la notion de participation directe aux hostilités demeurent à ce jour hautement contestés. Cette difficulté peut être illustrée par l'extrait suivant tiré de l'affaire

⁵⁴ Claude Pilloud et al, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Brill Nijhoff, 1986.

⁵⁵ Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary international humanitarian law, Volume 1, Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, à la p 23.

⁵⁶ *Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.102, 1999 aux para 53, 56.

⁵⁷ *Le Procureur c Pavle Strugar*, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de la disjonction IT-01-42-AR72 (2002) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) au para 176.

⁵⁸ Melzer, *supra* note 25 aux pp 6-7, 13, 56.

⁵⁹ Emily Camins, « The past as prologue: the development of the 'direct participation' exception to civilian immunity » (2008) 90:872 RICE 853, aux pp 869, 880.

⁶⁰ Emily Crawford, *Identifying the enemy: civilian participation in armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2015, aux pp 54-56.

Prosecutor c. Pavle Strugar (ci-après *Strugar*)⁶¹ du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY) :

The notion of direct participation in hostilities must therefore refer to something different than involvement in violent or harmful acts against the adverse party. At the same time, direct participation in hostilities cannot be held to embrace all activities in support of one party's military operations or war effort⁶².

Aujourd'hui, les activités de soutien qui relèvent de la PDH peuvent être interprétées à partir de deux approches. À un extrême, il y a les personnes qui défendent une définition ouverte et circonstancielle de ces dernières susceptible de s'ajuster aux exigences du contexte. Par exemple, dans l'affaire *The Public Committee Against Torture et al. c. The Government of Israël et al.*⁶³ (ci-après *Targeted killings*), la Cour suprême d'Israël a déclaré que les « zones grises » de la PDH doivent être élucidées à l'aune d'une analyse circonstancielle de l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité⁶⁴. À l'autre extrême, il y a ceux et celles qui défendent une définition opérationnelle et étanche capable d'assurer la protection effective des personnes civiles. Selon ces derniers, une telle définition serait nécessaire afin de limiter les excès d'interprétation qui caractérisent les définitions ouvertes de la PDH⁶⁵. Ainsi, la définition proposée par le CICR dans son *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*⁶⁶ (ci-après : *Guide interprétatif*) postule, entre autres, que seules les activités de support qui peuvent être reliées en une seule étape causale à l'infliction d'effets nuisibles à caractère spécifiquement militaire constituent des instances de participation directe aux hostilités⁶⁷.

⁶¹ *Le Procureur c Pavle Strugar, supra* note 57.

⁶² *Ibid* au para 176.

⁶³ *The Public Committee against Torture in Israel et al c The Government of Israel et al*, Supreme Court of Israel (14 Décembre 2006), HCl 769/02 [*Targeted killings*].

⁶⁴ *Ibid* au para 34.

⁶⁵ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59.

⁶⁶ Melzer, *supra* note 25.

⁶⁷ *Ibid* à la p 55.

Quant au traitement juridique réservé aux activités de financement, ces deux approches coïncident sur l'exclusion de ces dernières de la notion de participation directe aux hostilités⁶⁸. D'une part, si l'on suit la définition opérationnelle de la PDH proposée dans le *Guide interprétatif*, on constate que les activités de financement seraient difficilement reliées en une seule étape causale à l'infliction d'effets nuisibles à caractère spécifiquement militaire⁶⁹. D'autre part, si l'on se réfère à sa définition circonstancielle, on découvre que la plupart des personnes qui défendent cette approche adhèrent néanmoins à la prémisse selon laquelle l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité demande l'exclusion des activités de financement de la notion de PDH⁷⁰. En effet, comme nous verrons ultérieurement, dans la culture juridique du monde d'après-guerre, la plupart des juristes acceptent la conclusion selon laquelle le fait de cibler les sources économiques de la puissance militaire de l'ennemi conduit à des méthodes de guerre totale et non discriminatoire⁷¹. En outre, les activités de financement des groupes armés non étatiques sont exclues du régime d'exception sur la base de deux arguments. Il y a ceux et celles qui considèrent que la protection effective des personnes civiles exige un encadrement strict des conditions de la suspension de leur immunité et qu'un tel encadrement est incompatible avec l'inclusion dans le régime d'exception des comportements indirectement reliés à la conduite des hostilités, comme le financement. Les autres évoquent l'expérience des guerres passées pour réprocher la logique indiscriminée et autodestructive qui sous-tend le fait de cibler les sources de la puissance militaire de l'ennemi.

Ayant passé en revue les arguments pour lesquels les personnes qui financent des groupes armés ennemis ne peuvent pas faire l'objet d'attaques directes, nous dirigerons maintenant notre attention sur les critiques que l'on peut formuler à leur égard. Nous noterons à ce sujet que les arguments

⁶⁸ *Ibid* aux pp 54-56, 69, 120; Pour une approche permissive à cette question consultez Eric Talbot Jensen, « Direct Participation in Hostilities: A Concept Broad Enough for Today's Targeting Decisions » dans William C Banks, dir, *New Battlefields/Old Laws*, Critical Debates on Asymmetric Warfare, Columbia University Press, 2011 85, aux pp 101-102.

⁶⁹ Melzer, *supra* note 25 à la p 54.

⁷⁰ Michael N Schmitt, « Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements » (2010) 42 Int'l L & Politics, 44, aux pp 710, 717; *Targeted killings*, *supra* note 63 au para 35.

⁷¹ Horace Robertson, « The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict » (1997) 8 United States Air Force Academy Journal of Legal Studies 35-70, à la p 207; Voir également l'affaire *Ryuichi Shimoda et al v The State*, International Law Reports, Vol 32 (1966) .

que nous venons de présenter partent de la prémisse selon laquelle la notion de participation directe aux hostilités aurait la même signification dans des contextes de violence civile comme dans des contextes de violence interétatique⁷². Autrement dit, ils présument que leur force persuasive demeure inchangée dans un contexte comme dans l'autre. Or, une des critiques que l'on peut adresser au droit international humanitaire contemporain est que son objectif initial était de régler la conduite dans la guerre entre États et pour cette raison ses règles ont été construites autour des concepts statocentristes. Ce statocentrisme est palpable dans les fondements mêmes de la distinction. En effet, la distinction entre cibles permises et cibles interdites repose sur la possibilité de distinguer chez l'ennemi les membres des forces armées étatiques, qui peuvent faire l'objet d'attaques directes, car ils exercent le monopole étatique de la violence⁷³, et la population civile, qui ne dispose pas du droit légal de participer au conflit et, pour cette raison, doit être protégée⁷⁴.

Le statocentrisme du droit international humanitaire peut également être observé dans la construction de ses règles spécifiques, telles que la PDH. Rappelons brièvement que les conflits civils étaient antérieurement réglementés par des dispositions de droit interne concernant les crimes de trahison, de mutinerie ou de rébellion⁷⁵. Pour cette raison, à l'instar d'autres règles de DIH, la

⁷² « Article 13 paragraph 3 Prot. II is a textual copy of article 51 paragraph 3 Prot. I. Having clarified the scope of application of article 13 paragraph 3, we can conclude that the difficult problems involved in the actual meaning of the expression "taking a direct part in hostilities" are essentially the same as in an international armed conflict ». *Direct participation in hostilities in non-international armed conflict*, Expert paper, par Michael Bothe, Expert paper Second expert meeting, La Haye, Comité international de la Croix-Rouge, 2004 aux pp 8-9, 17-18.

⁷³ Alejandro Lorite Escorihuela, « Humanitarian law and human rights law: the politics of distinction. » (2011) 19:2 Mich St U Coll L J Int'l L 299, aux pp 323-325; Pour la définition conventionnelle des combattants, consultez *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 50, art 4.

⁷⁴ Sassòli, Bouvier & Quintin, *supra* note 18 vol 1 ch 5.

⁷⁵ « [...] there were very few international rules governing civil commotion, for States preferred to regard internal strife as rebellion, mutiny and treason coming within the purview of national criminal law and, by the same token, to exclude any possible intrusion by other States into their own domestic jurisdiction. This dichotomy was clearly sovereignty-oriented and reflected the traditional configuration of the international community, based on the coexistence of sovereign States more inclined to look after their own interests than community concerns or humanitarian demands. 97. Since the 1930s, however, the aforementioned distinction has gradually become more and more blurred, and international legal rules have increasingly emerged or have been agreed upon to regulate internal armed conflict. » *Le Procureur c Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), arts 96-97; Pour un survol historique du droit international humanitaire, consultez Stephen C Neff, *War and the law of nations: a general history*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

notion de PDH était conçue originellement pour régler les conflits entre États⁷⁶. Ce n'est qu'au cours de la deuxième moitié du XXe siècle que ces règles d'origine interétatique ont été intégrées dans le régime naissant de DIH applicable aux conflits internes pour les motifs que le juge Antonio Cassese résume dans les termes suivants :

First, civil wars have become more frequent, not only because technological progress has made it easier for groups of individuals to have access to weaponry but also on account of increasing tension, whether ideological, inter-ethnic or economic; as a consequence the international community can no longer turn a blind eye to the legal regime of such wars. Secondly, internal armed conflicts have become more and more cruel and protracted, involving the whole population of the State where they occur: the all-out resort to armed violence has taken on such a magnitude that the difference with international wars has increasingly dwindled [...] Thirdly, the large-scale nature of civil strife, coupled with the increasing interdependence of States in the world community, has made it more and more difficult for third States to remain aloof: the economic, political and ideological interests of third States have brought about direct or indirect involvement of third States in this category of conflict, thereby requiring that international law take greater account of their legal regime in order to prevent, as much as possible, adverse spill-over effects. Fourthly, the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well. It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned⁷⁷.

Les arguments soulevés par le juge Cassese sont certainement convaincants du point de vue de la protection des victimes. Toutefois, il est pertinent de questionner si la mise en application des règles d'origine interétatique dans les circonstances spécifiques dans lesquelles se déroulent les conflits internes était à l'origine de conséquences inattendues. Cette interrogation a déjà été abordée dans la littérature scientifique⁷⁸. Par exemple, en ce qui concerne les droits et obligations des parties aux conflits civils, certains considèrent que les membres des groupes armés non étatiques pourraient

⁷⁶ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 aux pp 26-35.

⁷⁷ *Le Procureur c Dusko Tadic*, *supra* note 75, art 97.

⁷⁸ Pour un survol de la question, consultez le numero 93 de la Revue internationale de la Croix-Rouge. Voir Vincent Bernard, « EDITORIAL » (2011) 93:882 RICR 261-267.

être dissuadés de respecter le DIH, car ils ne bénéficient pas des mêmes protections octroyées aux membres des forces armées étatiques⁷⁹. D'autres préfèrent abandonner l'imposition de l'égalité stricte entre groupes armés étatiques et groupes armés non étatiques, car elle serait à l'origine d'une réglementation irréaliste des conflits internes⁸⁰. D'autres encore proposent de recréer une égalité « substantive » dans laquelle les droits et les obligations des acteurs non étatiques ne dépendraient pas de leur capacité à ressembler à des proto-États⁸¹.

Les difficultés que soulève la mise en application des règles de DIH dans des contextes de guerre civile ont également été abordées en lien avec l'obstacle qu'introduit la présence d'acteurs armés non étatiques pour l'opérabilité de la distinction. Rappelons à cet égard que le droit conventionnel définit la notion des combattants à partir du statut légal dont bénéficient les membres des forces armées étatiques⁸². Par conséquent, le fonctionnement extralégal des groupes armés non étatiques soulève une interrogation à propos des critères devant être utilisés pour discriminer entre civils et combattants⁸³. Certains considèrent que dans ces circonstances la distinction devrait être guidée par les conditions générales qui régissent la perte de l'immunité civile pour cause de participation directe aux hostilités⁸⁴. Suivant ce raisonnement, les membres d'un groupe armé non étatique seraient des civils sauf lorsqu'ils participent directement aux hostilités. Une variante de cette approche propose d'élargir la temporalité de la PDH afin d'établir que les personnes qui participent aux hostilités de manière récurrente perdent leur immunité aussi longtemps qu'ils assument ce

⁷⁹ Les membres des groupes armés non-étatiques peuvent être punis pour leur participation au conflit, contrairement aux membres des forces armées qui bénéficient d'une immunité en ce sens. De plus, ils ne bénéficient pas du statut de prisonniers de guerre. Bassiouni, *supra* note 1 aux pp 755-758.

⁸⁰ Marco Sassòli & Yuval Shany, « DEBATE: Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal? » (2011) 93:882 RICR 425-442, aux pp 429-431.

⁸¹ *Ibid* aux pp 438-440; Consultez également Benjamin Perrin, *Modern warfare: armed groups, private militaries, humanitarian organizations, and the law*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2012.

⁸² *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 50, art 4; *Protocole additionnel I*, *supra* note 48, art 43.

⁸³ Jann K Kleffner, « From 'Belligerents' to 'Fighters' and Civilians Directly Participating in Hostilities — On the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years After the Second Hague Peace Conference » (2007) 54:2 Neth Int Law Rev 315-336, aux pp 325-327.

⁸⁴ Orna Ben-Naftali, « "We Must Not Make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings » (2003) 36:2 Cornell international law journal 233, à la p 335.

rôle⁸⁵. À l'inverse, d'autres proposent de recréer un critère analogue au statut des combattants fondé sur l'appartenance des civils à des groupes armés non étatiques⁸⁶. Cette approche implique, néanmoins, que tous les membres des groupes en question seraient des objectifs militaires, même ceux qui n'exercent pas des fonctions combattives⁸⁷. Pour cette raison, une des variantes de cette approche, celle proposée par le *Guide interprétatif*, postule que seuls les membres d'un groupe armé non étatique qui exercent des fonctions combattives de manière continue seraient des combattants dans les conflits internes⁸⁸.

Cela étant dit, peu d'études ont adressé la possibilité selon laquelle les circonstances particulières dans lesquelles se déroulent les conflits civils pourraient répercuter négativement sur l'équilibre qui sous-tend les règles spécifiques qui mettent en application la distinction entre cibles légitimes et cibles interdites. Ces règles, il est pertinent de le rappeler, sont censées représenter des compromis soigneusement réfléchis entre les exigences contradictoires des principes de nécessité militaire et d'humanité⁸⁹. Pourtant, les conflits internes et les conflits internationaux divergent différents sur un nombre de points importants. Une des caractéristiques qui les distingue est la question du monopole étatique de la violence. Rappelons rapidement que le monopole étatique de la violence fait référence à la capacité dont dispose l'autorité publique à revendiquer sur son territoire le droit exclusif d'exercer légitimement la violence physique⁹⁰. Partant de cette définition, on comprend que le monopole étatique de la violence peut être présumé dans les conflits qui opposent des États modernes, mais la présence d'acteurs armés non étatiques dans les conflits armés internes signale sa fragmentation.

⁸⁵ Camille Marquis Bissonnette, « The Definition of Civilians in Non-International Armed Conflicts: The Perspective of Armed Groups » (2016) 7 *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 129-155; Voir également *Targeted killings*, *supra* note 63.

⁸⁶ Marquis Bissonnette, « The Definition of Civilians in Non-International Armed Conflicts », *supra* note 85 à la p 233.

⁸⁷ *Ibid* à la p 150.

⁸⁸ Melzer, *supra* note 25 à la p 36; Marquis Bissonnette, « The Definition of Civilians in Non-International Armed Conflicts », *supra* note 85 à la p 150.

⁸⁹ Voir Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law », *supra* note 16.

⁹⁰ Max Weber, *Le savant et le politique : une nouvelle traduction : la profession et la vocation de savant, la profession et la vocation de politique*, Paris, La découverte, 2003, à la p 118.

Les répercussions de la fragmentation du monopole étatique de la violence sur le DIH ont été abordées dans le contexte de la participation des sociétés militaires privées aux conflits armés⁹¹. À leur égard il est remarqué que l'externalisation de ce monopole par l'État brouille les prémises de la distinction⁹², entre autres, car elle soulève de l'incertitude à propos de la qualification devant être accordée aux employés de ces sociétés⁹³. Il est aussi dit que ces compagnies exercent de fonctions militaires ou de police qui devraient être soumises à des contrôles démocratiques⁹⁴. Certains considèrent que l'externalisation de ces fonctions fragilise la protection des citoyens, car elle expose ces derniers à la violence des agents privés⁹⁵ et à leurs excès de compétence⁹⁶. D'autres redoutent que ces acteurs privés n'aient pas les compétences nécessaires pour apprécier des notions si intrinsèquement liées aux intérêts étatiques comme la notion de l'avantage militaire⁹⁷.

Les répercussions de la fragmentation du monopole étatique de la violence ont également été abordées à travers la question des sources de financement des acteurs armés non étatiques⁹⁸. En

⁹¹ « This self-challenge may emanate from a gradual transition from the conventional understanding of the state, as explained above, to a submission of IL to an alternative understanding of the state; an alternative understanding of the state which does not match the state-centric paradigm of IL, as the realist model of international politics advocates for. What the self-challenge really consists of is that despite such inconsistency with the paradigm of state-centrism, efforts have been taken to accommodate PMSCs and their employees within the taxonomy of IHL before revising the underlying assumptions of statehood and sovereignty under IL. If private actors like PMSCs are going to be logically accommodated within the IL, one should admit that the conception of the state has evolved in a sense that allows private actors to enter into contracts with state-actors to perform tasks that were previously considered as core requirements for governmental effectiveness » Shakiba Kouchakpour, *Regulating Law or Being Regulated by the Law? An Analysis of Private Military Security Companies under the Regime of International Humanitarian Law* 2013) [non publiée], à la p 88.

⁹² Tobias Vestner, « Targeting Private Military and Security Companies » (2018) 57 *Mil L & L War Rev* 251, à la p 4.

⁹³ Jordi Palou Loverdos & Leticia Armendáriz, *The privatization of warfare, violence and private military & security companies: a factual and legal approach to human rights abuses by PMSC in Iraq*, 2011, aux pp 58, 62.

⁹⁴ *Ibid* à la p 25.

⁹⁵ Kouchakpour, *supra* note 91 à la p 84.

⁹⁶ *Ibid* à la p 82.

⁹⁷ Vestner, *supra* note 92 à la p 4.

⁹⁸ Achim Wennmann, « Economic dimensions of armed groups: profiling the financing, costs, and agendas and their implications for mediated engagements » (2011) 93:882 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 333; Emily O Goldman & Leo J Blanken, « The Economic Foundations of Military Power » dans *Guns and Butter : the Political Economy of International Security*, Boulder, Co., Rienner, 2005 35; Voir également Cynthia Arnson & I William Zartman, *Rethinking the economics of war: the intersection of need, creed, and greed*, Washington, D.C.; Baltimore, Woodrow Wilson Center Press ; Johns Hopkins University Press, 2005; Karen Ballentine, Jake Sherman, & International Peace Academy, *The Political economy of armed conflict: beyond greed and grievance*, Boulder, Co., Lynne Rienner Publishers, 2003.

effet, la fragmentation du monopole étatique de la violence soulève une interrogation à propos de l'origine des ressources financières requises pour l'exercice de la violence, car, en la présence de ce monopole, ces ressources sont attribuées par l'État. À ce sujet, certains soulignent que dans les contextes de guerre par procuration l'appui financier apporté par des États tiers peut radicalement modifier le rapport des forces entre les parties en conflit⁹⁹. D'autres remarquent que la participation aux conflits armés par des acteurs appartenant à l'économie illégale, tels que les trafiquants de drogue¹⁰⁰ et les trafiquants d'armes¹⁰¹, échappe aux contrôles du DIH¹⁰². Ces derniers allèguent, de surcroît, que les enjeux juridiques soulevés par la participation des acteurs économiques aux hostilités devraient être explorés davantage¹⁰³.

En revanche, à notre connaissance, aucune étude ne s'est intéressée aux répercussions de la fragmentation du monopole étatique de la violence sur l'interprétation de la notion de participation directe aux hostilités, et plus précisément au type d'activités admises sous ce régime d'exception.

Question de recherche

Par l'exposé précédent, nous avons cherché à démontrer que la fragmentation du monopole étatique de la violence pourrait avoir des répercussions sur le traitement juridique réservé aux activités de financement sous le régime de la PDH applicable aux contextes de violence interne. D'une part, nous avons rappelé que la notion de participation directe aux hostilités est censée exprimer un équilibre minutieusement réfléchi entre les arguments qui militent en faveur de la neutralisation des personnes qui assistent matériellement l'ennemi et les arguments qui soulignent le potentiel destructeur de cette logique¹⁰⁴. D'autre part, nous avons rapporté que la conclusion selon laquelle les activités de financement seraient exclues de ce régime aurait été rationalisée à l'intérieur d'un paradigme qui présume la présence du monopole étatique de la violence légitime. Le problème, tel

⁹⁹ Bassiouni, *supra* note 1 aux pp 772-776.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 776.

¹⁰¹ *Ibid* à la p 777.

¹⁰² *Ibid* aux pp 777-778, 808.

¹⁰³ *Ibid* à la p 808.

¹⁰⁴ *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, par Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2005 aux pp 15, 21.

que nous le concevons, est que la présence de ce monopole suggère, du moins théoriquement, que le financement privé des parties en conflit serait un phénomène mineur ou exceptionnel. En effet, le monopole étatique de la violence suggère que l'État est l'agent financier de ses forces armées, car, par son contrôle exclusif sur la violence légitime, il impose l'ordre juridique qui régit sur son territoire, se dote des institutions publiques, dont des forces armées, et apporte les ressources nécessaires à leur bon fonctionnement. En revanche, dans les conflits civils, la fragmentation de ce monopole implique nécessairement la privatisation des ressources financières nécessaires à la mise sur pied et au fonctionnement général des groupes armés qui contestent à l'État son droit exclusif d'exercer la violence. Considérant que cette nuance introduit un changement de circonstances significatif, il nous paraît pertinent d'examiner l'incidence de la privatisation des ressources requises pour la conduite des hostilités sur la force persuasive des arguments selon lesquels les activités de financement seraient indirectement reliées aux hostilités.

Cadre théorique

Pour engager cette discussion, nous allons aborder la discipline du droit international, et en particulier le droit des conflits armés, à partir du cadre conceptuel proposé par la tradition des Études juridiques critiques (Critical Legal Studies ou CLS). Les Études juridiques critiques s'inspirent des conclusions du réalisme juridique et des développements récents en linguistique et en sociologie pour mettre en lumière l'origine sociale du droit¹⁰⁵. À ce sujet, ils défendent l'argument selon lequel le caractère indéterminé des termes qui expriment le droit confère inévitablement une fonction législative au décideur qui interprète et applique la règle¹⁰⁶. Sur la base de ces postulats, l'auteur finnois Marti Koskeniemi formule une théorie critique du droit international qui associe la structure ouverte et indéterminée de ce droit au caractère contradictoire

¹⁰⁵ Rémi Bachand, *Les théories critiques de droit international aux États-Unis et dans le monde anglophone*, Paris, Éditions Pedone, 2015, aux pp 55-63.

¹⁰⁶ Ce postulat contredit les prémisses de la tradition positiviste selon laquelle l'indétermination du droit serait limitée aux « zones grises » de la règle examinée ; la solution applicable peut être identifiée par le juriste compétent et de bonne foi qui suit les prescriptions interprétatives applicables et ne fait intervenir ses préférences personnelles. Voir Duncan Kennedy, *A critique of adjudication: (fin de siècle)*, Cambridge, Mass.; London, Harvard University Press, 1998, aux pp 31-33.

de ses principes fondateurs, la normativité et la souveraineté¹⁰⁷. Il explique que la normativité permet de présenter le droit comme un système de justice supranational extérieur à la volonté des États tandis que la souveraineté permet de conditionner la légitimité de ses règles au consentement explicite ou implicite que les États leur auraient accordées¹⁰⁸. Koskenniemi soutient que cette assise contradictoire du droit international permet de formuler des conclusions juridiques qui seraient à la fois concurrentes et valides¹⁰⁹. Plus précisément, il explique que la substance d'une règle de droit peut être abordée à partir de deux approches. Suivant une approche ascendante ou apologétique, c'est-à-dire fondée sur la souveraineté, l'argument juridique serait structuré autour des faits qui prouvent le consentement (ou l'absence de consentement) envers la contrainte alléguée¹¹⁰. En revanche, si la règle était abordée à partir d'une approche descendante ou utopiste, c'est-à-dire fondée sur la normativité de l'ordre juridique international, l'argumentaire présenté serait structuré autour des préceptes de justice qui valident la conclusion défendue¹¹¹. Par exemple, un enjeu juridique portant sur les attributs de la souveraineté pourrait être approché comme un fait indépendant de l'ordre juridique international, car la souveraineté et ses attributs posent la condition *sine qua non* du droit international¹¹². Alternativement, il pourrait être argué que la souveraineté est un concept régi par le droit et que ce dernier détermine la portée de ses attributs¹¹³.

Cette structure ouverte du droit international contraint les juristes à formuler des arguments « centristes »¹¹⁴, c'est-à-dire, des arguments qui leur permettent de se dissocier de l'utopisme de ceux qui considèrent que la communauté internationale est régie par un système juridique commun et contraignant et de l'apologie de ceux qui manipulent le droit pour favoriser des intérêts

¹⁰⁷ Martti Koskenniemi, « The Politics of International Law: 20 Years Later » (2009) 20:1 *European Journal of International Law* 7-19, à la p 8.

¹⁰⁸ *Ibid* à la p 7.

¹⁰⁹ Martti Koskenniemi, « The politics of international law » (1990) 1 *European Journal of International Law* 4, aux pp 8, 10, 12 et 14-16; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Reissue with a new Epilogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, à la p 506.

¹¹⁰ Koskenniemi, *supra* note 109 à la p 15.

¹¹¹ *Ibid*.

¹¹² Koskenniemi, *supra* note 109 aux pp 224-225 et 300.

¹¹³ *Ibid* aux pp 224-225.

¹¹⁴ Koskenniemi, *supra* note 109 aux pp 9, 11-12; Koskenniemi, *supra* note 109 à la p 186.

politiques¹¹⁵. Pour cette raison, Koskenniemi considère que le droit international doit être compris comme un outil argumentatif, une « grammaire » qui permet de formuler des conclusions juridiques par la « conjugaison juste » d'arguments apologétiques et utopistes¹¹⁶. Or, comme cet outil ne permet pas d'identifier de lui-même la « solution juste », c'est la préférence politique des acteurs juridiques et des instances, ou plus précisément, leur perception du « centre », qui déterminera ultimement la signification du droit¹¹⁷.

Although, logically speaking, all positions remain open and contrasting arguments may be reproduced at will, in practice it is easy to identify areas of relative stability, moments where a mainstream has consolidated or is only marginally threatened by critique. Professional competence in international law is precisely about being able to identify the moments hegemonic and counter-hegemonic narratives and to list one's services in favor of one or the other¹¹⁸.

Cette origine sociale de la signification réelle du droit international amène Koskenniemi à questionner le rôle des biais personnels des décideurs et, surtout, les biais favorisés par la culture des institutions où est décidé le droit, dans la réglementation des phénomènes sociaux¹¹⁹. Est-ce que ces biais conduisent à une répartition inégale des bénéfices ? Et, le cas échéant, est-ce que cette répartition bénéficie aux couches sociales privilégiées au détriment des couches marginalisées¹²⁰ ? Pour le vérifier, il propose d'étudier une règle spécifique afin d'évaluer si ces interprétations confèrent des avantages ou des désavantages que l'énoncé de la règle étudiée ne prévoit pas expressément :

[S]tructural bias must be shown by reference to particular institutions or practices. How are values or benefits distributed by existing legal institutions? [...] A typical demonstration of structural bias would describe extraterritorial jurisdiction, for example, so as to show that while domestic courts in the West sometimes extend the jurisdiction of domestic anti-trust law, they rarely do this with domestic labor or human rights standards, though nothing in the standards themselves mandates such a distinction [...] A similar demonstration in the context of « the terrorism » debate might

¹¹⁵ Koskenniemi, *supra* note 109 à la p 9; Koskenniemi, *supra* note 109 à la p 186.

¹¹⁶ Koskenniemi, *supra* note 109 aux pp 571-573.

¹¹⁷ *Ibid* aux pp 569-576, 589, 607; Voir Kennedy, *supra* note 106.

¹¹⁸ Koskenniemi, *supra* note 109 à la p 607.

¹¹⁹ Koskenniemi, *supra* note 109 aux pp 606-607.

¹²⁰ *Ibid* aux pp 606-608.

show how bias depends on « Orientalist » images of violence and perceptions of « threat » current in the Western imagination¹²¹.

Ayant comme repère cette approche interprétative à la discipline du droit international, nous proposons d'examiner les répercussions de la fragmentation du monopole étatique de la violence sur la notion de PDH à partir de la prémisse selon laquelle les perceptions du « centre » en DIH naturalisent une interprétation statocentriste de la légitimité de la violence dans la guerre.

Des biais statocentristes dans le droit international humanitaire

À titre préliminaire, nous noterons que le DIH hérite de ses origines historiques une prédisposition à interpréter les guerres comme des phénomènes de violence collectifs et intersociétaux. Sa dimension collective remonte à l'antiquité. Chez les civilisations de l'Inde, la Chine et la Grèce antiques, les savants distinguaient la guerre, en tant que phénomène collectif, des instances de violence interpersonnelle¹²². Par exemple, chez les Grecs, la violence collective était gouvernée par Athéna, déesse de la guerre, de la sagesse et de la rationalité tandis que la violence interpersonnelle relevait d'Arès, dieu de l'égoïsme, du chaos et de la vengeance¹²³. Depuis l'époque romaine, la guerre est aussi perçue comme un phénomène intersociétal. Les Romains concevaient la guerre comme une violence « diplomatique », distincte de la violence déployée contre les éléments indésirables à l'intérieur d'une même entité politique¹²⁴. Ainsi, Cicéron explique que la guerre devait opposer des ennemis dotés d'institutions politiques similaires à celles des Romains et que les opérations militaires dirigées contre les bandes criminelles opérant à l'intérieur de la république n'étaient pas des véritables guerres¹²⁵. Pour des motifs analogues, le recours à la violence collective contre les peuples « barbares » était exclu de cette catégorie, car, à l'instar des

¹²¹ *Ibid* aux pp 608-610.

¹²² Neff, *supra* note 75 aux pp 15-17.

¹²³ *Ibid* aux pp 15-16.

¹²⁴ *Ibid* à la p 19.

¹²⁵ Voir Cicero Philipics 141; Ulpian in Justinian digest 49.15.24. tout comme les opérations militaires dirigées contre les barbares pillaient les territoires adjacents de l'empire, À ce sujet, Cicéron caractérisait les relations entre les peuples « civilisés » et les peuples « barbares » comme des relations en conflit perpétuel. Le barbare étant assimilé au pirate et au bandit car le pillage était son mode de vie et de ce fait représentait un danger pour l'ensemble de l'humanité. Une perspective similaire pouvait être retrouvée dans la Chine antique où tout recours à la violence contre des peuples étrangers était perçue comme une intervention d'ordre public. Cité dans *Ibid* aux pp 18-21

pirates et des brigands, leur mode de vie représentait un danger permanent incompatible avec la paix¹²⁶. Une conclusion similaire aurait été favorisée dans la Chine antique où le recours à la violence collective contre les « barbares » était abordé sous le prisme de l'ordre public¹²⁷. Dans une moindre mesure, la dimension collective et intersociétale de la guerre sera également présente dans la doctrine de la guerre juste qui substituera, en Occident, les lois de la guerre romaines. À titre d'exemple, un des critères prévus par cette doctrine prévoyait que, pour être juste, la guerre devait être déclarée par une autorité publique légalement constituée¹²⁸.

Dans le droit international humanitaire contemporain, la notion de « guerre » a été supplanté par celle de « conflit armé » dans le but de souligner le caractère empirique de sa définition. Selon cette dernière, un conflit armé existe lorsqu'on observe le recours à la force armée entre des États sans considérer les motifs derrière cette violence, l'intensité de la confrontation ou la reconnaissance formelle du conflit par les parties¹²⁹. En revanche, à la différence des régimes précédents, le droit international humanitaire qualifie également de conflits armés certaines situations de violence interne. Ainsi, le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (ci-après PAI) assimile à des conflits armés interétatiques le recours à la force armée par des acteurs non étatiques contre des régimes d'occupation étrangère, des régimes coloniaux ou des régimes racistes¹³⁰. Similairement, les *Conventions des Genève* ainsi que le PAII ont introduit en DIH la notion de conflits armés ne présentant pas un caractère international, soit des conflits armés intrasociétaux qui opposent l'État à des acteurs non étatiques, selon les *Convention de Genève* et, selon le PAII, des conflits qui opposent l'État à des acteurs non étatiques ou des acteurs non étatiques entre eux¹³¹. En outre, dans le droit international humanitaire contemporain, la notion des conflits armés interétatiques comme celle des conflits armés internes partagent une définition empirique de la guerre fondée sur la

¹²⁶ *Ibid* à la p 21.

¹²⁷ *Ibid* à la p 20.

¹²⁸ *Ibid* aux pp 45, 52, 57 60.

¹²⁹ Comité international de la Croix-Rouge, *How is the Term « Armed Conflict » Defined in International Humanitarian Law?*, 2008, à la p 1.

¹³⁰ *Protocole additionnel I*, *supra* note 48, art 1.

¹³¹ Article 3 communs aux *Conventions de Genève du 12 août 1949*, *supra* note 51; *Protocole II*, *supra* note 2, art 1.

confrontation matérielle de deux ou plusieurs forces armées¹³². Il est pertinent de noter, cependant, que dans les conflits internes le recours à la force armée par l'État ou par des acteurs non étatiques doit atteindre un seuil d'intensité¹³³. Ce seuil pourrait être atteint lorsque l'État a recours à la force militaire plutôt qu'aux forces policières¹³⁴ ou lorsque les forces armées des acteurs non étatiques sont sous le contrôle d'un commandement centralisé et disposent des ressources matérielles nécessaires à la poursuite des hostilités¹³⁵. Subsidiairement, le PAII exige également un degré de contrôle territorial de la part des groupes armés permettant à ces derniers de soutenir des opérations militaires et d'implémenter les obligations prévues par le protocole¹³⁶.

Malgré ces différences, la réglementation applicable aux conflits internes partage avec les conflits interétatiques une interprétation essentiellement intersociétale de la légitimité de la violence¹³⁷. Ce point peut être illustré en soulignant le rôle qui revient à la théorie du contrat social comme structure fondamentale du droit international humanitaire¹³⁸. Rappelons brièvement que la doctrine de la guerre juste qui précède le DIH était guidée par une approche religieuse à la légitimité de la violence¹³⁹. Cette doctrine puise ses racines dans la société profusément chrétienne du haut Moyen-Âge où la possibilité d'entrer en guerre semblait contredire l'idéologie pacifiste du christianisme¹⁴⁰. Comme solution, les juristes de cette époque ont développé une théorie de la

¹³² « we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State » *Le Procureur c Dusko Tadic, supra note 75, art 70.*

¹³³ Article 3 commun aux *Conventions de Genève du 12 août 1949, supra note 51; Protocole II, supra note 2, art 1.*

¹³⁴ Comité international de la Croix-Rouge, *supra note 129 à la p 1.*

¹³⁵ *Ibid* à la p 3.

¹³⁶ *Protocole II, supra note 2, art 1.*

¹³⁷ La notion de légitimité a été défini par Weber comme le système de croyances qui sous-tendent l'obéissance des gouvernées envers leurs gouvernants. Voir Max Weber, *Economy and society 1. 1.*, Berkeley, Univ. of California Pr., 1978; En ce qui concerne la légitimité de la violence dans la guerre, cette dernière peut être définie comme le système de croyance qui justifient aux yeux des gouvernés le recours à la violence collective contre une sociétés étrangère conformément aux valeurs de l'époque. Ainsi, chez les peuples de l'ancienne Mésopotamie, la décision d'engager la guerre dépendait de l'observation des astres et des augures qui informaient la population de la faveur des dieux. Chez les Romains, elle était liée à l'observation des formalités rituelles devant être performées préalablement à la déclaration de guerre Neff, *supra note 75 aux pp 20-21.*

¹³⁸ Escorihuela, « The politics of distinction », *supra note 73 aux pp 320-325.*

¹³⁹ Neff, *supra note 75 aux pp 45-52.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

légitimité de la violence fondée sur la justesse de la cause animant les conflits, tels que le fait de résister à une menace imminente, de récupérer sa propriété ou de punir des délits moraux¹⁴¹. Cette approche chrétienne à la légitimité de la violence avait néanmoins une limite importante. Implicitement, la doctrine de la guerre juste imposait un devoir de restrainte aux parties fondées sur l'obligation d'exercer le droit à la violence en conformité avec les préceptes du christianisme¹⁴². Or, ce devoir de modération était entièrement dépendant du contexte et les guerres de religion ayant secoué l'Europe au cours de cette période avaient démontré qu'il pouvait être dérobé de sa fonction protectrice s'il était interprété de manière cynique¹⁴³. Pour combler cette lacune, les juristes de cette époque se sont tournés vers la méthode scientifique¹⁴⁴ dans le but de « découvrir » la nature intrinsèquement répréhensible de certains comportements et de les interdire formellement en raison de leur nature répréhensible et non pas en raison du contexte dans lequel ils se produisaient¹⁴⁵. Cette approche à la modération dans la guerre fondée sur l'accomplissement de formalités externes sera l'embryon du droit international humanitaire contemporain¹⁴⁶.

En conformité avec la rupture épistémologique qui bouleversait alors les rapports au savoir en Europe, ce droit international naissant sera guidé par une conception laïque des relations entre les États¹⁴⁷. Les assises de cette dernière ont été posées plus tôt par Nicolas Machiavel, qui avait

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid* à la p 65.

¹⁴³ *Ibid* aux pp 64, 144.

¹⁴⁴ *Ibid* à la p 144.

¹⁴⁵ "We can only arrive at such rules by considering acts of hostility in the abstract and in their essential character [...] the voluntary Law of Nations limits itself to forbidding acts that are essentially unlawful and obnoxious [...] On the other hand, it permits or tolerates every act which in its essential nature is adapted to attaining the end of the war; and it does not stop to consider whether the act was unnecessary, useless, or superfluous in a given case " Emer de Vattel, Joseph Chitty & Edward D Ingraham, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns, With additional notes and references*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson, 1852, à la p 295, cité dans Neff, *supra* note 75 aux pp 80, 112, 189.

¹⁴⁶ « Une première étape en ce sens aurait été franchie par Hugo Grotius. Pour ce dernier le droit qui gouverne les relations entre les personnes était différent de celui qui gouverne les relations entre les nations. Alors que les droits primaires, issus du droit naturel, gouvernaient les relations entre personnes, les relations entre États étaient gouvernées par les droits secondaires, issus d'un droit volontaire. Originellement, ce droit de la guerre issue du droit volontaire sera complémentaire au droit naturel. Toutefois, avec le temps, le droit naturel sera relégué à une fonction interprétative des principes généraux » Neff, *supra* note 75 aux pp 87, 92-98 et 168; Hugo Grotius & Francis W Kelsey, *The law of war and peace*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1925, aux pp 539, 634 et 650.

¹⁴⁷ Neff, *supra* note 75 à la p 80; Koskenniemi, *supra* note 109 aux pp 76-77.

proposé d'émanciper la légitimité de l'action politique de la morale, comme recommandé par la philosophie politique depuis l'antiquité¹⁴⁸. Pour Machiavel, cette émancipation était justifiée par le fait que le contrôle des questions morales par les institutions religieuses assujettissait la légitimité de l'action politique aux intérêts des agents ecclésiastiques¹⁴⁹. Subséquemment, la contribution du philosophe anglais Thomas Hobbes a permis de rejeter le paradigme pacifiste qui sous-tendait la doctrine de la guerre juste au profit d'une représentation anarchique des relations internationales dans laquelle le recours à la violence devenait un droit naturel¹⁵⁰. En effet, pour Hobbes les conditions dans lesquelles se déroulent les relations interpersonnelles dans l'état de nature sont caractérisées par le danger et la compétition¹⁵¹ et, dans ces conditions, l'être humain dispose d'un droit naturel d'employer la violence afin de défendre ses intérêts et sa sécurité¹⁵². Par conséquent, par analogie aux relations interpersonnelles, l'approche laïque aux relations internationales qui émerge avec la modernité postule que l'état naturel dans lequel se déroulent les relations entre États est l'anarchie et que dans ces circonstances la guerre est un droit inhérent à la souveraineté des États¹⁵³.

Ainsi, c'est sous un paradigme où la violence était conçue comme un droit naturel et non pas comme une circonstance exceptionnelle que les juristes de l'époque moderne ont recherché dans la science des règles spécifiques pour limiter le potentiel destructif de la guerre. À cet effet, ils ont retrouvé dans l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau une théorie de la légitimité de la violence taillée sur mesure pour répondre à leurs attentes : un droit de la guerre fondé sur la distinction entre civils et combattants. Notons à titre préliminaire que la tradition contractualiste défendue par des auteurs comme Hobbes et Rousseau distingue les droits et obligations des personnes dans l'état de nature et les personnes dans l'état social. Selon cette tradition, les personnes assujetties au contrat social renoncent à leur droit naturel à la violence en échange des droits civils, dont le droit d'être

¹⁴⁸ Leo Strauss, « Machiavel » dans Leo Strauss & Joseph Cropsey, dir, *Histoire de la philosophie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, aux pp 322-324.

¹⁴⁹ Machiavel, *Le prince*, Paris, Nathan, 2009, ch XI.

¹⁵⁰ Neff, *supra* note 75 aux pp 92 et 136.

¹⁵¹ *Ibid* à la p 134; Koskenniemi, *supra* note 109 à la p 76; Thomas Hobbes, *Leviathan*, 2018, aux pp 80-84.

¹⁵² Neff, *supra* note 75 à la p 134; Thomas Hobbes, *Les éléments de la politique*, Paris, 1660, à la p 134.

¹⁵³ Neff, *supra* note 75 aux pp 92, 136-139, 167.

protégées¹⁵⁴. De ce fait, la tradition contractualiste pose les bases pour distinguer entre des civils, tel que nous venons de le décrire, et des combattants, compris comme les personnes qui exercent au nom de l'État son monopole de la violence¹⁵⁵. Cela étant dit, la contribution de Rousseau serait innovatrice en ce sens qu'elle propose une théorie justifiant la protection accordée aux personnes « non-combattantes »¹⁵⁶. Rousseau explique que la guerre doit être comprise comme un phénomène entre États à laquelle les personnes civiles sont confrontées par « accident »¹⁵⁷. En effet, à la différence de Hobbes, Rousseau estime que les êtres humains sont naturellement craintifs et pacifiques¹⁵⁸ et ne développent un esprit égoïste et corrompu qu'à partir de leurs interactions avec les structures sociales¹⁵⁹. Cette interprétation de la nature humaine lui permet de défendre l'argument selon lequel c'est la société qui conduit les individus à faire la guerre : d'une part, c'est la société qui les dérobe de leur esprit craintif ; d'autre part, ce sont les besoins des structures sociales qui justifient les objectifs de la guerre et non pas les besoins naturels du corps humain¹⁶⁰. C'est donc en fonction de la prémisse selon laquelle les êtres humains rencontrent la guerre par l'entremise des États que Rousseau considère que ceux et celles qui n'incarnent pas les fonctions militaires au nom de l'État devraient être protégés de la violence¹⁶¹.

Nonobstant la cohérence de cette approche à la légitimité de la violence dans la guerre, s'il est admis que cette dernière repose sur le concept du contrat social, elle introduit vraisemblablement un biais statocentriste dans la règlementation des conflits internes. En effet, les conflits internes se caractérisent justement par la rupture de ce contrat, ce qui pourrait compromettre la cohérence de cette approche ainsi que l'interprétation des règles qui la mettent en application. Nous aborderons

¹⁵⁴ Jean-Jacques Rousseau et al, *Collection complète des oeuvres de J.J. Rousseau, citoyen de Genève*, 2012, à la p 602.

¹⁵⁵ Escorihuela, « The politics of distinction », *supra* note 73 aux pp 319-319 et 332-334.

¹⁵⁶ *Ibid* à la p 323.

¹⁵⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social, ou Principes du droit politique*, par J.-J. Rousseau., Paris, A. Hiard, 1836, liv 1, ch IV.

¹⁵⁸ Escorihuela, « The politics of distinction », *supra* note 73 à la p 320.

¹⁵⁹ *Ibid* aux pp 320-321; Jean-Jacques Rousseau, Blaise Bachofen & Bruno Bernardi, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF 1379, Paris, Flammarion, 2008.

¹⁶⁰ Jean-Jacques Rousseau, « Que l'état de guerre nait de l'état social » dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1959.

¹⁶¹ Escorihuela, « The politics of distinction », *supra* note 73 aux pp 319 et 332.

en détail ultérieurement les répercussions précises qui accompagnent la rupture du contrat social, mais à titre préliminaire, nous mentionnerons deux précisions qui guideront notre analyse tout au long de cette étude. La première est que la rupture de ce contrat n'introduit pas une situation de guerre de tous contre tous, tel que le suggère l'interprétation hobbesienne de l'état de nature¹⁶². Nous souscrivons à l'analyse selon laquelle les conflits civils se caractérisent par la fragmentation du monopole étatique de la violence entre les mains de structures sociales organisées¹⁶³. La guerre civile se déroule ainsi à l'intérieur d'ordre social transitoire au cours duquel des groupes armés se disputent le contrôle de l'État¹⁶⁴. Nous ajouterons, cependant, que l'objectif de ces structures n'est pas nécessairement le contrôle de l'État, même si pour la plupart d'entre elles l'État demeure un instrument important¹⁶⁵. Cette interprétation de la guerre civile rappelle la théorie de l'État proposée par l'auteur Charles Tilly dans laquelle il postule que la formation des États ressemble à la légalisation d'un processus de centralisation entrepris par des organisations criminelles¹⁶⁶.

Suivant cette analyse, nous ajouterons une deuxième précision concernant les caractéristiques des acteurs armés non étatiques. Plutôt que de concevoir ces derniers comme des acteurs antiétatiques, nous insisterons sur le fait que l'agentivité de ces derniers est souvent enchevêtrée « dans des réseaux dont la transversalité met à mal la division étatique/non étatique »¹⁶⁷. Nous noterons à ce sujet que la sociologie et la science politique attribuent le recul de l'État formel et l'émergence subséquente de formes de gouvernance alternatives à des motifs, tels que la privatisation volontaire de l'économie ou des fonctions étatiques, la désagrégation des relations politiques par la corruption,

¹⁶² Hobbes, *supra* note 151.

¹⁶³ Gaston Bouthoul définit la guerre comme « une forme de violence qui a pour caractéristique essentielle d'être méthodique et organisée quant aux groupes qui la font et aux manières dont ils la mènent ». Ou une « lutte sanglante et armée entre groupes organisés » Gaston Bouthoul, *Traite de polemologie; sociologie des guerres*, Paris, Payot, 1970, à la p 35.

¹⁶⁴ Olivier Kempf, « La guerre et l'État » (2014) 105:1 *Strategie* 191-203, à la p 5.

¹⁶⁵ « Dans un tel contexte de multiplication de formes localisées et fragmentées d'autorité, l'idée de l'État n'est pas nécessairement écartée par les acteurs. Au contraire, la violence peut apparaître comme un vecteur de mobilité sociale, voire d'insertion politique, au sein d'un champ étatique reconnu comme espace central de concurrence [...] malgré la multiplicité de formes d'autorité non étatique, l'État constitue souvent l'horizon d'une myriade de mobilisations violentes » Jacobo Grajales, « Privatization and fragmentation of violence in Colombia » (2017) 67:2 *Revue française de science politique* 329-348, au para 2.

¹⁶⁶ Charles Tilly, « War Making and State Making as Organized Crime » dans *Bringing the state back in*, Cambridge [etc, Cambridge University Press, 2010, aux pp 175-186.

¹⁶⁷ Grajales, *supra* note 165 au para 2.

ou l'agentivité politique des groupes criminels et des milices privées¹⁶⁸. Toutefois, ces disciplines remarquent également que le retrait de l'État formel ne conduit pas nécessairement à l'affaiblissement de l'ordre existant. Au contraire, ces processus conduisent souvent à la reconfiguration et au renforcement de l'État dont les fonctions seraient désormais assurées par des modèles de gouvernances alternatifs à l'État occidental¹⁶⁹. Par conséquent, les parties aux conflits civils n'opèrent pas nécessairement dans des contextes d'anarchie politique : elles font partie de l'ordre établi, en tant que structures de gouvernance informelle qui interagissent avec l'État formel suivant des logiques qui fluctuent entre la concurrence et la collaboration¹⁷⁰.

Pour résumer, nous proposons d'aborder la problématique que nous avons identifiée antérieurement sur la base de deux idées préétablies. La première souligne que l'origine sociale du droit international expose ce dernier à l'influence des biais qui prévalent dans les institutions où est décidé le droit international. La deuxième rapporte que le droit international humanitaire favorise une approche à la question de la légitimité de la violence fondée sur des concepts inopérables dans les conflits civils.

Sur la base de ces prémisses, notre question de recherche pourrait être reformulée comme suit : si la cohérence du droit international humanitaire repose sur un équilibre rationnel entre le droit à la guerre et l'obligation de restrainte dans la guerre, quel est l'impact de la rupture du contrat social sur l'interprétation de cet équilibre? Est-ce que cette rupture justifie une réinterprétation des règles spécifiques qui mettent en application le principe de distinction? Et, plus précisément, en ce qui concerne le régime d'exception de la participation directe aux hostilités, est-ce que cette rupture permet d'envisager l'existence de certaines formes de participation directe aux hostilités particulières aux conflits internes ? En outre, du point de l'interprétation juridique, la rupture du

¹⁶⁸ Béatrice Hibou, *La privatisation des États*, Paris, Karthala, 1999, à la p 14.

¹⁶⁹ *Ibid* aux pp 31-55.

¹⁷⁰ Grajales, *supra* note 165 au para 2; Voir également Adam Baczko, « Juger en situation de guerre civile Les cours de justice Taleban en Afghanistan (2001-2013) » (2013) 104:4 *Politix* 25; et Laurent Gayer, *Karachi: ordered disorder and the struggle for the city*, 2014.

contrat social nous invite à questionner s'il devait exister un parallélisme strict entre l'article 51(3) du *PAI* et l'article 13(2) du *PAII*¹⁷¹.

Hypothèse

En guise de réponse à cette question, nous allons défendre l'hypothèse selon laquelle les arguments humanitaires qui sous-tendent l'exclusion des activités de financement de la notion de participation directe aux hostilités font abstraction de l'existence d'un phénomène de financement spécifique aux conflits civils : le financement intégral des groupes armés non étatiques par des acteurs privés. Ce type de financement se produit lorsque des personnes civiles s'approprient les fonctions structurelles qui sous-tendent l'exercice du monopole étatique de la violence. En effet, puisque l'exercice du monopole étatique de la violence dépend nécessairement d'une assise financière, la privatisation de cette assise par l'agent financier lui confère une fonction militaire « structurelle », complémentaire à la fonction combative que détient le combattant au sein de l'appareil militaire, et tout autant liée à la conduite des hostilités. Pour cette raison, les actes posés en vue d'assumer le financement intégral des groupes armés constituent une forme de participation directe aux hostilités spécifique aux conflits civils. Pour désigner cette forme spécifique de PDH, nous utiliserons l'expression « participation structurelle aux hostilités », entendue comme une sous-catégorie de participation directe ayant comme conséquence la perte de l'immunité civile aux termes de l'article 13(2) du *PAII*.

Méthodologie et structure argumentative

Pour étayer cette démonstration, nous procéderons à une recension interdisciplinaire de la littérature scientifique pertinente. Le premier chapitre propose une analyse historique du paramilitarisme à travers lequel nous mettrons en exergue les fonctions financières qu'ont exercées les élites rurales colombiennes lors de l'émergence et la consolidation de ce phénomène. Par la suite, nous nous servirons de cette description des faits pour exposer les motifs pour lesquels la neutralisation des agents financiers du paramilitarisme peut être qualifiée de militairement

¹⁷¹ L'article 51(3) énonce la règle de la PDH dans les conflits internationaux tandis que l'article 13(2) énonce la règle applicables à des conflits non-internationaux. Voir *Protocole additionnel I, supra* note 48; *Protocole II, supra* note 2, art 13(2).

nécessaire suivant une analyse positiviste de la logique interne de la nécessité militaire. Dans le deuxième chapitre, nous engageons une analyse de la notion de participation directe aux hostilités par laquelle nous démontrons l'indétermination de cette notion. D'une part, nous démontrons que la perception du centre autour de cette question fluctue considérablement selon les préférences utopistes ou apolitiques du décideur. D'autre part, nous reconnaissons que, malgré cette marge de manœuvre, les interprétations dominantes de la PDH partagent certains préceptes qui limitent sa liberté interprétative et expliquent pourquoi les activités de financement sont exclues de la notion de participation. Dans le troisième chapitre, nous argumentons que les interprétations dominantes de la PDH introduisent des obligations déraisonnables pour certaines parties, car elles n'apprécient pas adéquatement le traitement devant être accordé aux activités de financement dans les contextes de violence civile. Pour engager cette démonstration, nous adoptons la perspective marxiste d'un groupe armé comme les FARC. Cette perspective nous permettra de développer une critique non institutionnelle des conditions sociales dans lesquelles sont appliquées les interprétations dominantes de la PDH, des répercussions de ces dernières sur les droits et les obligations des parties et des solutions qui permettraient de concilier la notion de PDH avec les intérêts militaires d'un groupe armé non étatique comme les FARC.

CHAPITRE 1

LE FINANCEMENT DES GROUPES PARAMILITAIRES À L'AUNE DU PRINCIPE DE LA NÉCESSITÉ MILITAIRE

Dans le premier chapitre de cette étude, nous allons dresser un portrait de l'expérience paramilitaire colombienne afin d'illustrer la menace que représentaient les activités de financement des groupes paramilitaires pour le groupe armé FARC. La première partie décrit l'évolution du paramilitarisme ainsi que son fonctionnement. La deuxième partie évalue la menace posée par les activités des agents financiers du paramilitarisme au regard du principe de la nécessité militaire.

1.1 Quel paramilitarisme?

L'origine du phénomène paramilitaire qui s'est développé en Colombie au tournant du XXe siècle est souvent attribuée à la reprise des hostilités entre l'armée colombienne et les groupes insurgés révolutionnaires établis dans les régions périphériques¹⁷². Le conflit entre ces derniers aurait accéléré la détérioration de la sécurité dans les milieux ruraux de ce pays, affectant particulièrement les familles possédantes qui habitaient ces régions¹⁷³. Alors qu'auparavant ces familles entretenaient des accords de coexistence tacites avec les guérillas paysannes¹⁷⁴, la reprise des hostilités aurait transformé ces élites en la cible privilégiée de l'extorsion, l'expropriation et le séquestre des groupes rebelles¹⁷⁵. L'exode subséquent de ces dernières déplacera le fardeau de l'extorsion sur les petits et moyens propriétaires posant ainsi les fondements de la conflagration à l'origine du paramilitarisme¹⁷⁶. La citation suivante, attribuée au paramilitaire Nelson Lesmes, permet de dresser un portrait de la situation :

Il y a une vingtaine d'années surgit ici un mouvement de bandits qui réclamaient l'égalité [...] Ils disaient qu'il fallait combattre les riches et l'exploitation [...] C'est

¹⁷² Francisco Gutiérrez Sanín, *El orangután con sacoleva cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 2015, à la p 105.

¹⁷³ Carlos Medina Gallego, *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia: origen, desarrollo y consolidación : el caso Puerto Boyacá*, Bogotá, Editorial Documentos Periodísticos, 1990, aux pp 143-146.

¹⁷⁴ *Ibid* aux pp 134 et 138.

¹⁷⁵ Centro Nacional de Memoria Histórica, *Guerrilla y población civil trayectoria de las Farc 1949-2013*, Bogota, Imprenta Nacional de Colombia, 2014, à la p 30; Medina Gallego, *supra* note 173 à la p 50.

¹⁷⁶ Medina Gallego, *supra* note 173 à la p 146.

alors qu'il y a eu les séquestres, les quotas familiaux, les taxes pour les éleveurs, le chantage, l'extorsion, le racket. La vie est devenue impossible [...] Et puis il ne restait que ces gens qui, sans être riches, avaient une propriété et un peu bétail et c'est sur eux qu'a été répartie l'extorsion de ceux qui étaient partis [...] Jusqu'à ce que les propriétaires restants aient préféré mourir aux mains des bandits que mourir de faim avec leurs familles [...] C'est alors que les gens se sont rassemblés, ils ont repris les propriétés proches du village [...] apportant naturellement leurs rifles, prêts à se battre contre quiconque. Ils étaient motivés par un ferme désir de rébellion et de se faire respecter [notre traduction]¹⁷⁷.

S'il est vrai que l'extorsion pratiquée par les groupes armés paysans a mobilisé de petits et moyens propriétaires contre les mouvements insurgés, l'avènement du paramilitarisme n'a pas été le phénomène populaire et spontané que suggère le témoignage précédent¹⁷⁸. Il résulte de la convergence d'intérêts autour d'initiatives anti-insurrectionnelles entre des acteurs appartenant à l'establishment économique légal¹⁷⁹ et illégal¹⁸⁰ et à l'establishment politique et militaire¹⁸¹. L'émergence de la première organisation paramilitaire, l'Asociacion Campesina de Ganaderos y Agricultores del Magdalena Medio (Association Paysanne des Éleveurs et Agriculteurs du Magdalena Medio, ci-après ACDEGAM), illustre cette affirmation.

1.1.1 Aux origines du paramilitarisme

L'ACDEGAM a été fondée en 1982¹⁸² à la suite d'une entente politique conclue entre le maire de la ville de Puerto Boyaca, des lieutenants de l'armée déployés dans cette région, des hommes politiques et des figures importantes de l'économie locale¹⁸³, tels que les dirigeants d'une

¹⁷⁷ *Ibid* à la p 177.

¹⁷⁸ Gutiérrez-Sanín & Vargas, *supra* note 44 aux pp 742-743; Francisco Gutierrez Sanin, « Una relacion especial: privatizacion de la seguridad, elites vulnerables y sistema politico colombiano (1982-2002) » (2012) 14:1 Estudios Socio-Juridicos 97-134, aux pp 125-126.

¹⁷⁹ Gutierrez Sanin, « Una relacion especial », *supra* note 178 aux pp 103 et 126.

¹⁸⁰ Le paramilitarisme émerge également comme un phénomène des cartels de la drogue confrontés au kidnapping des membres de leurs famille. Ces derniers auraient formé des escadrons de la mort pour exterminer les groupes guérilleros, dont le groupe Muerte a secuestradores (MAS), a été un des premiers. Voir Hector Alfonso Otero Moreno, *Paramilitares: la modernidad que nos tocó : interpretación histórica del fenómeno paramilitar desde la perspectiva de la modernidad*, Bogotá, s.n., 2008, aux pp 50-51.

¹⁸¹ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 168, 170, 175 et 189; Gutiérrez-Sanín & Vargas, *supra* note 44 à la p 745.

¹⁸² Medina Gallego, *supra* note 173 à la p 219.

¹⁸³ Dont le maire de Puerto Boyaca, Oscar Ochandia, les Lieutenements Luis Alvaro Rodriguez fontecha, Alberto Garavita Amaya, Jorge Gonzalez et Jorge Humberto Ortega, et les civils Carlos Barosa Jaramillo, Jose de Jesus

importante association d'éleveurs et les dirigeants de la Texas Petroleum Company¹⁸⁴. La mission de cette organisation était d'assurer « le développement et la sécurité de Puerto Boyaca »¹⁸⁵. À cette fin, elle procédera à la construction de routes, d'hôpitaux et d'écoles primaires¹⁸⁶, elle dispensera des formations d'autodéfense, organisera des manifestations anticommunistes et distribuera de la propagande¹⁸⁷.

En parallèle, les dirigeants de l'ACDEGAM pilotaient clandestinement des activités militaires¹⁸⁸ : ils ont militarisé la municipalité de Puerto Boyaca¹⁸⁹ ; ils ont acquis et distribué de l'équipement militaire, dont des armes, des radios et des véhicules de transport¹⁹⁰ ; ils ont fondé des écoles militaires où les paramilitaires en formation seraient entraînés par des militaires à la retraite, de déserteurs des groupes rebelles et de mercenaires américains et israéliens¹⁹¹ ; enfin, ils ont lancé des opérations militaires contre les villages sous contrôle des groupes armés insurgés exécutant ou torturant toutes les personnes soupçonnées de sympathiser avec la guérilla¹⁹². Le témoignage d'une paysanne ayant survécu à un de ces assauts permet de dresser un portrait des opérations :

[I]ls ont chassé mêmes les professeurs, ceux qu'ils ne réussissaient pas à tuer, ils obligeaient à partir. Bon, tout cela est commencé depuis les autoroutes et les villages, depuis là ils avançaient et tuaient les gens, peu après il y a eu les bombardements [...] Le MAS est entré avec l'armée [...] Ils s'habillaient en civils [...] Ils sont les fils des patrons, les patrons que nous connaissons dans la région, c'est pour ça qu'ils doivent porter des masques [...] Un de nos voisins qui est riche, qui est allé rejoindre le MAS, il s'appelle Enrique Tobon, il a été capable de prendre une femme enceinte et toujours vivante – vous me pardonnerez – il lui coupa le ventre, pris la créature et dit : 'Voilà

Jaramilli, Julio Jaramillo, Oskar Jaramillo, Ruben Dario Jaramillo, Luis Sanchez, Alfonzo Barrios, Sixto Arango, Carlos Loaiza, Jario Loaiza, Pedro Parra, Jaime Parra, Hernando Oliveros Marmoleta, Jose Vuelvas, Enrique Tobon et Cesar Urrea. *Ibid* à la p 187.

¹⁸⁴ *Ibid* aux pp 120 et 173; Francisco Gutiérrez-Sanín & Jenniffer Vargas Reina, *El despojo paramilitar: quiénes, cómo y por qué*, 2016, à la p 52.

¹⁸⁵ Otero Moreno, *supra* note 180 à la p 49; Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 219-221.

¹⁸⁶ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 219, 230.

¹⁸⁷ *Ibid* aux pp 191, 224-225.

¹⁸⁸ *Ibid* à la p 219.

¹⁸⁹ *Ibid* aux pp 185, 194, 196, 223-224.

¹⁹⁰ *Ibid* aux pp 220-223.

¹⁹¹ *Ibid* à la p 223.

¹⁹² *Ibid*; Otero Moreno, *supra* note 180 à la p 47.

ce qu'il faut faire, parce que ce qui allait naître ici était le fils d'un guérillero' [notre traduction]¹⁹³.

Tel qu'il ressort du récit précédent, l'objectif de ces opérations militaires était d'assurer la destruction des assises sociales d'un ennemi furtif, difficile à affronter sur le terrain de bataille¹⁹⁴. De plus, la terreur qu'occasionnaient ces attaques auprès des populations conquises facilitait la soumission de ces dernières à l'idéologie anticommuniste préconisée par l'ACDEGAM¹⁹⁵. Ce contrôle social par la terreur permettra même à l'organisation d'obtenir un contrôle direct sur l'issue de certaines élections¹⁹⁶ et de capter certaines institutions étatiques, dont les mairies, les gouvernements et parlements régionaux et même une fraction des représentants au congrès national¹⁹⁷. À titre d'exemple, l'ACDEGAM fera élire Luis Alfredo Rubio Rojas à la mairie de Puerto Boyaca avec la totalité des voix et sans opposition¹⁹⁸. Au congrès national, elle fera élire des membres de l'organisation comme Pablo Guarín, un congressiste libéral et anticommuniste à qui sera confiée la tâche de cultiver les relations avec le gouvernement central¹⁹⁹.

1.1.2 Expansion et consolidation du modèle paramilitaire

Le modèle paramilitaire développé à Puerto Boyaca sera par la suite reproduit dans d'autres régions du pays²⁰⁰. Dans la région de l'Uraba, un territoire périphérique du nord-ouest de la Colombie, la dégradation de la sécurité comme conséquence des conflits sociaux entre les travailleurs et entrepreneurs de l'industrie bananière incitera les derniers à imiter les succès observés à Puerto Boyacá²⁰¹. Ceci étant dit, le modèle paramilitaire qui sera développé dans la région de l'Uraba sera

¹⁹³ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 179-180.

¹⁹⁴ *Ibid* aux pp 180-187.

¹⁹⁵ *Ibid* à la p 224.

¹⁹⁶ Gutierrez Sanin, « Una relacion especial », *supra* note 178 à la p 121; Otero Moreno, *supra* note 180 aux pp 83-84; Medina Gallego, *supra* note 173 à la p 225; Pour une analyse détaillée voir Claudia Nayibe López Hernández, Ariel Fernando Ávila Martínez, & Corporación Nuevo Arco Iris, *Y refundaron la patria--: de cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el estado colombiano*, Bogotá, D.C., Debate, 2010.

¹⁹⁷ López Hernández, Ávila Martínez, & Corporación Nuevo Arco Iris, *supra* note 196 à la p 85.

¹⁹⁸ Medina Gallego, *supra* note 173 à la p 225.

¹⁹⁹ *Ibid* à la p 226.

²⁰⁰ *Ibid* aux pp 176, 191, 235 et 242; Mauricio Romero Vidal, Leon Valencia Agudelo & Leonardo A Archila Ruiz, *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogotá, Intermedio, 2007, à la p 18.

²⁰¹ Otero Moreno, *supra* note 180 aux pp 76-77.

distinct de celui de l'ACDEGAM sur deux points importants. D'une part, ces groupes paramilitaires seront dirigés directement depuis des *haciendas*²⁰² privées qui deviendront les forts militaires de la ruralité colombienne²⁰³. Ainsi, le premier groupe paramilitaire fondé par Fidel Castaño, le dirigeant historique des forces paramilitaires en Colombie, sera nommé « Los Tangueros », d'après le nom de l'hacienda « Las Tangas »²⁰⁴. D'autre part, ces groupes paramilitaires se distingueront de l'ACDEGAM par leur commercialisation des « services militaires » sur le marché de la sécurité privée, un marché fortement en demande par les familles possédantes souhaitant revenir sur les territoires dont elles avaient été chassées²⁰⁵. En parallèle, cette commercialisation de la violence paramilitaire sera également utilisée pour déposséder les populations paysannes occupant des terres propices à l'exploitation agricole, à l'élevage ou au transit de la drogue²⁰⁶.

Ce modèle paramilitaire développé par l'ACDEGAM et perfectionné dans la région de l'Uraba connaîtra une progression vertigineuse au cours des années 1980²⁰⁷. Vers la fin de la décennie, les massacres et les exécutions extrajudiciaires qui se multipliaient étaient vivement dénoncés par une partie des acteurs institutionnels et de la société civile²⁰⁸. Toutefois, le paramilitarisme bénéficiait

²⁰² Grande propriété foncière en Amérique latine. « Dictionnaire de français Larousse », en ligne: <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hacienda/38811>>.

²⁰³ Gutiérrez-Sanín & Vargas Reina, *supra* note 184 aux pp 52-53 et 62-63.

²⁰⁴ *Ibid* à la p 52.

²⁰⁵ *Ibid* aux pp 64-65; Otero Moreno, *supra* note 180 à la p 78.

²⁰⁶ « Coercive dispossession was intimately linked to a methodical and conscious offensive promoted by members of some legal rural elite. In many important cases, the professional associations that legally represented those elites were coordinators and organizers of the crime. Some of the leaders of these associations have been convicted. Among them we find representatives of the “Fondo Ganadero de Córdoba”, of ACDEGAM, and a former president of the national cattle ranching guild, FEDEGAN (...) they could easily legalize the lands that they acquired through their contacts with notaries and the political system (...) They had a strong influence over specific agencies in charge of regulating rural policies, including access to the assignment of property rights. They were also among the main rural clients of the security agencies of the state » Gutiérrez-Sanín & Vargas, *supra* note 44 aux pp 742-745; Francisco Gutierrez Sanin, « Propiedad, seguridad y despojo: el caso paramilitar » (2014) 16:1 Estudios Socio-Juridicos 43-74 L'acquisition de terres par de la violence opportuniste est un phénomène qui peut être observés tout au long du XIXe et XXe siècles. Il explique, en partie, le degré élevé de concentration territoriale en Colombie. Cette déprédation était facilité par le fait que, en l'absence d'un registre foncier pouvant établir clairement des titres de propriété, ces titres étaient attribuées par des notaires généralement nommés par les hommes forts locaux.

²⁰⁷ Velásquez Rivera, *supra* note 39 à la p 139.

²⁰⁸ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 244-249.

de l'approbation d'une partie importante de la société civile, entre autres, car les médias le présentaient comme une expression raisonnable du droit à la légitime défense dont bénéficiaient les populations devant la tyrannie des guérillas²⁰⁹. Le congrès colombien a même légalisé la création des groupes paramilitaires en 1994 à travers l'instrument légal des Convivir (Cooperativas de vigilancia y seguridad privada para la defensa agraria, en français : Coopératives de vigilance et sécurité privée pour la défense agricole), c'est-à-dire des entreprises de sécurité privée pouvant être financées par la population civile et autorisées à mener des opérations militaires conjointement avec les forces de l'État²¹⁰.

Fort de sa légalisation et de son insertion dans l'économie illégale²¹¹, le paramilitarisme connaîtra l'apogée de sa puissance vers la fin des années 1990 et le début des années 2000. Au cours de cette période, il entamera un processus de centralisation sous le commandement de Fidel Castaño, Carlos Castaño et Vicente Castaño, d'abord au niveau régional, sous la bannière des Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU), puis, en 1997, au niveau national, sous le nom de Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)²¹². Ces dernières signeront en 2003 un accord de démobilisation avec le gouvernement colombien qui mènera à leur dissolution officielle, puis à leur remplacement par des bandes criminelles néo-paramilitaires connues aujourd'hui sous le nom des BACRIM²¹³.

1.2 Le financement des forces armées ennemies et la nécessité militaire

Bien que les sources de financement des groupes paramilitaires aient fluctué selon les zones géographiques et les périodes historiques, ces ressources provenaient généralement de deux sources principales²¹⁴. Dans certains cas, la participation des groupes paramilitaires au

²⁰⁹ *Ibid* aux pp 194-195, 201-205 et 221.

²¹⁰ *Ibid* aux pp 197-198, 221, 226; Otero Moreno, *supra* note 180 aux pp 173-175; Gutierrez Sanin, « Una relacion especial », *supra* note 178 à la p 118.

²¹¹ Voir Mauricio Romero Vidal, *La economía de los paramilitares redes de corrupción, negocios y política*, Bogotá, D.C., Debate, 2011.

²¹² López Hernández, Ávila Martínez, & Corporación Nuevo Arco Iris, *supra* note 196.

²¹³ Verdad Abierta, « La desmovilización: el proceso de paz (2003-2006) », (11 février 2008), en ligne: *VerdadAbierta.com* <<https://verdadabierta.com/periodo4/>>.

²¹⁴ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 173-174 et 226-227.

trafic de drogue et leur appropriation des ressources publiques leur confèreraient des ressources suffisantes pour s'autofinancer²¹⁵. Dans d'autres cas, notamment dans la période formative du paramilitarisme, ces fonds étaient apportés par des propriétaires terriens qui assumaient le rôle d'agents financiers de ces groupes²¹⁶. Ces contributions pouvaient se limiter au financement d'opérations militaires ponctuelles. À titre d'exemple, le massacre de Honduras y La Negra qui a eu lieu dans la région de Turbo en 1988 a été perpétrée à la demande de l'homme d'affaires Mario Zuluaga Espinal, alias Francisco Javier²¹⁷. Sinon, ces contributions prenaient la forme de paiements réguliers déterminés selon la taille du territoire protégé, les têtes de bétail possédées, ou le poids des produits agricoles commercialisés²¹⁸. Les citations suivantes illustrent cette dynamique :

Nous devons constituer un groupe armé, une sorte de guérilla, mais la guerre est couteuse, il faut les habiller, les payer [...] ça coute énormément d'argent. Alors on s'est dit que chaque éleveur devait fournir deux mil pesos, ou plus, par tête de bétail [...], mais ce n'était pas suffisant, il a fallu demander de manière permanente l'aide des éleveurs [notre traduction]²¹⁹.

Lorsque nous avons commencé, lorsque nous sommes arrivés au Uraba, c'était parce que les *bananeros* l'avaient demandé à Carlos et Vicente [...] au début ils payaient en effectif, puis on a implanté un système par lequel on chargeait une cent de dollar par boîte de banane exportée et, comme ça, l'impôt a monté jusqu'à trois cent dollars [notre traduction]²²⁰.

C'était des impôts légalisés pour les coffres de l'autodéfense, pour financer les autodéfenses. On me demandait, dans mes versions, dans mes déclarations antérieures aux sénateurs américains, si cet argent avait servi à tuer des syndicalistes, si cet argent avait servi à tuer des personnes travaillant dans les plantations bananières de l'Uraba; bien sûr que oui [notre traduction]²²¹.

Les grands propriétaires sont aussi responsables que nous de tout ce qui est arrivé dans l'Uraba, voire plus. Nous sommes allés maison par maison pour prohiber aux

²¹⁵ *Ibid* à la p 226.

²¹⁶ *Ibid* aux pp 173-174, 226-227 et 238; Gutiérrez-Sanín & Vargas Reina, *supra* note 184 aux pp 65-66.

²¹⁷ Otero Moreno, *supra* note 180 à la p 78; Gutiérrez-Sanín & Vargas Reina, *supra* note 184 aux pp 46-48.

²¹⁸ Gutiérrez-Sanín & Vargas Reina, *supra* note 184 à la p 68.

²¹⁹ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 173-174.

²²⁰ *Sentencia de Justifica y Paz, Caso Hebert Veloza Garcia*, Tribunal Superior De Bogotá, Sala de justicia y Paz (2013) à la p 238.

²²¹ *Ibid* à la p 299.

travailleurs de participer aux grèves armées. Nous sommes allés en uniforme, le couteau à la main, pour dire que celui qui faisait la grève on le tuait. Pourquoi? Pour le bénéfice des grands propriétaires. C'est eux qui ont eu le bénéfice de la guerre. Parmi eux, personne n'est arrêté, personne n'est interrogé, personne n'a payé quoique ce soit pour la réparation et c'était eux qui ont vraiment bénéficié [notre traduction]²²².

Par conséquent, s'il est admis que le financement apporté par ces agents était un élément indispensable au fonctionnement des groupes paramilitaires, comment évaluer la menace que posaient ces activités pour des groupes armés ennemis en droit international humanitaire?

1.2.1 Comment interpréter la nécessité militaire?

Dans son essence la plus fondamentale, le principe de la nécessité militaire a une fonction permissive, celle d'autoriser les mesures requises à la défaite militaire de l'ennemi²²³. Cette fonction permissive peut être constatée dans la définition de ce principe que propose un des premiers documents à codifier les lois de la guerre moderne, le document *Instructions pour les armées en campagne, Gen. Order No. 100 de 1863* (ci-après *Code Lieber*) qui à son article 15 explique :

La nécessité militaire admet que l'on tue ou blesse directement tout ennemi 'armé' et toute autre personne dont la mise hors de combat se trouve inévitable dans les engagements armés de la guerre ; elle permet de capturer tout ennemi armé et tout ennemi de quelque importance pour le gouvernement ennemi ou représentant un danger particulier pour le capteur ; elle permet toutes destruction de biens et obstruction de voies et canaux de trafic, commerce ou communication, et toute suppression de subsistances ou moyens d'existence à l'ennemi ; l'appropriation, en pays ennemi, de tout produit nécessaire à la subsistance et à la sécurité de l'armée, ainsi que toute ruse n'impliquant pas rupture d'un engagement exprès, qu'il s'agisse d'engagements contractés au cours de la guerre ou d'engagements résultants de l'état actuel du droit de la guerre. Ceux qui prennent les armes l'un contre l'autre dans une guerre publique ne cessent pas d'être, pour autant, des êtres moraux, responsables vis-à-vis l'un de l'autre et de Dieu²²⁴.

²²² *Ibid* à la p 238.

²²³ « Military necessity admits of such force as is necessary to subdue the enemy » *United States v List (Otages)*, 1950 11 TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER CONTROL COUNCIL LAW, No 10 757 à la p 1253 [*Affaire des otages*].

²²⁴ États-Unis d'Amérique, Présidence, Département de l'État, *Instructions pour les armées en campagne, Gen. Order No. 100 (Code Lieber)*, (1863), art 15.

Tel qu'il ressort de la dernière phrase de cette citation, la fonction permissive de la nécessité militaire connaît certaines limitations. Elle connaît des limites externes d'origine conventionnelle ou coutumière qui restreignent les type de mesures permise pour défaire militairement l'ennemi. Ce point sera abordé en détail ultérieurement²²⁵. À ce stade, nous remarquerons que la fonction permissive de la nécessité militaire comporte une logique restrictive intrinsèque dérivée de la signification du terme « nécessaire »²²⁶. À ce sujet, la littérature de droit international humanitaire souligne que la nécessité peut faire référence à deux concepts distincts : les mesures qui seraient utiles à la défaite militaire de l'ennemi et celles qui seraient indispensables à l'atteinte cet objectif²²⁷. Certains auteurs expliquent que la dimension « utile » de ce principe exprime la notion de la nécessité militaire simple tandis que sa dimension indispensable évoque le concept de la nécessité militaire qualifiée²²⁸.

La nécessité militaire simple peut être comprise comme le droit d'employer la force nécessaire à la soumission de l'ennemi « with the least possible expenditure of time, life and money »²²⁹. Pour cette raison, la validité des mesures entreprises au nom de cette dernière sera examinée en fonction de leur rationalité vis-à-vis de l'objectif recherché. Ce point a été soulevé dans le *Procès du Peleus* (ci-après *Peleus*) où le tribunal devait décider si les actes d'un accusé qui avait procédé à l'exécution des personnes naufragées afin de dissimiler sa position géographique pouvaient être justifiés par la nécessité militaire²³⁰. Le tribunal a écarté cette possibilité au motif que l'exécution

²²⁵ Voir pages 66 et ss. pour une description détaillée de cette relation, consultez Nubuo Hayashi, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law » (2010) 28:1 Boston Univ Int Law J 39-140.

²²⁶ Etienne Henry et al, *Le principe de nécessité militaire: histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, 2017, aux pp 10-109, 534-536, 556-557, 654-658, 685.

²²⁷ *Ibid* à la p 31.

²²⁸ *Ibid* aux pp 26-27, 34; Voir par exemple *Protocole additionnel I*, *supra* note 48, art 54(5) selon lequel « Compte tenu des exigences vitales de toute Partie au conflit pour la défense de son territoire national contre l'invasion, des dérogations aux interdictions prévues au paragraphe 2 sont permises à une Partie au conflit sur un tel territoire se trouvant sous son contrôle si des nécessités militaires impérieuses l'exigent »; ainsi que *Protocole II*, *supra* note 2, art 17(1) selon lequel « Le déplacement de la population civile ne pourra pas être ordonné pour des raisons ayant trait au conflit sauf dans les cas où la sécurité des personnes civiles ou des raisons militaires impératives l'exigent. Si un tel déplacement doit être effectué, toutes les mesures possibles seront prises pour que la population civile soit accueillie dans des conditions satisfaisantes de logement, de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation ».

²²⁹ *Affaire des otages*, *supra* note 223 à la p 1253.

²³⁰ *Royaume Uni c Eck et al (affaire Peleus)*, 1945 I LRTWC [*Procès de Peleus*].

de ces dernières ne permettait pas réellement d'accomplir l'objectif recherché par l'accusée étant donné que l'évidence matérielle du naufrage aurait révélé sa position dans tous les cas²³¹.

Subsidiairement, certains considèrent que la nécessité doit également être validée par le caractère proportionnel des avantages militaires attendus vis-à-vis des conséquences négatives que l'acte envisagé pourrait occasionner sur des biens et personnes protégées par le DIH²³². Cette exigence a été soulevée par la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Beit Sourik Village Council v Government of Israël*²³³. L'objet de ce litige portait sur la validité de l'ordre d'un commandant militaire ayant autorisé la saisie des terrains privés afin de poursuivre la construction du mur de séparation entre l'État d'Israël et les territoires occupés en Cisjordanie²³⁴. Cet ordre a été invalidé par la Cour au motif que les avantages militaires attendus par cette mesure étaient disproportionnés vis-à-vis des préjudices occasionnés à la population locale²³⁵. En outre, la Cour a défendu une interprétation restrictive de la nécessité militaire selon laquelle les mesures dont les atteintes aux personnes et aux biens protégés dépassent l'avantage militaire anticipé ne sont pas militairement nécessaires, même lorsqu'il s'agit de la mesure la moins destructive²³⁶. Il est pertinent de noter, cependant, que la relation entre la nécessité militaire et le principe de proportionnalité n'est pas tout à fait claire : alors que certains considèrent que la proportionnalité est un élément de la nécessité, d'autres considèrent que la nécessité est un élément de la proportionnalité²³⁷. Quoiqu'il en soit, la

²³¹ Cité dans Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 73.

²³² Henry et al, *supra* note 226 à la p 33; Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 76; Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law », *supra* note 16 à la p 826.

²³³ *Israël, Beit Sourik Village Council v Gov't of Israel*, HCI 2056/04 (2004) Cour Suprême d'Israël.

²³⁴ *Ibid* aux para 1-6.

²³⁵ *Ibid* aux para 67, 70, 76 et 80.

²³⁶ Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 76.

²³⁷ *Ibid*.

proportionnalité joue un rôle important dans le *jus in bello*²³⁸ car elle constitue le point d'intersection entre les principes contradictoires de la nécessité et l'humanité²³⁹.

Concernant la nécessité militaire impérieuse, il est important de mentionner que celle-ci ne peut pas être invoquée pour déroger aux règles établies de droit humanitaire, à moins que cette possibilité soit explicitement prévue dans l'obligation principale²⁴⁰. Cette nuance est importante, car, jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale, il existait un degré de confusion considérable entre la nécessité militaire et des notions voisines appartenant à d'autres branches de droit international²⁴¹. Notamment, des auteurs favorables à la doctrine de la *Kriegsräson*²⁴² considéraient que, à l'instar de l'état de nécessité comme motif d'exonération de la responsabilité, la nécessité militaire permettait d'écarter les obligations de droit international humanitaire lorsque cela était justifié par les circonstances²⁴³. Cette position est largement discréditée aujourd'hui²⁴⁴. Cela étant dit, la confusion entre la nécessité militaire et la notion de nécessité exonératoire ne s'est pas complètement dissipée²⁴⁵. Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, certains auteurs qui rejetaient la *Kriegsräson* considéraient tout de même que la survie de l'État pourrait justifier le

²³⁸ Il est à noter que la proportionnalité dans le jus ad bellum exige une comparaison de la portée géographique des dommages causés, de leur durée, des moyens employés pour les occasionner et des effets sur des États tiers, d'une part et d'autre part, le droit de repousser une attaque en vertu de la légitime défense *ibid* à la p 76; Il est à noter également que, à la différence de la proportionnalité dans le jus ad bellum qui, elle, suppose le droit supérieur de la partie attaquée, la proportionnalité dans le jus in bello part de la prémisse selon laquelle les actions militaires défensives ou offensives doivent respecter, sur un pied d'égalité, les répercussions de ces dernières sur les intérêts des biens et personnes protégées Enzo Cannizzaro, « Contextualizing Proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War » (2006) 88:864 *International review of the Red Cross* 779-792, aux pp 785-786.

²³⁹ « Pour certains, même les maux qui sont militairement nécessaires devraient, pour être considérées comme licites, en tous les cas être justifiées par un avantage militaire prépondérant [...] Dans cette perspective, le principe prend la forme d'une véritable pesée des intérêts entre les nécessités militaires et les exigences de l'humanité » Henry et al, *supra* note 226 aux pp 104 et 108.

²⁴⁰ *Ibid* aux pp 390, 530, 566-568, 656-659, 685; Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225.

²⁴¹ Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 aux pp 45-46; David Kretzmer, « The advisory opinion: the light treatment of international humanitarian law » (2005) 991 *American journal of international law* 88-102.

²⁴² Le terme *Kriegsräson* est tiré de l'expression allemande « *Kriegsräson geht vor Kriegsmanier* » signifiant que les raisons de la guerre l'emportent sur les règles de la guerre". Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 52.

²⁴³ Henry et al, *supra* note 226 à la p 286.

²⁴⁴ *Ibid* aux pp 355-357.

²⁴⁵ *Ibid* aux pp 402-410.

recours à des mesures interdites en droit international humanitaire²⁴⁶. La Cour internationale de justice pourrait avoir validé cette position dans son avis consultatif concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* lorsqu'elle a entretenu l'hypothèse selon laquelle les situations dans lesquelles la survie de l'État est en cause pourraient justifier la menace ou l'emploi de ces armes²⁴⁷. Il est pertinent de noter, cependant, que la notion de nécessité soulevée par la Cour dans cette affaire pourrait plutôt faire référence à l'encadrement de la légitime défense dans le *jus ad bellum* et non pas à la nécessité militaire du *jus in bello*²⁴⁸. Ceux et celles qui défendent cette position considèrent que la Cour a reconnu le droit d'employer des armes nucléaires lorsque cela est justifié par la légitime défense, reléguant la question de la survie de l'État à l'évaluation du caractère disproportionnel de l'emploi de ces armes au sens du *jus in bello*²⁴⁹.

Finalement, il est aussi important de distinguer la nécessité militaire impérieuse de la notion d'impossibilité matérielle qui, implicitement, autorise les parties à ne pas faire ce qui leur est véritablement impossible²⁵⁰.

²⁴⁶ « [I]t remains ground common to British, American, French, Italian and other publicists, as well as German, that a State is privileged, in title of self-preservation, to violate its ordinary duties under international law, even towards States with which it is at peace; and may also itself determine when its self-preservation is involved. Neither practice nor the literature explain satisfactorily how the privilege based on self-preservation in times of peace can be denied to States at war » cite dans Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 52.

²⁴⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif (1996) CIJ rec 226 aux para 95-97, 105.

²⁴⁸ Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 aux pp 53-54; Voir Christopher Greenwood, « Jus ad bellum and Jus in bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion » dans Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands, dir, *International law, the international Court of justice and nuclear weapons*, Cambridge, Cambridge university press, 1999 247.

²⁴⁹ « What the Court meant by the « very survival of a State » is not clear; for example, whether it refers to the political survival of the government of a state, the survival of the state as an independent entity, or the physical survival of the population [...] Is it that the use of nuclear weapons violates international humanitarian law but that a threat to the survival of a state may justify such a violation? As some pointed out, this would be surprising, since it has never been supposed that a state that is losing a war has the right to disregard the rules of armed conflict to the extent necessary to avoid defeat, and such a notion could produce results that would be fundamentally at odds with the purpose of humanitarian law. Or did the Court mean that the rules of international humanitarian law themselves particularly the rule of proportionality-allow the weighing of the importance of preserving a state against the very severe damage, injury and suffering that may result? This interpretation, in my view, would clearly be more consistent with the logic of the rules of armed conflict and the concept of humanitarian law » Michael J Matheson, « The opinions of the International Court of Justice on the threat or use of nuclear weapons » (1997) *American journal of international law* 91(3) July 1997 : 417-435; Voir également Greenwood, *supra* note 248.

²⁵⁰ Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 54.

1.2.2 *La neutralisation des agents financiers est-elle militairement nécessaire?*

Suivant la description que nous venons d'apporter, est-ce que la neutralisation des agents financiers du paramilitarisme peut être qualifiée de militairement nécessaire ?

Si l'on examine cette question à partir de la supposition selon laquelle la neutralisation des agents financiers avait pour objectif de limiter les ressources matérielles dont disposaient les forces paramilitaires, l'emploi de la force létale contre ces derniers apparaît comme manifestement rationnel. En effet, ces mesures avaient des conséquences utiles à la défaite militaire de l'ennemi. D'une part, la neutralisation des agents financiers aurait permis de limiter les ressources requises pour la création et le fonctionnement général des groupes armés ennemis. De ce fait, elle aurait permis d'empêcher, ou du moins de retarder, la formation de certains d'entre eux. De plus, les groupes paramilitaires ayant réussi à se constituer auraient été limités en termes de personnel et d'armement. D'autre part, ces mesures auraient été efficaces, car les agents neutralisés n'étaient pas fongibles. Rappelons brièvement que les groupes paramilitaires qui combattaient les guérillas colombiennes étaient financés par des fortunes privées ancrées dans l'économie rurale, notamment dans l'élevage de bétail, la production de bananes ou le trafic de drogues. Considérant que le nombre de ces agents était limité et il n'est pas certain que ces derniers aient pu être substitués facilement par leurs successeurs ou par leurs concurrents.

Ces arguments nous amènent à conclure que la neutralisation des personnes qui finançaient les activités militaires des groupes paramilitaires était « nécessaire » au sens de la logique interne de la nécessité militaire. Une telle conclusion peut paraître évidente vu l'importance des ressources économiques pour le fonctionnement des groupes armés non étatiques²⁵¹. Et, de fait, la neutralisation des ressources économiques des capacités militaires de l'ennemi était une méthode de guerre licite jusqu'au XIX^e siècle²⁵². Toutefois, hormis quelques exceptions²⁵³, aujourd'hui, ces

²⁵¹ Voir Wennmann, « Economic dimensions of armed groups », *supra* note 98.

²⁵² Robert Kolb, « The main epochs of modern international humanitarian law since 1864 and their related dominant legal constructions » dans Camilla Guldahl Cooper, Gro Nystuen & Kjetil Mujezinović Larsen, dir, *Searching for a « Principle of Humanity » in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 23, à la p 47.

²⁵³ Par exemple, dans le contexte de la guerre contre le terrorisme, les États-Unis ont procédé à des attaques directes contre des trafiquants de drogue proches des Talibans en raison des contributions financières que ces

cibles sont considérées comme manifestement illégales par le droit international humanitaire. Dans le chapitre suivant, nous explorons les arguments qui étayent cette position dans le contexte de la notion de participation directe aux hostilités.

derniers apportaient aux insurgés Dan E Stigall, « The Thickest Grey: Assessing the Status of the Civilian Response Corps Under the Law of International Armed Conflict and the U.S. Approach to Targeting Civilians » (2010) 25:5 The American University international law review 885, à la p 897.

CHAPITRE 2

LE FINANCEMENT DES GROUPES ARMÉS NON-ÉTATIQUES SELON LE PRINCIPE D'HUMANITÉ

Nous avons mentionné antérieurement que le droit international humanitaire représente un compromis soigneusement réfléchi entre le droit d'employer la violence contre l'ennemi et l'obligation de retenue dans la guerre²⁵⁴. Les termes généraux de ce compromis énoncent que les parties à un conflit ne doivent pas lancer des attaques directes contre les biens et les personnes ayant un caractère civil. De manière plus précise, cette discrimination souvent interprétée à l'aide de la prémisse selon laquelle « seule l'action qui vise à affaiblir le potentiel militaire de l'ennemi est acceptable »²⁵⁵. Dans le chapitre précédent, nous avons examiné les termes de cette affirmation depuis l'horizon de la nécessité militaire. À son égard, nous avons rapporté que les actions utiles ou indispensables à la défaite militaire de l'ennemi sont autorisées. Or, comme nous verrons dans le présent chapitre, la légalité d'une attaque ne dépend pas uniquement de ce critère. Pour être valide, elle doit être conforme aux principes généraux de DIH²⁵⁶. De plus, l'attaque doit être autorisée par une règle spécifique de DIH et, accessoirement, elle ne doit pas être interdite par une autre de ses règles²⁵⁷.

Concernant la légalité des attaques contre les agents financiers des groupes armés ennemis, le droit conventionnel et coutumier suggère que ces personnes sont des civils²⁵⁸. Par conséquent, elles bénéficient de l'immunité des civils contre la violence, sauf dans les circonstances exceptionnelles où elles participent directement aux hostilités²⁵⁹. En effet, le droit international humanitaire prévoit

²⁵⁴ Voir Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law », *supra* note 16.

²⁵⁵ Sassòli, Bouvier & Quintin, *supra* note 18 ch 5, à la p 2.

²⁵⁶ « Les « considérations élémentaires d'humanité » et la « clause de Martens » marquent la reconnaissance expresse de l'existence des principes généraux de DIH et en sont des exemples particulièrement importants. » *Ibid* ch 4 à la p 12.

²⁵⁷ *Ibid* ch 4 à la p 16; Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 aux pp 52-58.

²⁵⁸ Les agents financiers ne sont pas inclus dans les catégories énumérées à l'article 4 de la *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 50.

²⁵⁹ Alternativement, la légalité des attaques contre ces acteurs pourrait également être examinée sur la base du régime applicable aux objectifs militaires, qui concerne généralement la qualification de biens mais peut s'appliquer à des personnes également Dinstein, « *egitmate Military Objective* », *supra* note 51 aux pp 142-143.

une exception à la règle qui consacre l'immunité des personnes civiles²⁶⁰. Pour examiner la légalité des attaques contre les agents financiers du paramilitaire, nous devons donc établir si leurs activités de financement constituent une forme de participation directe aux hostilités. À cet égard, nous avons remarqué antérieurement des différences d'opinions propos de la portée de la PDH : à un extrême, certains préconisent une analyse circonstancielle du caractère hostile des comportements engagés par les civils²⁶¹ et l'autre, il y a ceux et celles qui considèrent que la PDH se réfère exclusivement aux instances de participation directe à l'infliction de dommages à caractère explicitement militaires²⁶². Or, comme nous démontrerons dans les pages qui suivent, malgré ces différences, il existe un consensus en faveur de l'exclusion des activités de financement du champ d'application de cette règle.

Dans le but d'engager cette discussion, nous allons, au préalable, situer la notion de PDH dans son contexte historique et juridique.

2.1 La notion de participation directe aux hostilités

La croyance selon laquelle la population non combattante devrait être protégée par les lois de la guerre peut être observée chez des auteurs comme Alberico Gentili, Francisco Suarez et Francisco de Vitoria²⁶³. À cette époque, le principe était exprimé sous forme de désapprobation morale vis-à-vis des actes de violence envers les femmes, les enfants et les personnes qui se caractérisent par un mode de vie contraire à la guerre²⁶⁴. Au cours du XVIIIe, cette désapprobation morale sera reconnue comme un des principes des lois de la guerre. Selon celui-ci, le recours à la violence contre les personnes non combattantes était interdit. Ainsi, sous la plume d'Emer de Vattel, il est possible de lire :

Aujourd'hui, la guerre se fait par les troupes réglées ; le peuple, les paysans, les bourgeois ne s'en mêlent point, et pour l'ordinaire ils n'ont rien à craindre du fer de l'ennemi. Pourvu que les habitants se soumettent à celui qui est maître du pays, qu'ils

²⁶⁰ *Protocole II, supra* note 2, art 13.

²⁶¹ Voir *Targeted killings, supra* note 63.

²⁶² Voir Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity », *supra* note 46.

²⁶³ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 aux pp 855-856.

²⁶⁴ *Ibid* à la p 856.

payent les contributions imposées et qu'ils s'abstiennent de toute hostilité, ils vivent en sûreté comme s'ils étaient amis ²⁶⁵.

Et, au XIXe siècle, l'interdiction des attaques directes contre les personnes qui ne commettent pas d'actes hostiles contre l'ennemi sera reconnue comme une règle coutumière²⁶⁶. La protection offerte par cette règle était néanmoins dépendante d'une définition ouverte et circonstancielle de l'hostilité des actes posés par les civils²⁶⁷. Ainsi, les traités de droit coutumier rédigés au XIX siècle expliquent que les attaques directes contre la population civile sont interdites « unless (civilians have) actually taken in arms, or (are) guilty of some misconduct in violation of the usages of war, by which they forfeit their immunity »²⁶⁸ ou, encore, que « as soon as an individual ceases to be harmless, he ceases to be a non-combatant »²⁶⁹. Similairement, dans le Code Lieber, il est énoncé que les parties sont obligées de protéger les citoyens non armés « as much as the exigencies of war [would] admit »²⁷⁰. En outre, sous cette règle coutumière, le type de comportements pouvant dérober les civils de leur immunité était indéterminé et flexible.

Cette règle coutumière échappera aux tentatives de codification de droit humanitaire engagées au cours de la deuxième moitié du XIXe siècle. Nonobstant sa mention dans le *Code Lieber*, le *Manuel des lois de la guerre sur terre* (ci-après *Manuel Oxford*) soulève la PDH uniquement dans le contexte de l'espionnage²⁷¹, tandis que *Déclaration de Bruxelles de 1874 concernant les lois et coutumes de la guerre* (ci-après *Déclaration de Bruxelles*)²⁷² et les *Conventions de La Haye*

²⁶⁵ Emer de Vattel, *Le droit des gens: ou, Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*, 1758, liv 3, cap VIII, par 145-147.

²⁶⁶ Henry Wheaton & George Grafton Wilson, *Elements of international law*, Oxford, Clarendon, 1936; John Schuckburgh Risley, *The law of war*, London, A.D. Innes, 1897.

²⁶⁷ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 879.

²⁶⁸ Wheaton & Wilson, *supra* note 266 à la p 662 cité dans Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 867.

²⁶⁹ Risley, *supra* note 266 aux pp 107-110 cité dans Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 867.

²⁷⁰ *Code Lieber*, *supra* note 224, art 22.

²⁷¹ *Manuel des lois de la guerre sur terre*, Oxford, 9 septembre 1880, art 23.

²⁷² *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, Bruxelles, Institut royal des relations internationales, 1874.

concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (ci-après *Conventions de La Haye*)²⁷³ n'en font aucune mention. Ceci est souvent expliqué par des conflits d'intérêts lors des négociations entre les grandes puissances militaires, soucieuses d'interdire la participation des civils aux conflits et les petites puissances qui voyaient dans cette participation un outil pour la défense de leur territoire²⁷⁴. C'est ainsi qu'au lendemain de la Première Guerre mondiale l'exception à l'immunité des civils était encore gouvernée par une définition ouverte de l'hostilité des comportements civils. Or, vu la dimension industrielle des guerres au XXe siècle, cette ouverture aurait permis aux parties de justifier des interprétations si manifestement permissives de la PDH qu'elles niaient, dans les faits, le principe même de la distinction²⁷⁵. Notamment, au cours de la Première Guerre mondiale, il a été proposé de considérer cibles légitimes les travailleurs employés dans le secteur industriel²⁷⁶. Puis, au cours de la Deuxième Guerre mondiale, certains ont défendu l'hypothèse selon laquelle la contribution morale des civils à l'effort de guerre pouvait justifier des attaques directes à l'égard²⁷⁷.

Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, une nouvelle définition de la PDH commencera à s'esquisser. En effet, la dévastation occasionnée par cette guerre avait légitimé l'appel des acteurs comme le CICR²⁷⁸ envers une révision des lois de la guerre susceptible d'assurer la protection effective des personnes civiles²⁷⁹. C'est ainsi que, lors de la vingt-et-unième conférence internationale de la Croix-Rouge en 1965, le CICR a proposé de définir la notion PDH dans les termes suivants : « distinction must be made at all times between persons taking part in hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible

²⁷³ *Convention (II) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 29 juillet 1899; *Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye 18 octobre 1907.

²⁷⁴ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 aux pp 864-865.

²⁷⁵ *Ibid* à la p 868.

²⁷⁶ « as early as 1916 arguments were made that armament workers should be treated as a category of quasi-combatants who lost their immunity as non-combatants and should be treated as combatants while they were engaged in activities harmful to the enemy » *ibid* à la p 869.

²⁷⁷ « By the dawn of the Second World War, war had come to be viewed as a totalitarian affair to which all a nation's citizens contributed through industry and morale » *ibid* aux pp 870-871.

²⁷⁸ *Ibid* à la p 872.

²⁷⁹ *Ibid* aux pp 868, 870 et 872.

»²⁸⁰. Cette proposition sera reprise et révisée au cours des négociations ayant mené à l'adoption des *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève* et elle sera complétée par une restriction temporelle assujettissant la perte d'immunité civile à la durée de la participation engagée par les civils²⁸¹. De plus, les termes « actes hostiles » ou « participation active », utilisés dans la règle coutumière préalable et dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, respectivement, seront remplacés par l'expression « participation directe ». D'après nombreux auteurs, cette modification terminologique signale que, désormais, la participation directe aux hostilités concerne uniquement les instances de participation aux hostilités dont les effets prévisibles entraînent directement des entraves à la conduite des hostilités par l'adversaire excluant, de ce fait, les contributions à l'effort de guerre de l'ennemi²⁸², tels que le financement.

Cette affirmation doit néanmoins être nuancée, car les critères qui régissent la portée de ce régime d'exception varient substantiellement selon les auteurs. De plus, un degré de confusion persiste autour de la différence entre les termes « participation directe », « participation active » et « acte hostile ». Ces termes existent dans le droit conventionnel dans d'autres contextes et sont parfois utilisés de manière interchangeable pour décrire les comportements qui relèvent de ce régime d'exception²⁸³. Par exemple, lors des discussions ayant mené à l'adoption de l'article 51 du PAI, certains États percevaient comme étant synonymes les termes « acte hostile » et « participation directe aux hostilités »²⁸⁴. Ainsi, lorsque les délégations du Brésil, du Canada, de la République démocratique allemande et du Nicaragua auraient proposé l'amendement suivant : « Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section except when they commit hostile acts or take a direct part in military operations », les délégations danoise et australienne auraient questionné la pertinence de cet amendement, car elles considéraient que les termes « actes hostiles » et « participation directe aux hostilités » avaient la même signification²⁸⁵.

²⁸⁰ *Résolution XXVIII de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge*, XXe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 1965.

²⁸¹ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 876.

²⁸² *Ibid* à la p 878.

²⁸³ *Ibid*.

²⁸⁴ *Ibid* aux pp 877-878.

²⁸⁵ *Ibid* à la p 877.

Ayant retracé l'évolution historique de la PDH, nous allons maintenant explorer les arguments qui étaient les interprétations restrictives et permissives de cette notion.

2.2 Les interprétations restrictives de la PDH

Pour une partie importante des juristes de droit international humanitaire, la participation directe aux hostilités se réfère uniquement aux comportements qui contribuent directement à la conduite des hostilités. Cette interprétation restrictive de la PDH est souvent retracée à l'interprétation rousseauiste de la légitimité de la violence dont nous avons discuté antérieurement²⁸⁶. Rappelons brièvement que selon Jean-Jacques Rousseau, la guerre doit être comprise comme une relation essentiellement interétatique, car les objectifs qu'elle recherche et les moyens qui permettent de la réaliser dépassent la nature des personnes humaines et ne peuvent être expliqués que par la nature artificielle des États²⁸⁷. Sur la base de cette prémisse, Rousseau explique que les personnes civiles seraient des victimes de la guerre, car elles subissent les dommages collatéraux de la violence exercée par les combattants²⁸⁸. Il écrit :

La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats ; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs²⁸⁹.

À partir de cette représentation de la nature de la guerre et de sa relation avec les êtres humains, les théoriciens du droit de la guerre appartenant à la tradition européenne continentale auraient développé une interprétation « combative » de la légitimité de la violence : les personnes qui représentent l'État dans l'exercice de son monopole de la violence peuvent faire l'objet d'attaques directes tandis que les personnes qui ne le représentent pas doivent être protégées de la violence. Une telle délimitation des contours de la distinction peut être constatée dans la citation suivante du professeur Marco Sassoli : « To allow attacks on persons other than combatants would violate the

²⁸⁶ Voir par exemple Geoffrey Best, *War and Law since 1945*, Oxford, Oxford University Press, 1997, à la p 32 cité dans Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 858.

²⁸⁷ Pour une explication détaillée de ce point, consultez Escorihuela, « The politics of distinction », *supra* note 73 aux pp 320-322.

²⁸⁸ *Ibid* aux pp 321-324.

²⁸⁹ Rousseau et al, *supra* note 154 à la p 357.

principle of necessity, because victory can be achieved by overcoming only the combatants of a country - however efficient its armament producers and however genial its scientists and politicians may be »²⁹⁰. Selon cette interprétation « combative » de la légitimité de la violence, il appert naturel que l'exception à l'immunité dont bénéficient les civils ne devrait être autorisée que lorsque ces civils exercent illégalement les fonctions combattives réservées aux forces armées de l'État. Des échos de ce raisonnement peuvent être repérés dans le *Guide interprétatif* de la notion de participation directe aux hostilités rédigé par Nils Melzer et, plus particulièrement, dans la réponse²⁹¹ que ce dernier a formulée aux critiques que lui a valu cet ouvrage²⁹². Discutant de la notion de combat continu, Melzer remarque un parallèle entre l'appartenance aux forces armées de l'État et l'exercice continu des fonctions de combat au sein des groupes armés non étatiques²⁹³. Par conséquent, il propose d'utiliser ce parallèle pour adapter la structure interétatique de la distinction, fondée sur le statut des membres des forces armées, vers des contextes de violence civile où ce statut n'existe pas et ne peut pas être observé²⁹⁴. Or, ce faisant, il assimile conceptuellement la catégorie des objectifs militaires à celle des individus qui exécutent continuellement des actes de violence physique en lien avec le conflit²⁹⁵. Dans ses propres mots :

There are essentially two solutions: First, the notion of “organized armed group” can be overextended to include all persons accompanying or supporting that group (i.e., regardless of their function); an excessively wide approach which would completely discard the distinction between “direct” and “indirect” participation in hostilities inherent in treaty and customary law. Alternatively, the notion of “organized armed group” can be limited to those persons who represent the functional equivalent of “combatants” in the regular armed forces. In other words, while membership in State

²⁹⁰ *Legitimate Targets of Attacks Under International Humanitarian Law*, par Marco Sassòli, Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, 2003 à la p 9.

²⁹¹ Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity », *supra* note 46.

²⁹² Kenneth Watkin, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretive Guidance » (2010) 42:3 *New York University journal of international law and politics* 641-695.

²⁹³ Melzer, *supra* note 25 aux pp 35 et 36.

²⁹⁴ *Ibid* à la p 38.

²⁹⁵ Il soutient cependant que ce critère pourrait englober également les activités de soutien directe à la conduite des hostilités Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity », *supra* note 46 à la p 848.

armed forces generally implies a “right” to directly participate in hostilities, membership in organized armed groups implies a “function” to do so²⁹⁶.

Ceci étant dit, la plupart des auteurs qui défendent des interprétations restrictives de la PDH reconnaissent qu’une définition purement combative de la règle ne permet pas d’appréhender adéquatement la participation des civils aux conflits modernes²⁹⁷. Ils constatent que certaines activités qui ne concernent pas le recours à la force physique contre l’ennemi seraient tout de même indispensables à la conduite des opérations en cours, tel que le transport des munitions vers le terrain des opérations ou la transmission de renseignements à des fins de ciblage²⁹⁸. Dans le *Guide interprétatif*, Melzer résume cet enjeu dans les termes suivants :

De tout temps, la population civile a contribué à l’effort de guerre général engagé par les parties à un conflit armé, que ce soit en produisant et en fournissant des armes, des équipements, des vivres et des abris, ou en apportant son soutien sur les plans économique, administratif et politique. Toutefois, ces activités étaient le plus souvent conduites loin du champ de bataille et, généralement, seule une petite minorité de civils se trouvait impliquée dans la conduite des opérations militaires. Cette configuration a radicalement changé au cours des dernières décennies. Les combats se rapprochent toujours plus des zones d’habitation de la population civile, entraînant un entremêlement croissant des civils et des acteurs armés. Les civils sont ainsi amenés à s’impliquer davantage dans des activités étroitement liées aux opérations militaires. Plus récemment encore, l’externalisation accrue de fonctions traditionnellement dévolues aux militaires a précipité dans la réalité des conflits armés modernes de nombreux sous-traitants privés, membres du personnel civil affecté au renseignement et autres fonctionnaires civils. En outre, les opérations militaires atteignent souvent un niveau de complexité sans précédent, exigeant la coordination d’une grande variété de moyens interdépendants (humains et techniques), mobilisés dans des lieux différents²⁹⁹.

Pour résoudre cette problématique, ces auteurs proposent de définir la notion de PDH à partir d’une interprétation « tactique » et non pas « combative » des catégories de la distinction³⁰⁰. Cette

²⁹⁶ *Ibid* à la p 850.

²⁹⁷ Melzer, *supra* note 25 à la p 53, note de bas de page 113.

²⁹⁸ Voir par exemple *Le Procureur c Pavle Strugar*, *supra* note 57.

²⁹⁹ Melzer, *supra* note 25 à la p 13.

³⁰⁰ Pour une discussion des interprétations tactiques et non-tactiques de la distinction, voir W Hays Parks, « Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives » dans Wolff Heintschel von Heinegg & Volker Epping, dir, *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2007 65.

interprétation est compatible avec interprétation rousseauiste de la légitimité de la violence dans la guerre. À cet égard, le professeur Alejandro Lorite Escorihuela remarque que la protection accordée aux combattants hors de combat par le DIH s'explique par la reconnaissance de l'humain derrière la figure du combattant³⁰¹. Autrement dit, les personnes humaines qui incarnent le rôle des combattants seraient elles aussi des victimes de la guerre, car elles subissent cette violence au nom de l'État³⁰². Dès lors, à l'instar des civils, les combattants qui n'exercent pas leurs fonctions doivent également être protégés dans la mesure du possible³⁰³. Dans le même sens, certains auteurs considèrent que le droit d'employer la violence doit être proportionnel à la menace que représentent les activités militaires du combattant et non pas à la nature de cette catégorie de personnes³⁰⁴. Un tel raisonnement guide la fameuse maxime de Jean Pictet selon laquelle les parties aux conflits doivent privilégier la capture à la blessure et la blessure à l'infliction de la mort, lorsque les circonstances le permettent³⁰⁵. Cette interprétation de la légitimité de la violence sous-tend également le *Guide interprétatif* lorsque, dans la partie IX, il affirme ceci :

Par exemple, si un civil non armé, assis dans un restaurant, utilisait un émetteur radio ou un téléphone mobile pour transmettre à une force aérienne des renseignements tactiques pour l'aider à cibler l'attaque qu'elle s'apprête à lancer, il faudrait probablement considérer qu'il participe directement aux hostilités. Cependant, si le restaurant en question était situé à l'intérieur d'une zone strictement contrôlée par la partie adverse, il serait peut-être possible de neutraliser la menace militaire que représente ce civil, en le capturant ou en recourant à d'autres moyens non létaux, sans faire courir de risques supplémentaires aux forces en opération ou à la population civile se trouvant à proximité³⁰⁶.

En ce qui concerne la PDH, cette approche tactique à la légitimité de la violence permet de reconfigurer les contours de la distinction autour de la prémisse selon laquelle les actes qui assistent directement l'infliction de dommages physiques contre les capacités ou le personnel militaire de

³⁰¹ Escorihuela, « The politics of distinction », *supra* note 73 aux pp 331-332, 335-337.

³⁰² *Ibid* aux pp 321-324.

³⁰³ *Ibid* aux pp 331-332, 335-337.

³⁰⁴ *Ibid*.

³⁰⁵ Jean Pictet, *Developpement et principes du droit international humanitaire: cours donné en juillet 1982 à l'Université de Strasbourg dans le cadre de la Session d'enseignement organisée par l'Institut International des Droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1985, à la p 77.

³⁰⁶ Melzer, *supra* note 25 aux pp 80-85.

l'ennemie exposent potentiellement ses auteurs à des attaques directes³⁰⁷. Par exemple, dans les *Commentaires de protocoles additionnels du 8 juin 1977*, la participation directe aux hostilités est définie comme ces « actes de guerre qui par leur nature ou leur objectif cherchent à nuire le personnel ou l'équipement des forces ennemies et se différencient du simple effort de guerre »³⁰⁸. Similairement, pour le CICR, « the expression covers acts of war intended by their nature or purpose to strike at the personnel and materiel of enemy armed forces »³⁰⁹. Enfin, l'étude de droit coutumier menée par le CICR affirme que la participation directe aux hostilités résulte de l'emploi des armes ou d'autres moyens de violence contre les composantes humaines ou matérielles des forces adverses³¹⁰. Autrement dit, suivant une interprétation tactique des catégories de la distinction, la PDH concerne les activités ayant pour vocation de matérialiser l'infliction d'effets nuisibles à la partie adverse³¹¹. La citation suivante résume bien cette proposition :

Direct participation in hostilities is neither synonymous with 'involvement in' or 'contribution to' hostilities, nor with 'preparing' or 'enabling' someone else to directly participate in hostilities, but essentially means that an individual is personally 'taking part in the ongoing exercise of harming the enemy' and personally carrying out hostile acts which are 'part of' the hostilities³¹².

Selon Melzer, ces activités se réfèrent à la coordination d'opérations tactiques ou l'obtention d'informations sensibles³¹³ tandis que les travaux de maintenance³¹⁴, le recrutement³¹⁵, le support politique et médiatique³¹⁶, la distribution de propagande, de nourriture ou de financement³¹⁷, la «

³⁰⁷ *Ibid* aux pp 55-57.

³⁰⁸ Claude Pilloud, Jean Pictet & Yves Sandoz, *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1987.

³⁰⁹ Cité dans Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 58.

³¹⁰ Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 55 à la p 23.

³¹¹ Melzer, *supra* note 25 à la p 54.

³¹² Shannon Bosch, « The International Humanitarian Law Notion of Direct Participation in Hostilities – A Review of The ICRC Interpretive Guide and Subsequent Debate » (2014) 17:3 Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad 999-1046, à la p 1012, note de bas de page numéro 107.

³¹³ Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity », *supra* note 46 à la p 867.

³¹⁴ Watkin, « Opportunity Lost », *supra* note 292 à la p 710.

³¹⁵ Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity », *supra* note 46 à la p 865.

³¹⁶ Melzer, *supra* note 25 à la p 54.

³¹⁷ Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law », *supra* note 16 à la p 708.

mise au point, [la] production et [l']envoi d'armes et d'équipement militaire ainsi que [des] travaux de construction ou de réparation de routes, ports, aéroports, ponts, voies ferrées et autres infrastructures en dehors du contexte d'opérations militaires concrètes »³¹⁸ relèvent d'une participation à l'effort de guerre³¹⁹. En outre, les civils qui, sur le terrain des opérations, approvisionnent directement les combattants avec les biens nécessaires à la conduite des hostilités se verraient exposés au feu de la guerre tandis que les civils qui assistent objectivement l'ennemi, mais ne contribuent pas directement à l'infliction d'effets nuisibles demeurent protégés³²⁰.

Un raisonnement similairement sous-tend l'interprétation de la PDH proposée par la Cour pénale internationale (ci-après CPI) dans la décision *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo* (ci-après *Lubanga*)³²¹. Depuis une perspective de droit pénal, cette dernière a divisé la PDH en deux composantes : les instances de « participation directe » et les instances de participation « active »³²². Selon la Cour, la participation directe fait référence à la participation aux combats en cours alors que la participation active relève des activités non combattives qui prêtent un support direct aux combats³²³. Ainsi, la Cour considère que l'emploi d'enfants à titre de gardes serait une participation active, car elle aurait un impact direct « on the level of logistic resources and on the organisation of operations required by the other party to the conflict whose aim is to attack such military objectives »³²⁴. La Cour considère également que des activités de reconnaissance, d'espionnage, de sabotage ainsi que l'emploi d'enfants comme appât, messagers ou point de contrôle militaire constituent des instances de participation active aux hostilités³²⁵. En revanche, elle estime que

³¹⁸ Melzer, *supra* note 25 à la p 54.

³¹⁹ *Ibid* à la p 69.

³²⁰ Pour un survol des arguments justifiant le recours à la violence contre les acteurs qui contribuent aux capacités militaires de l'ennemi, voir Richard J Arneson, « Just warfare theory and noncombatant immunity » (2006) 393 *Cornell Int Law J* 663-688.

³²¹ *Situation en République démocratique du Congo Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (14 mars 2012) (Cour pénale internationale, Chambre de première instance I).

³²² *Ibid* au para 628.

³²³ *Ibid* au para 621.

³²⁴ *Ibid* au para 622.

³²⁵ *Ibid*.

l'emploi d'enfants à titre d'employés domestiques n'affecte qu'indirectement les capacités ou les opérations militaires de l'ennemi³²⁶.

2.2.1 *Le financement de la violence selon une grille d'analyse tactique de la PDH*

Suivant une telle interprétation des catégories de la distinction, il pourrait être reconnu que les activités de financement de la violence contribuent objectivement à la défaite militaire de l'ennemi. Toutefois, dans la mesure où ces activités sont indirectement à la conduite des hostilités, elles seront placées systématiquement dans la catégorie des contributions à l'effort de guerre et donc exclues du régime de la PDH. Un survol des critères mis de l'avant dans le *Guide interprétatif* permet d'illustrer cette conclusion. Ces critères, qui sont le seuil de nuisance, le lien de causalité directe et le lien de belligérance, ne sont pas prévus par le droit conventionnel et des critiques importantes existent à leur égard³²⁷. Toutefois, ils bénéficient d'un appui doctrinaire important et, à ce titre, ils constituent une référence adéquate pour interpréter restrictivement la PDH³²⁸.

Le premier critère, le seuil de nuisance, exige que les effets causés par l'activité des civils nuisent aux opérations ou aux capacités militaires de la partie adverse ou que, alternativement, ils présentent une menace à l'intégrité des biens et personnes protégés par le DIH³²⁹. Le Guide explique que l'emploi de la force physique contre les biens ou le personnel des forces armées ennemies est l'expression la plus claire des activités qui nuisent aux opérations ou aux capacités militaires de l'ennemi³³⁰. Toutefois, il rajoute que le critère concerne également les actes qui « nuisent, ou qui visent à nuire à la poursuite, par l'ennemi, de son objectif ou de son but militaire

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ Pour une revue de ces critiques, consultez Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity », *supra* note 46.

³²⁸ Crawford, *supra* note 60 aux pp 87-88.

³²⁹ Melzer, *supra* note 25 aux pp 49-51.

³³⁰ « L'emploi d'armes ou d'autres moyens pour commettre des actes de violence contre les moyens humains et matériels des forces adverses est probablement le moins controversé de participation directe aux hostilités » *ibid* à la p 49 note de bas de page 96.

»³³¹. Il précise que ces nuisances doivent avoir un caractère « spécifiquement militaire »³³², mais ne définit pas ce qui doit être compris par ce terme. Enfin, à titre illustratif, il cite des exemples de comportements qui correspondent à cette catégorie, tels que le fait d'enlever des mines, le sabotage, l'occupation d'un territoire, la capture des biens ou du personnel appartenant aux forces armées ennemies, les activités de surveillance, l'interruption d'opérations logistiques ou l'interférence électronique³³³.

Quant aux activités de financement, le Guide reconnaît que ces dernières peuvent entraîner des effets nuisibles à la partie adverse, et même s'avérer indispensables, mais il rappelle que le lien de causalité entre elles et des effets nuisibles à caractère spécifiquement militaire est généralement de nature indirecte³³⁴. Or, le deuxième critère du *Guide interprétatif* exige précisément que le lien de causalité entre les actes posés par les civils et ces effets soit de nature directe. Autrement dit, seuls les actes qui, en une seule étape causale ou qui font partie intégrante d'une opération militaire spécifique³³⁵, occasionnent des effets nuisibles à caractère spécifiquement militaire, relèvent de la PDH. En revanche, « les activités qui ne font que développer ou entretenir la capacité de causer de tels effets » ne remplissent pas cette exigence³³⁶. Le Guide explique que l'objectif de cette exigence est d'imposer une restriction raisonnable et opérationnelle à la portée de la PDH :

D'autres critères, tels que le fait de causer indirectement des effets nuisibles ou de faciliter matériellement la commission d'actes nuisibles, sont clairement trop larges. En effet, si de tels critères étaient appliqués, c'est l'effort de guerre tout entier qui serait inclus dans la notion de participation directe aux hostilités et, en conséquence, de larges

³³¹ « Les effets nuisibles sur le plan militaire devraient être interprétés comme englobant non seulement l'infliction de pertes en vies humaines, de blessures ou de destructions au personnel et aux biens militaires mais aussi toute conséquence nuisant aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit » *Ibid* à la p 50.

³³² Le Guide ne définit pas clairement ce qui doit être compris par l'expression « spécifiquement militaire », toutefois, la dimension tactique de celle-ci peut être dégagée des obligations imposées dans sa section IX *ibid* aux pp 41-42 et 49-50. Voir la note de bas de page 97 à la page 50 du Guide ».

³³³ *Ibid* à la p 50.

³³⁴ *Ibid* aux pp 54-55.

³³⁵ Lors des opérations qui requièrent un effort collectif dans leur réalisation, un lien de causalité directe peut être attribuée aux actes qui individuellement n'occasionnent pas des effets suffisamment nuisibles mais font partie intégrante de l'opération *ibid* à la p 57.

³³⁶ *Ibid* à la p 54 note de bas de page 113.

segments de la population civile se trouveraient privés de leur immunité contre les attaques directes³³⁷.

En outre, les activités de financement de la violence ne peuvent pas être incluses dans la notion de PDH car, depuis une interprétation tactique de la distinction, le lien entre ces activités et des effets nuisibles à caractère spécifiquement militaire est présumé indirect. Nous noterons, cependant, que les critères proposés par le *Guide interprétatif* n'abordent pas la distinction entre conflits internes et conflits interétatiques.

2.3 Les interprétations permissives de la PDH

Malgré l'adhésion dont bénéficient les interprétations restrictives de la PDH, des interprétations permissives de cette notion peuvent également être répertoriées dans la pratique des États, la doctrine et la jurisprudence³³⁸. Rappelons brièvement que, antérieurement à l'adoption des protocoles additionnels, la PDH dépendait d'une analyse circonstancielle de l'hostilité des actes posés à la lumière de l'équilibre entre le principe d'humanité et le principe de nécessité militaire³³⁹. Comme rapporté dans la section précédente, ce type de définition est jugé désuet par une partie importante de l'opinion experte, car son ouverture compromet la protection effective de la population civile³⁴⁰. Toutefois, pour certains commentateurs, la marge de manœuvre permise par

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Voir par exemple *Le Procureur c Dusko Tadic*, Jugement, No IT-94-1 (7 mai 1997) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) au para 616. « It is unnecessary to define exactly the line dividing those taking an active part in hostilities and those who are not so involved. It is sufficient to examine the relevant facts of each victim and to ascertain whether, in each individual's circumstances, that person was actively involved in hostilities at the relevant time »; Voir également *Targeted killings*, *supra* note 63.

³³⁹ Risley, *supra* note 266 aux pp 107-110.

³⁴⁰ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59; Melzer, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity », *supra* note 46; Pour une critique générale des approches contextualisées voir Chris Jochnick & Roger Normand, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War » (1994) 35 Harv Int'l L J 49, à la p 58 « By endorsing military necessity without substantive limitations, the laws of war ask only that belligerents act in accord with military self-interest. Belligerents who meet this hollow requirement receive in return a powerful rhetorical tool to protect their controversial conduct from humanitarian challenges » .

cette dernière est nécessaire afin d'appréhender les zones grises qui caractérisent la conduite des hostilités³⁴¹.

Par exemple, des auteurs comme Michael N. Schmitt considèrent qu'une interprétation trop étroite des effets nuisibles limite la capacité d'évaluer adéquatement la contribution militaire de certaines activités qui, considérées dans leur ensemble, devraient raisonnablement être incluses dans le régime d'exception³⁴². Selon lui, il existe une multitude de situations dans un contexte de guerre moderne où des gestes posés améliorent les capacités militaires d'une partie sans que cela se traduise directement en l'infliction de dommages physiques³⁴³. Il reconnaît que les activités engagées par les civils doivent porter atteinte aux capacités militaires de l'ennemi³⁴⁴, mais il estime que la relation entre les gestes posés et ses effets nuisibles doit être flexible : des liens particulièrement étroits peuvent faire céder les considérations humanitaires et vice-versa³⁴⁵. Par conséquent, Schmitt propose d'assimiler la PDH aux formes d'agentivité civile suffisamment reliées à des effets nuisibles³⁴⁶ :

Direct participation, therefore, seemingly requires "but for" causation (in other words, the consequences would not have occurred but for the act), causal proximity (albeit not direct causation) to the foreseeable consequences of the act, and a *mens rea* of intent. In other words, the civilian must have engaged in an action that he or she knew would harm (or otherwise disadvantage) the enemy in a relatively direct and immediate way. The participation must have been part of the process by which a particular use of force was rendered possible, either through preparation or execution. It is not necessary that

³⁴¹ Michael N Schmitt, « Deconstructing Direct Participation in Hostilities: the Constitutive Elements » (2010) 42:3 New York University journal of international law and politics 697-739, à la p 699; Voir également Crawford, *supra* note 60 à la p 90.

³⁴² Schmitt, « Deconstructing Direct Participation in Hostilities », *supra* note 341 aux pp 714, 717 et 727.

³⁴³ « The Interpretive Guidance opines that "individual conduct that merely builds up or maintains the capacity of a party to harm its adversary" is indirect. In many cases, such as the general recruitment of fighters or contributing funds to a "cause," that is an accurate statement. But it would be too restrictive to exclude some instances of capability building. The recruitment of suicide bombers and the purchase of materials in order to build suicide vests are cases in point » *ibid* aux pp 725-727 et 736.

³⁴⁴ « In practice, harm and benefit are related in the sense that conflict is usually a zero sum game—a contribution to one side typically weakens its opponent. The Guidance's distinction between them is therefore somewhat artificial » *ibid* à la p 719.

³⁴⁵ *Ibid* à la p 726.

³⁴⁶ *Ibid* aux pp 725 et 736; Voir également Michael N Schmitt, « Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees » (2005) 5:2 Chicago journal of international law 511-546, à la p 534.

the individual foresaw the eventual result of the operation, but only that he or she knew his or her participation was indispensable to a discrete hostile act or series of related acts³⁴⁷.

D'autres auteurs ont exprimé des inquiétudes similaires. Kenneth Watkin considère que l'exigence d'un lien direct entre l'activité des civils et les dommages physiques contraint les parties à une position défensive³⁴⁸. Il déplore également que les interprétations tactiques de la notion de « fonctions de combat » sous-estiment l'importance des contributions logistiques à la conduite des hostilités³⁴⁹. Pour sa part, Eric Talbot Jensen défend la position selon laquelle la règle devrait différencier entre les civils qui tendent à se dissocier du conflit et ceux qui assument un comportement hostile au profit d'une des parties au conflit³⁵⁰. En cela, il est un des rares auteurs à affirmer explicitement que les civils qui financent des acteurs armés pourraient participer directement aux hostilités³⁵¹. Enfin, Damien van der Torn estime que les activités qui précèdent la matérialisation des actes de violence seraient des instances de participation directe aux hostilités, même lorsque ces dernières ne font pas partie d'une opération militaire spécifique³⁵². Il explique :

³⁴⁷ Schmitt, « Participation in Hostilities by Private Contractors », *supra* note 346 à la p 533.

³⁴⁸ "This approach limits action to deal with such attacks to a reactive posture focused on « acts » rather than on the capacity of an opponent to plan and attack in the future. The initiative is therefore surrendered to the enemy force [...] There is no reference to the individual involved being engaged in the planning and execution of the next attack or series of attacks (i.e. the campaign) far from the area of operations and whether that would constitute a continuation of involvement or the commencement of a separate « act » of direct participation " Watkin, « Opportunity Lost », *supra* note 292 aux pp 658 et 660.

³⁴⁹ « However in both academic writing and the case law, combat function involves a much broader range of activity than has been adopted in the Interpretive Guidance. Most obviously, it includes the performance of a logistics function as an integral part of an organized armed group. » *Ibid* aux pp 683-684.

³⁵⁰ « the application of targeting principles warrants a broader scope of targeting authority than currently understood under international law and, more specifically, requires some methodology to distinguish those individuals who remain immune from attack by their abstention from any participation in hostilities and those who, on their own initiative or by their connection with and conduct in support of an armed hostile group, are justifiably characterized as lawful objects of attack » Jensen, *supra* note 68 aux pp 101-103.

³⁵¹ « Accordingly, direct participation should be understood to include not only those who cause actual harm, but those who directly support those who cause actual harm. In addition to those who construct, finance, or store weapons, this would include those who gather intelligence or act as observers and supply information to fighters, those who solicit others to participate in hostilities, and those who train them on military tactics. In short, individuals who choose to involve themselves in the process of fighting surrender their immunity from attack » *ibid* à la p 102.

³⁵² « One alternative, that more appropriately balances the ability to achieve military objectives with the protection of innocent civilians, may be to reformulate the test of causal proximity to include operational activities that

One benefit of this standard is that it removes the difficulty faced by attacking forces of distinguishing between conduct integral to specific operation and general military activities. For example, if a soldier witnesses persons assembling IEDs in a building, it is difficult to know, unless there is some other intelligence available, whether these acts are part of a specific operation or operations more generally. Another example is a soldier witnessing training of fighters from a distance. Again, without further intelligence, it may be difficult to determine whether this is training for a specific operation or for more general operations³⁵³.

Des interprétations permissives peuvent également être répertoriées dans la pratique des États. Par exemple, les États-Unis défendent une approche plus large à la PDH dans laquelle les individus qui contribuent matériellement et effectivement à la capacité de l'ennemi à conduire des hostilités peuvent faire l'objet d'attaques directes³⁵⁴. Cette interprétation est généralement abordée à partir de critères de proximité, soit une proximité géographique entre l'activité des civils et les activités hostiles, une proximité dans la relation entre l'activité des civils et des effets nuisibles, et une proximité temporelle entre ces activités et leurs effets³⁵⁵. Ces critères permettent aux États-Unis de légitimer la neutralisation des cibles à partir d'informations fragmentaires sur la nature hostile de leurs activités:

This rationale can be seen in practice in the February 2002 attack on three men in Khost in Afghanistan's Paktia province. These men were spotted by Predator drone operators, who noticed that two of the men were 'acting with reverence' towards a third 'tall man'. Osama bin Laden was a tall man; FBI reports calculated his height to be between 6ft 4in and 6ft 6in (193–198 cm). Furthermore, the three men were found at a former *mujahedeen* base known as Zhawar Kili. Zhawar Kili was known to US authorities: in 1998, President Bill Clinton had authorized missile attacks against Zhawar Kili and another suspected al-Qaeda camp in Al Badr (near Jalalabad) [...] Authorization was given to target these men with the Hellfire missiles attached to the Predator. US government officials stated in the aftermath of the attack that at the time of the attack,

facilitate and are closely connected with the materialisation of harm. This would remove the requirement that an act be integral to a specific operation and would permit the targeting of the precursor operational activities that make possible the ultimate infliction of harm. » Damien van der Toorn, « "Direct Participation in Hostilities": A Legal and Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan » (2010) 17 Australian International Law Journal 7-28, aux pp 23-24.

³⁵³ *Ibid* à la p 24.

³⁵⁴ États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *Law of war manual*, 2015, n° 5.9.3 « Taking a direct part in hostilities extends beyond merely engaging in combat and also includes certain acts that are an integral part of combat operations or that effectively and substantially contribute to an adversary's ability to conduct or sustain combat operations »; Voir également Jensen, *supra* note 68 aux pp 98-97.

³⁵⁵ Stigall, « The Thickest Grey », *supra* note 253 aux pp 895-896.

they could not be sure who they killed, but they were ‘convinced it was an appropriate target’ and that ‘the initial indications afterwards would seem to say that these are not peasant people up there farming.’ However, it was later discovered that the ‘tall man’ and his associates were local villagers who had gone to the long-abandoned camp site to forage for scrap metal³⁵⁶.

Des arrêts jurisprudentiels relativement récents ont également adopté une interprétation permissive de la PDH. Dans l’affaire *Strugar*, le TPIY a proposé d’engager une analyse circonstancielle du lien entre les actes posés par les civils et des actes de guerre dont la nature ou l’objectif serait de causer des dommages réels au personnel ou à l’équipement militaire de l’ennemi³⁵⁷. Similairement, nous rappellerons que dans l’affaire *Targeted Killings*³⁵⁸ préalablement mentionnée, la Cour suprême d’Israël a validé la légalité de l’assassinat ciblé des personnes ne participant pas aux opérations en cours au moment de l’attaque³⁵⁹. La cour remarque l’existence d’une « zone grise » devant être élucidée par une analyse circonstancielle des principes d’humanité et de nécessité militaire³⁶⁰ et rajoute que la « participation directe » n’exclut pas la possibilité que des acteurs non combattifs puissent participer directement aux hostilités³⁶¹. Ainsi, selon cette dernière, les individus qui agissent comme leaders d’un groupe armé ou ceux qui participent au recrutement des milices ou à la planification des attaques participent directement aux hostilités³⁶². Toutefois, elle exclut de cette catégorie des activités comme la distribution de propagande, d’aliments ou de ressources monétaires³⁶³.

Ces interprétations permissives de la PDH peuvent être associées à l’approche traditionnelle à la distinction qui fait concurrence à l’approche continentale d’inspiration rousseauiste dont nous

³⁵⁶ Crawford, *supra* note 60 à la p 121.

³⁵⁷ *Le Procureur c Pavle Strugar*, *supra* note 57 au para 178. « whether a victim was actively participating in the hostilities at the time of the offence depends on the nexus between the victim’s activities at the time of the offence and any acts of war which by their nature or purpose are intended to cause actual harm to the personnel or equipment of the adverse party. If a reasonable doubt subsists as to the existence of such a nexus, then a Trial Chamber cannot convict an accused for an offence committed against such a victim under Article 3 of the Statute ».

³⁵⁸ *Targeted killings*, *supra* note 63.

³⁵⁹ *Ibid* aux para 8, 12.

³⁶⁰ *Ibid* aux para 34 et 39.

³⁶¹ *Ibid* au para 34.

³⁶² *Ibid* au para 37.

³⁶³ *Ibid* aux para 35 et 36.

avons discuté antérieurement³⁶⁴. Cette tradition rejette la prémisse selon laquelle la guerre consiste en l'affrontement entre deux armées professionnelles au profit d'une lecture de la guerre comme étant des conflits au cours desquels il peut s'avérer nécessaire de neutraliser les forces armées de l'ennemi, mais aussi les personnes et les objets qui contribuent à ses capacités militaires³⁶⁵. En cela, elle propose une interprétation alternative des catégories de la distinction qui met de l'avant la flexibilité des objectifs militaires au détriment de la dichotomie étanche entre l'effort de guerre et la conduite des hostilités. L'approche traditionnelle est aussi connue comme l'approche anglo-saxonne, car elle aurait guidé la doctrine militaire de ces États au XIX^e siècle³⁶⁶. Et bien qu'aujourd'hui il s'agisse d'un courant doctrinaire minoritaire³⁶⁷, elle sert d'inspiration aux interprétations permissives de DIH qui, depuis une approche continentale, apparaissent comme étant dangereuses ou déraisonnables.

³⁶⁴ « In this context, the dominant belief was that almost everything done in the warfare of past centuries, where war had been cruel and inhuman, had been lawful; that limitations were now being imposed on the destructiveness of war through the progress of humanitarianism, and that the social phenomenon 'war' would become completely eliminated. The maxim could be paraphrased as follows: 'formerly nothing; now something; tomorrow everything'. his evolution from darkness to light was thought to be inevitable; it was implicit in the objective laws governing social evolution (nineteenth century scientism). Martti Koskenniemi has shown with great clarity (but perhaps sometimes excessively through the critical lens of the modern man) how this idea of progress permeated the work of the founding fathers of the Institut de droit international, which incidentally gave much weight to the law of armed conflicts. This gospel of progress was particularly marked in continental thinking, especially in France, whereas the Anglo-Saxon concept of war remained somewhat more traditional » Kolb, *supra* note 252 à la p 34.

³⁶⁵ « A school of thought which became known as the Anglo-Saxon doctrine was understood to consider war as a relationship between nations including their peoples and economies. Developed in countries which had not experienced war on their own territories over a very long period but which had become involved in two world wars within the short period of four decades, this doctrine was seen in contrast to the classical continental doctrine shaped by Jean Jacques Rousseau two centuries ago: While it was stated by Rousseau that war is a relation not between man and man, but between State and State, and that individuals are enemies only accidentally, the Anglo-Saxon doctrine stressed the importance of considering the enemy's war effort in toto, particularly for purposes of economic warfare.» Dieter Fleck, « Strategic bombing and the definition of military objectives » (1997) 27 *Israel yearbook on human rights* 41-64, à la p 41.

³⁶⁶ « In the nineteenth century, maritime warfare still had a paramount importance. The main communication lines for vital resources, and the bulk of commerce, were at that time maritime. To secure military victory, it was essential to disrupt or inflict damage on the enemy's maritime communications. Maritime warfare had thus, since time immemorial, been geared to hampering commerce. This inevitably meant inflicting damage not only on the state and its agents, but also on private individuals, enemies (confiscation, destruction) or neutrals (contraband of war, blockade). The Anglo-Saxon states accepted this as a necessity in maritime war ». Kolb, *supra* note 252 à la p 37.

³⁶⁷ Pour un exemple, consultez Hays Parks, *supra* note 300.

2.3.1 *Le financement de la violence selon une définition ouverte de la PDH*

Malgré l'instabilité juridique qui caractérise les définitions ouvertes de la PDH, la liberté interprétative des acteurs qui les mobilisent demeure balisée par la perception des acquis humanitaires applicables. Ce que nous entendons par cela peut être clarifié en proposant d'aborder les définitions permissives de la PDH comme étant des clauses d'échappatoire permettant de faire exception à l'obligation de ne pas cibler directement les civils lorsque cela est justifié par la nécessité militaire. Une telle interprétation reflète la définition historique de cette notion dont les termes prescrivaient l'immunité de ces personnes sauf en cas de nécessité militaire³⁶⁸. À titre de rappel, l'article 22 du *Code Lieber* ordonnait la protection des citoyens non armés « as much as the exigencies of war will admit »³⁶⁹. Ayant comme repère cette perspective, nous pouvons esquisser quelques éléments de contrôle applicables à ces définitions ouvertes dans la perception contemporaine des conditions pouvant justifier la suspension de l'immunité des civils, d'une part et d'autre part, de la consolidation de certaines protections qui bénéficient les civils. En effet, les auteurs et les autrices qui défendent des définitions ouvertes de la PDH doivent tout de même concilier leurs interprétations avec les contraintes imposées par la narrative juridique au sein de laquelle ils et elles évoluent. À ce sujet, nous devons constater que la direction entreprise par le DIH depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale n'est pas favorable à la licéité des attaques directes contre les sources de financement de l'ennemi. Bien au contraire, la doctrine et la jurisprudence soulignent avec récurrence les motifs pour lesquels la plupart de ces attaques sont illégales.

Dans le but de cerner adéquatement les motifs derrière l'illégalité de ces attaques, il nous paraît utile de discuter à ce stade des limites que le DIH impose à la fonction permissive de la nécessité militaire. Rappelons brièvement que dans le chapitre précédent nous avons rapporté que la logique interne de la nécessité militaire impose d'elle-même certaines limites. En particulier, elle exige un

³⁶⁸ « If military necessity required the targeting of harmful civilians, the Lieber Code, with its allowance for the exigencies of war, was sufficiently flexible to accommodate their being put to death, at least as a matter of law enforcement. Subsequent nineteenth-century instruments did nothing to displace this approach or disavow the paramountcy of 'the exigencies of war'; thus, while civilians were generally protected, their protection remained subject to military demands » Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 879.

³⁶⁹ *Code Lieber*, *supra* note 224, art 22.

lien rationnel entre les mesures envisagées et l'objectif recherché par ces dernières³⁷⁰. En parallèle, le droit international humanitaire impose des limites supplémentaires censées contrôler le potentiel destructif de la nécessité militaire et ainsi assurer l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité³⁷¹. Il s'agit principalement des restrictions à l'égard des mesures qui peuvent être entreprises en évoquant leur utilité aux termes de la nécessité militaire. La première de ces limites peut être attribuée à la Clause de Martens introduite dans le préambule de la *Convention (II) de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1899*³⁷². Une des interprétations courantes de cette clause revendique une obligation omniprésente de restrainte chez les parties en conflit qui serait fondée sur les usages, les lois de l'humanité et les prescriptions de la conscience publique³⁷³.

Des prescriptions plus tangibles peuvent être répertoriées en lien avec les interdictions qui frappent les objectifs licites de la nécessité militaire. Ainsi, il est depuis longtemps établi que la revanche, la torture, la cruauté et l'infliction de souffrances superflues ne peuvent pas être poursuivies légalement en invoquant la nécessité militaire³⁷⁴. Au XIXe siècle, le *Code Lieber* énonçait cette règle comme suit :

Military necessity does not admit of cruelty - that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy;

³⁷⁰ Voir en ce sens le *Procès de Peleus*, *supra* note 230.

³⁷¹ Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law », *supra* note 16 aux pp 798-801.

³⁷² La clause se lit comme suit : « En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique » *Convention (II) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, *supra* note 273.

³⁷³ Rupert Ticehurst, « La clause de Martens et le droit des conflits armés » (1997) 79:824 *International Review of the Red Cross* 133-142.

³⁷⁴ « [Military necessity] does not permit the killing of innocent inhabitants for purposes of revenge or the satisfaction of a lust to kill. The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of international law (...) [Military necessity] does not admit the wanton devastation of a district or the willful infliction of suffering upon its inhabitants for the sake of suffering alone.» *Procès de Peleus*, *supra* note 230 aux pp 1253-1254.

and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult.³⁷⁵

Plus précisément, le DIH prévoit que le seul objectif licite de la nécessité militaire est l'affaiblissement des capacités militaires de l'adversaire. Ce principe a été introduit par le biais du préambule de la *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre* de 1868 (ci-après : *Déclaration de St Pétersbourg*) dans lequel il est affirmé « Que le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi »³⁷⁶. La Déclaration introduit une limite potentiellement très importante en ce sens que les mesures justifiées par la nécessité militaire devraient nécessairement rechercher l'affaiblissement des forces armées ennemies. Ce potentiel est néanmoins limité par des divergences substantielles à propos de l'interprétation à retenir de cette déclaration³⁷⁷. L'auteur Nobuo Hayashi explique que la signification de cette déclaration a évolué significativement depuis son adoption : « Over the years, what it takes for the belligerent to “weaken the military forces of the enemy” has acquired a meaning and dimension not present in the minds of those gathered at St. Petersburg in 1868. The specific content of humanitarian considerations has also evolved »³⁷⁸.

Une lecture littérale de cette déclaration conduit certains auteurs à favoriser une interprétation purement combative des objectifs légitimes de la nécessité militaire. En effet, la *Déclaration de St Peterbourg* énonce explicitement que pour affaiblir l'ennemi « il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible »³⁷⁹. Ainsi, l'auteur Marco Pertile, discutant de l'Avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien*

³⁷⁵ *Code Lieber*, *supra* note 224, art 16.

³⁷⁶ *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*, Annuaire de l'Institut de Droit international, Vol 1 (1868), aux pp 306-307, au préambule.

³⁷⁷ Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 aux pp 46-47.

³⁷⁸ « Yet modern international humanitarian law essentially continues to be guided in its codification and development by the same desire to delimit a normative boundary between the necessities of military action and humanitarian considerations in war wherever these two sets of interests collide. If one takes for granted the continued relevance of military necessity in the formulation of new rules or the modification or extinguishment of existing rules, then the continued relevance of humanitarian considerations is anchored in the celebrated Martens clause » *ibid* à la p 47.

³⁷⁹ *Déclaration de Saint Petersbourg*, *supra* note 376.

*occupé*³⁸⁰, affirme que la construction d'un mur défensif ne peut pas être justifiée par la nécessité militaire, car la fonction défensive et la planification requise pour un tel projet s'accordent mal avec la définition d'opérations militaires³⁸¹. Une position similaire est défendue par Alexander Orakhelashvili : « Military operations in the West Bank ceased a long time ago and the Wall itself is hardly meant to serve the needs of the Israeli army. Whatever the situation in the West Bank, it cannot currently be denoted as a state of war »³⁸². Une interprétation plus nuancée peut être constatée dans *Le Procureur c. Naser Orić*³⁸³, où le TPIY déclare :

[L]orsque les hostilités ont cessé, les « exigences militaires » ne peuvent plus, en principe, justifier la destruction. La situation est différente lorsqu'une attaque militaire est dirigée contre un village qui, en raison de sa situation géographique et du fait que ses habitants sont armés, représente un grave danger pour les habitants d'un village voisin, et que ceux-ci lancent une action militaire en vue d'éliminer ce danger. Il se peut que, après la prise de ce village, des maisons soient détruites pour empêcher ses habitants, notamment les combattants, d'y retourner et de poursuivre les attaques³⁸⁴.

Hayashi considère qu'une interprétation purement combative des objectifs légitimes de la nécessité militaire est incompatible avec l'état du droit international humanitaire contemporain³⁸⁵. Il rappelle, d'une part, que des activités de nature défensive, telle que la construction des fortifications, ont toujours été une partie intégrale des hostilités. « Far from being “quite different from the traditional concept of military operations, as Pertile puts it, constructing defensive fortifications with these characteristics has been part and parcel of territorial warfare »³⁸⁶. Il souligne également que ces

³⁸⁰ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif [2004] CIJ rec 246.

³⁸¹ Marco Pertile, « “Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory”: a missed opportunity for international humanitarian law? » (2005) 14 *Italian yearbook of international law* 121-161, aux pp 135-36, cité dans Hayashi, « Requirements of Military Necessity », supra note 225 à la p 68.

³⁸² Alexander Orakhelashvili, « Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction » (2006) 11:1 *Journal of Conflict and Security Law* 119-139, à la p 137, cité dans Hayashi, « Requirements of Military Necessity », supra note 225 note de bas de page 101.

³⁸³ *Le Procureur c Naser Orić*, Jugement, n° IT-03-68-T (30 juin 2006) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II).

³⁸⁴ *Ibid* au para 588, cité dans Hayashi, « Requirements of Military Necessity », supra note 225 aux pp 125-126.

³⁸⁵ À noter que Hayashi se réfère ici à la portée de la nécessité militaire en tant que règle d'exception permettant de déroger à des obligations spécifiques de droit international humanitaire lorsque cela est prévu dans le libélé de la disposition concernée Hayashi, « Requirements of Military Necessity », supra note 225.

³⁸⁶ *Ibid* à la p 68.

interprétations s'appuient sur une lecture imprécise de l'affaire *Pelaeus*³⁸⁷. Dans cette affaire, l'emploi de la force létale après les combats avait été jugé illégal, mais Hayashi précise que cette illégalité s'explique par le caractère irrationnel des mesures entreprises, en ce sens qu'elles ne permettaient pas d'atteindre la réalisation de l'objectif recherché par l'accusé³⁸⁸. De plus, il remarque que la plupart des décisions du TPIY ayant rejeté la viabilité de la nécessité militaire en dehors des combats actifs ont été justifiées par la motivation « ethnique » des attaques³⁸⁹.

D'autre part, Hayashi rappelle qu'une série de dispositions de droit international humanitaire prévoient explicitement la possibilité de recourir à la nécessité militaire pour atteindre des objectifs défensifs, civils et sanitaires³⁹⁰. Par exemple, l'article 49 de la IV *Convention de Genève* prévoit que la nécessité militaire impérieuse autorise exceptionnellement la déportation des civils³⁹¹. Similairement, l'article 53 de la même Convention justifie la destruction des propriétés privées en territoire occupé lorsque cela est requis pour les opérations militaires de l'armée occupante³⁹². Dans l'arrêt *Hardman*, le tribunal d'arbitrage a reconnu que la destruction des maisons requise par l'hygiène et la sécurité des troupes était justifiée par la nécessité militaire³⁹³. Et, dans l'affaire des *Otages*, le tribunal militaire a confirmé que la politique de la terre brûlée peut être justifiée par la nécessité militaire lorsque celle-ci est pratiquée par une armée en retraite désirant empêcher l'adversaire de bénéficier des biens détruits³⁹⁴. Hayashi remarque, à ce sujet, que la cour n'a pas jugé nécessaire que la destruction de ces biens ait pour objectif la neutralisation de l'armée

³⁸⁷ *Procès de Peleus*, *supra* note 230.

³⁸⁸ Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 126.

³⁸⁹ *Ibid* à la p 123.

³⁹⁰ *Ibid* à la p 70.

³⁹¹ *Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 2, art 49.

³⁹² *Ibid*, art 53.

³⁹³ « The necessity of war was the occupation of Siboney, and that occupation [...] involved the necessity, according to the medical authorities [...] of taking the said sanitary measures, i.e., the destruction of the houses and their contents. In other words, the presence of the United States troops at Siboney was a necessity of war and the destruction required for their safety was consequently a necessity of war » Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 61; United Nations, *Reports of International Arbitral Awards, Vol VI*, Reports of International Arbitral Awards, United Nations, 2022, aux pp 17-190, par 26.

³⁹⁴ « "The destruction of public and private property by retreating military forces which would give aid and comfort to the enemy may constitute a situation coming within the exceptions contained in Article 23g [of the Hague Regulations] » *Affaire des otages*, *supra* note 223 aux pp 1296-1297, cité dans Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 60.

ennemie³⁹⁵. Enfin, la jurisprudence de la Cour suprême israélienne suggère que la nécessité militaire peut même justifier la réquisition d'habitations privées afin de créer des colonies civiles servant les intérêts de l'armée occupante³⁹⁶.

En d'autres termes, la jurisprudence et le droit conventionnel suggèrent que le seul objectif licite de la nécessité militaire n'est pas de mettre hors de combat le plus grand nombre des soldats ennemis. Elle admet, au moins, la poursuite d'objectifs sanitaires, civils et défensifs. Mais est-ce que l'expression « affaiblir les forces armées ennemies » admet également d'autres types d'objectifs?

La réponse à cette question varie substantiellement entre ceux et celles qui s'inspirent de la tradition continentale et ceux et celles qui s'inspirent de la tradition anglo-saxonne. Alors que les premiers partent de la prémisse selon laquelle l'affaiblissement des forces armées ennemies peut être accompli par la neutralisation des capacités militaires de l'adversaire, les deuxièmes considèrent que cet objectif peut être accompli également par la neutralisation des sources qui sous-tendent ces capacités³⁹⁷. La citation suivante illustre leur raisonnement :

To attack the armed forces is [...] to attack the enemy at his strongest point. On the other hand, by attacking the source from which these armed forces are maintained infinitely more effect is obtained. In the course of a day's attack upon the aerodromes of the enemy perhaps 50 aeroplanes could be destroyed, whereas a modern industrial state will produce 100 in a day – production will far more than replace any destruction we can hope to do in the forward zone. On the other hand, by attacking the enemy's factories, then output is reduced by a much greater proportion³⁹⁸.

³⁹⁵ Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 à la p 60.

³⁹⁶ Dans cette affaire, la Cour suprême d'Israël a déclaré que des réquisitions d'habitations privées en territoire palestinien occupé ne pouvaient être justifiées par la nécessité militaire car la motivation principale derrière ces réquisitions était d'établir une colonie civile en Cisjordanie servant les intérêts politiques de colons israéliens. Toutefois elle a suggéré que ces réquisitions auraient été valides si leur motivation principale était de créer une colonie civile servant les intérêts de l'armée israélienne. Voir *Israël, Izat Muhamed Mustafa Dweikat et al v The Gov't of Israel (Elon Moreh)*, HCJ 390/79 I (1979) Cour suprême d'Israel aux para 151-154, 169 et 175-176, cité dans Hayashi, « Requirements of Military Necessity », *supra* note 225 aux pp 65-67.

³⁹⁷ Hays Parks, *supra* note 300 aux pp 67-68.

³⁹⁸ Cité dans *ibid* à la p 65.

Certes, la légalité des attaques directes contre les complexes industrialo-militaires de l'adversaire n'est pas remise en question par ceux et celles qui défendent la tradition continentale³⁹⁹. En revanche, il est possible de s'interroger si ceux et celles qui s'inspirent des approches traditionnelles à la distinction considèrent que tous les objectifs qui contribuent matériellement à la puissance militaire de l'ennemi peuvent être considérés des cibles licites de la nécessité militaire⁴⁰⁰. Pour explorer cette question, nous allons nous référer aux discussions qui entourent la définition des objectifs militaires à l'article 52(2) du *PAI*. Nous sommes conscients que les notions d'objectif militaire et de participation directe aux hostilités sont régies des régimes juridiques distincts⁴⁰¹. Toutefois, les discussions à propos de l'article 52(2) abordent directement la légalité des attaques contre les objectifs économiques. Par conséquent, nous estimons que ces discussions nous seront utiles afin de dresser un portrait des acquis humanitaires qui militent en faveur et en défaveur de la protection de ces objectifs. Nous pourrions par la suite ajuster ces arguments en fonction des paramètres de la PDH.

L'article 52(2) se lit comme suit :

Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution

³⁹⁹ Voir les listes des biens compilées dans les Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne, *La Haye, 1922*, art 24; Aussi dans la *Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre.*, La Haye, 18 octobre 1907, art 2; Il est à noter que ces listes ont été dressées dans la période d'entre guerre et que des auteurs de l'époque, comme James Molony Spaight rejetaient la position selon laquelle les biens y énumérés constituaient une liste exhaustive. Selon lui, cette liste contrevenait à la pratique des États. Il rappelle que les cibles engagées au cours de la première guerre mondiale incluaient « aqueduct; blast furnaces; electric works; gas works; iron works and foundries; magneto works; motor works; steel works; and petroleum, oil and lubricant production, manufacturing, storage facilities » James Molony Spaight, *Air power and war rights*, London, Longmans, Green, 1924, cité dans W Hays Parks, *supra* note 300 aux pp 75-75.

⁴⁰⁰ « One might take the position that the relevant demarcation is a causal notion: when one's activities, if successful, would significantly increase the probability that group X's war effort will prevail, one materially contributes to X's war effort. An individual performing these activities is, therefore, a combatant for purposes of delimiting the just war immunity » Arneson, « Just warfare », *supra* note 320 à la p 667.

⁴⁰¹ Alors que l'article 52(2) exige une contribution effective à l'action militaire, l'article 13 du PAII exige participation directe aux hostilités. Michael Bothe et al, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, à la p 366.

effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis⁴⁰².

Selon cette définition, les biens qui peuvent être neutralisés dans le but d'affaiblir les forces armées ennemies doivent répondre à deux exigences. La première postule que l'objet attaqué doit apporter une contribution effective à l'action militaire en raison de ses caractéristiques inhérentes, temporaires, ou futures⁴⁰³. Les auteurs et les autrices coïncident sur le fait que les objets qui contribuent directement à l'action militaire remplissent cette exigence⁴⁰⁴. Il s'agit d'objets ayant des caractéristiques militaires intrinsèques, comme l'équipement militaire⁴⁰⁵. Toutefois, il existe des positions conflictuelles à l'égard des objets dont la contribution à l'action militaire est effective, mais indirecte⁴⁰⁶.

La position majoritaire prévoit que seuls les biens qui contribuent effectivement aux « war-fighting capabilities » peuvent faire l'objet d'attaques directes⁴⁰⁷. L'expression « war-fighting capabilities » se réfère ici à la capacité dont disposent les parties à conduire des opérations militaires sur le terrain de bataille en fonction de leur commandement et leur contrôle des troupes,

⁴⁰² *Protocole additionnel I*, *supra* note 48, art 52.

⁴⁰³ « Some objects « by their nature, » are military objectives and remain so at all times, regardless of their location or use. Examples of such objects include enemy warships, military aircraft [...], stocks of ammunition, and combatant personnel. On the other hand, the vast majority of objects become military objectives only during the time that their particular location, purpose, or use provides an effective contribution to military action. Civilian buildings, for example, may become military objectives if they are being used by enemy troops for shelter. Their « location » may make them military objectives if they obstruct the field of fire for attack on another valid military objective. Factories making civilian goods are not normally military objectives, but if they are converted to manufacture war goods, their purpose and use may make them military objectives. The ICRC Commentary suggests that « purpose is concerned with the intended future use of an object, while that of use is concerned with its present function. » » Robertson, « The Principle of the Military Objective », *supra* note 71 aux pp 208-209.

⁴⁰⁴ Ryan Goodman, « The Obama Administration and Targeting “War-Sustaining” Objects in Noninternational Armed Conflict » (2016) 110:4 *American Journal of International Law* 663-679, à la p 664.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ *Ibid* à la p 7; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, aux pp 145-146; Dinstein, « *egitimate Military Objective* », *supra* note 51 à la p 87; Kenneth Watkin, « Coalition Operations: A Canadian Perspective » (2008) 84:1 *International Law Studies*, en ligne: <<https://digital-commons.usnwc.edu/ils/vol84/iss1/15>>, à la p 255.

leur l'accès à l'intelligence et leur capacité d'action, de mouvement, de protection et de durabilité⁴⁰⁸. Des exemples d'objets qui contribuent indirectement, mais effectivement à la capacité des parties à conduire des opérations militaires sont les voies ferrées, les systèmes de communications, les aéroports, les réseaux électriques ainsi que les industries à destination mixte⁴⁰⁹. Par ailleurs, certains considèrent que ces objets pourraient faire l'objet d'attaques directes uniquement lorsqu'ils contribuent activement aux opérations militaires de l'ennemi. Henri Meyrowitz soutient que le *PAI* introduit un élément temporel à la notion d'objectifs militaires⁴¹⁰. Il explique que des cibles autrefois vulnérables bénéficient désormais d'une couche protectrice supplémentaire si, au moment de l'attaque, leur neutralisation n'est pas nécessaire⁴¹¹. Selon lui, cette couche protectrice permet de concilier l'interdiction des souffrances superflues avec le principe de nécessité militaire⁴¹².

En revanche, la position minoritaire soutient que l'expression « action militaire » fait référence aux objets qui contribuent effectivement aux « war-fighting capabilities » et aux « war-sustaining capabilities ». L'expression « war-sustaining capabilities » peut être traduite comme la capacité à

⁴⁰⁸ « War fighting capability can also be broken down into operational capabilities for the Armed Forces and for making the understanding for operational capabilities easier the theory of the basic capabilities may be useful. The theory of the basic capabilities is a model to describe basic needs and capabilities to reach military goals and effects at all levels. The theory has no connection to military functions or systems but is supposed to show how basic capabilities must cooperate to reach a military goal or effect. The basic capabilities are Command and Control, Intelligence and Information, Action, Movement, Protection and Sustainability [6]. What is the purpose with each basic capability? The purpose with Command and Control is to coordinate human efforts so that the goal with the military activity is reached. The purpose with Intelligence and Information is to continuously maintain common situation awareness so that the goal with the military activity and planned activities is or will be reached. The purpose with Action is to reduce the opponents' capabilities through combat or willingness to conduct combat so that the goal with the military activity is reached. The purpose with Maneuver is using maneuvering systems, units and other resources so that the goal with the military activity is reached. The purpose with Protection is through technical and tactical-, active or passive measures to ensure own survival, sustainability and possibility to take action against an opponent so that the goal with the military activity is reached. The purpose of Sustainability is to maintain own personal and material availability so that the goal with the military activity is reached.» Citant la définition de la doctrine militaire suédoise *War Fighting Capabilities and Military-Technology Interaction*, par Norsell et al, ResearchGate, Swedish National Defence College, 2010.

⁴⁰⁹ Goodman, « Targeting "War-Sustaining" Objects », *supra* note 404 à la p 666.

⁴¹⁰ Henri Meyrowitz, « The principle of superfluous injury or unnecessary suffering: from the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977 » (1994) 34:299 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 98-122, à la p 114.

⁴¹¹ *Ibid* à la p 115.

⁴¹² Meyrowitz explique néanmoins que cette interprétation de l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et l'interdiction des souffrances superflues est uniquement applicables aux biens. En principe, les combattants demeurèrent exposés à des attaques directes en tout temps *ibid* aux pp 113, 116.

assurer la poursuite générale de la guerre⁴¹³. Son inclusion dans la définition de l'article 52 signifie, concrètement, que ce sont les circonstances qui déterminent, ultimement, si les objets qui contribuent à l'effort de guerre, notamment les sources de financement, peuvent être qualifiés d'objectifs militaires⁴¹⁴. Cette position est défendue par les États-Unis et peut être constatée dans les manuels de droit international humanitaire de ce pays⁴¹⁵. Elle a aussi été défendue, à différents degrés, par des auteurs comme Burrus Carnahan⁴¹⁶, Michael Bothe⁴¹⁷, Horace Roberston⁴¹⁸ et W. Hays Parks⁴¹⁹.

⁴¹³ États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *supra* note 354 n° 5.6.6.2.

⁴¹⁴ Par exemple, cela est prévu à l'article 15 du Code Lieber dans les termes suivants : « Military necessity [...] allows of all destruction of property, and obstruction of the ways and channels of traffic, travel, or communication, and of all withholding of sustenance or means of life from the enemy » *Code Lieber, supra* note 224, art 15; Voir également Goodman, « Targeting "War-Sustaining" Objects », *supra* note 404 à la p 673.

⁴¹⁵ « Economic objects of the enemy that indirectly but effectively support and sustain the enemy's war-fighting capability may also be attacked » United States et al, *The commander's handbook on the law of naval operations*, 2007, au para 8.2.5; « It may be imperatively demanded by the necessities of war to seize or destroy enemy property in order to diminish the enemy's ability to conduct or sustain operations, such as railways, lines of communication, and other war fighting and war sustaining infrastructure » États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *supra* note 354 à la p 5.17.2.3; « The 1982 report suggested that the definition of military objectives in Article 52(2) was potentially narrow and might restrict US military actions. The JCS preliminary report stated: Strategy aimed at destruction of the enemy's political infrastructure or economic or industrial establishment might result in targeting objects that make only a remote contribution to military action but significantly curtail the enemy's will to continue hostilities. To the extent that this article prohibits strategic bombing, it could severely impede US war efforts » Goodman, « Targeting "War-Sustaining" Objects », *supra* note 404 à la p 9.

⁴¹⁶ Burrus M Carnahan, « Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol: A Preliminary Inquiry » (1976) 18 AF L Rev 32, aux pp 47-48.

⁴¹⁷ « Military objectives must make an « effective contribution to military action. » This does not require a direct connection with combat operation such as is implied in Art. 51, para. 3, with respect to civilian persons who lose their immunity from direct attack only while they « take a direct part in hostilities. » Thus a civilian object may become a military objective and thereby lose its immunity from deliberate attack through use which is only indirectly related to combat action, but which nevertheless provides an effective contribution to the military phase of a Party's overall war effort.» Bothe et al, *supra* note 401 à la p 365; Hays Parks, *supra* note 300 aux pp 90 et 97.

⁴¹⁸ Robertson, « The Principle of the Military Objective », *supra* note 71 à la p 212.

⁴¹⁹ « "War-sustaining" might constitute a "slippery slope," as some have argued, leading to attack of civilian objects. But so, too, could "war-fighting" or any other term. The fear expressed by some that "war-sustaining" would lead to "justify unleashing the type of indiscriminate attacks that annihilated entire cities during [World War II]" is drastically at odds with the revolution in targeting accuracy and State practice evidenced in recent conflicts in Afghanistan and Iraq. This was acknowledged in the draft report of last month's informal meeting of experts in Geneva, which concludes the argument that use of the term war-sustaining "is a veiled attempt to justify targeting civilians or civilian objects" is unfounded. » Hays Parks, *supra* note 300 aux pp 97-98, 101.

Le deuxième critère régissant la suspension de l'immunité d'un objet civil aux termes de l'art. 52(2) exige que l'avantage militaire espéré par la neutralisation de la cible soit précis. Cette exigence introduit un degré d'instabilité juridique considérable. Formellement, elle signifie que l'avantage militaire anticipé ne doit pas être hypothétique ou invraisemblable⁴²⁰. Toutefois, une majorité d'auteurs reconnaissent que la tangibilité de cet avantage ne doit pas être examinée à la lumière de la contribution du bien neutralisé à titre individuel, mais doit être examinée à la lumière de l'objectif de l'opération militaire de laquelle fait partie l'attaque⁴²¹. Par exemple, la destruction d'un pont peut ne pas conférer un avantage militaire précis à titre individuel, mais un tel avantage peut être établi en lien avec une stratégie visant à isoler les forces ennemies ou à les contraindre à modifier leur route d'approvisionnement⁴²². Autrement dit, cette exigence introduit la nécessité d'évaluer les stratégies militaires des parties, ce qui peut s'avérer être un exercice hautement subjectif. Yoram Dinstein explique :

The key problem is that the outlook of the attacking party is unlikely to match that of the party under attack in evaluating the long-term military benefits of any action contemplated. Moreover, the dominant view is that assessment of the military advantage can be made in light of "an attack as a whole," as distinct from "isolated or specific parts of the attack." The attacking party may thus argue, e.g., that an air raid of no perceptible military advantage in itself is justified by having misled the enemy to shift its strategic gaze to the wrong sector of the front⁴²³.

⁴²⁰ *Ibid* à la p 90.

⁴²¹ « Whether a defijinite military advantage would result from an attack must be judged in the context of the military advantage anticipated from the specifijic military operation of which the attack is a part considered as a whole, and not only from isolated or particular parts of that operation.16 It is not necessary that the contribution made by the object to the Party attacked be related to the advantage anticipated by the attacker from the destruction, capture or neutralization of the object. Thus, prior to the 1944 cross channel operation, the Allies attacked a large number of bridges, fuel dumps, airfijields and other targets in the Pas de Calais. These targets made an effective contribution to German military action in that area. The primary military advantage of these attacks anticipated by the Allies, however, was not to reduce German military strength in that area, but to deceive the Germans into believing that the Allied amphibious assault would occur in the Pas de Calais instead of the beaches of Normandy. Therefore, the military advantage expected from these air raids was not related to their value to the adverse Party » Bothe et al, *supra* note 401 à la p 366.

⁴²² « A military commander may regard this requirement as met in seeking to seize or destroy objects with a common purpose in order to deny their use to the enemy. An example is the attack of all bridges on lines of communication the enemy is using or may use as alternate lines of communication in order to reinforce or re-supply his forces ». Hays Parks, *supra* note 300 à la p 90.

⁴²³ Dinstein, « Legitmate Military Objective », *supra* note 51 aux pp 144-145.

En conclusion, les différences d'opinions à propos de la légalité des attaques contre les sources des capacités militaires de l'ennemi peuvent être constatées dans la foulée de rapports ayant examiné la légalité des bombardements des installations de la Radio-télévision de Serbie par les forces armées de l'OTAN. Des organisations comme Human Rights Watch ou Amnesty International ont qualifié ce bombardement comme une attaque directe contre un bien civil⁴²⁴, rejetant l'hypothèse selon laquelle ces installations pourraient constituer des objectifs militaires en tant que système des communications des forces serbes ou en tant qu'instruments de propagande médiatique⁴²⁵. En parallèle, le Rapport du Procureur sur la campagne de frappes aériennes de l'OTAN a défendu la légalité de cette attaque alléguant que sa cible directe était le réseau de communication du gouvernement serbe et que son utilité à des fins de propagande n'avait été ciblée qu'accessoirement⁴²⁶. Quant à la légalité de cibler directement des instruments de propagande, le rapport mentionne que la contribution effective à l'action militaire de ces instruments ainsi que l'avantage militaire espéré par leur neutralisation ne remplissent pas généralement les critères de l'article 52⁴²⁷. Le rapport reconnaît, néanmoins, que, advenant certaines circonstances, des organes de propagande pourraient être qualifiés d'objectifs militaires licites :

The media does have an effect on civilian morale. If that effect is merely to foster support for the war effort, the media is not a legitimate military objective. If the media is used to incite crimes, as in Rwanda, it can become a legitimate military objective. If the media is the nerve system that keeps a war-monger in power and thus perpetuates the war effort, it may fall within the definition of a legitimate military objective⁴²⁸.

⁴²⁴ The New York Times, « Rights Group Says NATO Bombing in Yugoslavia Violated Law », (8 juin 2000), en ligne: <<https://www.nytimes.com/2000/06/08/world/rights-group-says-nato-bombing-in-yugoslavia-violated-law.html>>.

⁴²⁵ Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign - The Crisis in Kosovo*, Human Rights Watch, New York, 2000.

⁴²⁶ « Insofar as the attack actually was aimed at disrupting the communications network, it was legally acceptable [...] NATO's targeting of the RTS building for propaganda purposes was an incidental (albeit complementary) aim of its primary goal of disabling the Serbian military command and control system and to destroy the nerve system and apparatus that keeps Milošević in power » *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, Rapport du Bureau du Procureur (2003) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Bureau du Procureur) au para 76.

⁴²⁷ « Disrupting government propaganda may help to undermine the morale of the population and the armed forces, but justifying an attack on a civilian facility on such grounds alone may not meet the « effective contribution to military action » and « definite military advantage » criteria required by the Additional Protocols » *ibid*.

⁴²⁸ *ibid* au para 55.

Ayant à l'esprit cet exposé, il est possible d'aborder la légalité des attaques contre les objectifs économiques à partir de deux approches distinctes. La première postule que seuls les objets qui apportent une contribution effective aux « war-fighting capabilities » remplissent l'exigence prévue à l'article 52(2). Un exemple récurrent d'objectifs économiques qui remplissent cette exigence serait les réserves de pétrole à destination de l'armée⁴²⁹. Cette position reflète l'opinion doctrinaire majoritaire, y compris chez ceux qui défendent des approches permissives à la distinction⁴³⁰. La prédominance de cette position peut être expliquée par la dévastation occasionnée par les campagnes de bombardements engagées au cours la deuxième mondiale. Il est souvent rappelé que, lors de ce conflit, la majorité des installations industrielles des États a été mise au service des forces armées et que, similairement, la majorité des adultes a été engagée dans des activités reliées à la phase militaire de l'effort de guerre⁴³¹. De ce fait, les bombardements militaires ont largement dévasté les centres urbains et la population civile⁴³². Ces événements ont encouragé la jurisprudence de l'après-guerre à se prononcer sur les répercussions juridiques de l'enchevêtrement entre le militaire et l'économique. Ainsi, dans l'affaire *The United States of America vs Alfred Krupp et al* (ci-après *Procès Krupp*), le tribunal militaire a rejeté la défense selon laquelle l'expropriation et le pillage des propriétés privées étaient justifiés par l'urgence économique dans laquelle se retrouvait l'économie allemande⁴³³. Et, plus explicitement, dans *Ryuichi Shimoda et al. v. The State* (ci-après affaire *Shimoda*), le tribunal a reconnu que les attaques directes contre des objectifs ayant une valeur économique constituent une méthode de guerre totale et indiscriminée

[T]he issue of war is not decided only by armed forces and weapons, but by other factors [...] [E]conomic factors like source of energy, materials, productive capacity

⁴²⁹ Goodman, « Targeting “War-Sustaining” Objects », *supra* note 404 à la p 666.

⁴³⁰ *Ibid* à la p 663.

⁴³¹ Robertson, « The Principle of the Military Objective », *supra* note 71 à la p 207.

⁴³² *Ibid* aux pp 206-207, 211.

⁴³³ « It is an essence of war that one or the other side must lose and the experienced generals and statesmen knew this why they drafted the rules and customs of land warfare. In short these rules and customs of warfare are designed specifically for all phases of war. They comprise the law for such emergency. To claim that they can be wantonly – and at the sole discretion of anyone belligerent – disregarded when he considers his own situation to be criminal, means nothing more or less that to abrogate the law and customs of war entirely » Commission des crimes de guerre des Nations unies, *Law reports of trials of war criminals*, New York, H. Fertig, 1992, à la p 139, cité dans Henry et al, *supra* note 226 à la p 45.

of industry, food, trade etc [...] or human factors like population, manpower etc [...] have a far-reaching control on the war method and war potential» [...] If we understand the concept of total war to mean that all people who belong to a belligerent are more or less combatant, and all production means production injuring the enemy, there arises the necessity to destroy the whole people and all the property of the enemy; and it becomes nonsensical to distinguish between military objective and non-military objective⁴³⁴.

L'opinion exprimée dans *Shimoda* semble guider la perception majoritaire du droit applicable aux objectifs économiques qui contribuent effectivement à la phase militaire de l'effort de guerre, soit que leur inclusion dans la catégorie des objectifs militaires constitue une pente glissante vers la destruction observée au cours de la Deuxième Guerre mondiale⁴³⁵. Cette conclusion peut être observée lors des négociations ayant mené à la publication du *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer* (ci-après *Manuel San Remo*). Lors de ces négociations, il a été proposé de élargir la définition des objectifs militaires dans le *Protocole additionnel* afin de préciser que la contribution effective des cibles attaquées pouvait être examinée à la lumière des « war-sustaining capabilities » et des « war-fighting capabilities »⁴³⁶. Cette modification a été rejetée au motif qu'elle risquait de légitimer le type de destruction observée au cours de la Deuxième Guerre mondiale⁴³⁷.

Cela étant dit, une minorité considère que des objectifs économiques peuvent faire l'objet d'attaques directes pour autant qu'ils apportent une contribution effective aux « war-sustaining capabilities »⁴³⁸. C'est-à-dire lorsqu'il peut être établi que ces objectifs apportent une contribution effective à l'action militaire, notamment à la phase militaire de l'effort de guerre. Les auteurs qui défendent cette position rappellent que lors de la guerre civile américaine l'armée unioniste a

⁴³⁴ *Ryuichi Shimoda et al. v. The State*, *supra* note 71 aux pp 626-642, cité dans Henry et al, *supra* note 226 à la p 45.

⁴³⁵ « The connection between military action and exports, required to finance the war effort, is "too remote." Had raw cotton been acknowledged as a valid military objective, almost every civilian activity might be construed by the enemy as indirectly sustaining the war effort (especially when hostilities are protracted). For an object to qualify as a military objective, there must exist a proximate nexus to military action (or "war-fighting"). » Dinstein, « Legitimate Military Objective », *supra* note 51 à la p 146.

⁴³⁶ Robertson, « The Principle of the Military Objective », *supra* note 71 à la p 211.

⁴³⁷ *Ibid* à la p 206.

⁴³⁸ Goodman, « Targeting "War-Sustaining" Objects », *supra* note 404 à la p 671; Voir également Bothe et al, *supra* note 401; Et Carnahan, « Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol », *supra* note 416.

régulièrement ciblé les exportations de coton des États confédérés⁴³⁹ et que la licéité de ces attaques a été reconnue en 1870 par un arrêt de la Cour internationale d'arbitrage⁴⁴⁰. Ils peuvent citer également la pratique récente de certains États. Par exemple, lors de la Deuxième Guerre mondiale, des embarcations pétrolières ont été ciblées pour leur valeur militaire en tant qu'objet de commerce ainsi que pour leur valeur militaire en tant que ressource destinée aux forces armées ennemies⁴⁴¹. Des attaques similaires ont été observées au cours du conflit entre l'Iran et l'Iraq⁴⁴², lors de la première guerre du Golfe⁴⁴³ et, plus récemment, lors des opérations militaires contre le groupe armé Daesh⁴⁴⁴. Toujours dans le passé récent, les États-Unis ont ciblé des dépôts de narcotiques en Afghanistan dans le but de priver les insurgés afghans de recettes fiscales⁴⁴⁵. Cette position est minoritaire au sein de la doctrine, mais depuis l'avènement des frappes occidentales contre les ressources pétrolières du groupe armé Daesh, elle interpelle à nouveau les académiciens⁴⁴⁶.

Ayant comme repère cette description des arguments qui militent en faveur et en défaveur de la légalité des attaques contre des objectifs économiques sous l'article 52(2), nous dirigeons maintenant notre attention sur le traitement juridique réservé à cette question sous le régime de la

⁴³⁹ « Union armies seized cotton not for their own use, or because of its intrinsic military value to the Confederate army, but to deny it to the enemy as an « article of commerce. » As an agricultural region with little manufacturing capability, the Confederacy relied on exports, primarily of cotton, to finance foreign purchases of arms and other war materiel. Lincoln was therefore claiming a right, under military necessity, to destroy not merely military goods, but economic resources that could buy those goods » Burrus M Carnahan, « Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity » (1998) 92:2 American Journal of International Law 213-231, à la p 226.

⁴⁴⁰ États-Unis d'Amérique, Département de l'État, « Report of the US Agent » dans *Papers relating to the treaty of Washington*, 2005, aux pp 52-57, cité dans Bothe et al, *supra* note 401 para 2.4.3.

⁴⁴¹ Hays Parks, *supra* note 300 à la p 101.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ « It is more ambiguous whether the Coalition's targeting Iraq's oil infrastructure was limited to the purpose of denying fuel to Iraq's military (war-fighting capabilities) or also included denial of oil revenue to Iraq (war-sustaining capabilities). In discussing attacks on Iraq's oil infrastructure, the Department of Defense report to Congress explained that Iraq had become a "major oil producing and refining nation" but then explained that "Coalition planners targeted Iraq's ability to produce refined oil products (such as gasoline) that had immediate military use, instead of its long-term crude oil production capability. » A submission by the United Kingdom to the UN Security Council stated: "Iraq's ability to sustain a war has been steadily reduced. Oil refining capacity, which has been specifically targeted with the objective of reducing Iraq's military sustainability, has been reduced by 50 per cent." » Goodman, « Targeting "War-Sustaining" Objects », *supra* note 404 à la p 680.

⁴⁴⁴ *Ibid* à la p 664.

⁴⁴⁵ États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *supra* note 354 n 524.

⁴⁴⁶ Goodman, « Targeting "War-Sustaining" Objects », *supra* note 404 aux pp 684-685.

participation directe aux hostilités. Deux observations s'imposent à cet égard. La première est que si la notion de participation directe aux hostilités et celle des objectifs militaires étaient régies par les mêmes critères, une majorité des auteurs rejetteraient la validité de ces attaques au motif qu'elles constituent une pente glissante vers des méthodes de guerre totales et indiscriminées, même parmi ceux et celles qui souscrivent à des approches permissives à la distinction. La deuxième est que la PDH est régie par un régime plus restrictif que celui des objectifs militaires, ce qui renforce le caractère illégal de ces attaques. En effet, les auteurs et les autrices coïncident sur le fait que l'expression « contribution effective à l'action militaire » employée à l'article 52(2) du *PAI* recouvre des situations qui ne sont pas visées par l'expression « participation directe aux hostilités » des articles 51(3) et 13(3) du *PAI* et du *PAII*, respectivement. Bothe explique la différence en ces termes :

With respect to persons, the ICRC attempted to distinguish civilians who (1) participate directly in combat operations, (2) those who are linked “to the military effort without being the direct cause of damage inflicted on the adversary on the military level”, and (3) those linked to “the war effort” which States generally demand of all persons under their sovereignty. Only the first class of civilians were to be the object of attack. Presumably, the objects used in the activities mentioned in the second clause are legitimate objects of attack⁴⁴⁷.

Autrement dit, la notion d'objectif militaire peut inclure des biens qui contribuent indirectement, mais effectivement à la conduite des hostilités tandis que la notion de participation directe aux hostilités admet uniquement des contributions de type direct. Ainsi, alors que les usines qui produisent des biens à destination militaire sont habituellement considérées comme des objectifs militaires valides, la fabrication de ces armes n'est pas une participation directe aux hostilités⁴⁴⁸.

La nature de cette différence peut être précisée davantage en distinguant trois dimensions à la conduite des hostilités : sa dimension tactique, sa dimension opérationnelle et sa dimension stratégique⁴⁴⁹. Selon le Ministère de défense américain⁴⁵⁰, le niveau tactique concerne la

⁴⁴⁷ Bothe et al, *supra* note 401 à la p 366.

⁴⁴⁸ Schmitt, « Deconstructing Direct Participation in Hostilities », *supra* note 341 à la p 718.

⁴⁴⁹ Voir Schmitt, « Participation in Hostilities by Private Contractors », *supra* note 346.

⁴⁵⁰ États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *Dictionary of military and associated terms*, Washington, D.C., Joint Chiefs of Staff, 2002.

planification des engagements militaires précis, soit « the level of warfare at which battles and engagements are planned and executed to achieve military objectives assigned to tactical units or task forces »⁴⁵¹. Le niveau opérationnel renvoie à la planification de campagnes militaires dans le but d'accomplir des objectifs stratégiques. « These activities imply a broader dimension of time or space than do tactics; they ensure the logistic and administrative support of tactical forces, and provide the means by which tactical successes are exploited to achieve strategic objectives »⁴⁵². Enfin, le niveau stratégique identifie les objectifs de la guerre et coordonne l'utilisation des ressources nécessaires pour atteindre ces objectifs : « Activities at this level establish national and multinational military objectives; sequence initiatives; define limits and assess risks for the use of military and other instruments of national power; develop global plans or theater war plans to achieve these objectives; and provide military forces and other capabilities in accordance with strategic plans »⁴⁵³.

Cet exposé permet de préciser la portée restrictive de l'expression « participation directe aux hostilités ». Ceux et celles qui défendent des interprétations restrictives de la PDH, circonscrivent la portée de cette dernière aux contributions à la sphère tactique de la conduite des hostilités. En parallèle, les auteurs et les autrices qui défendent des interprétations ouvertes de cette notion étendent sa portée aux contributions à la sphère opérationnelle de la conduite des hostilités. Schmitt incarne cette position lorsqu'il explique que les contributions des civils au niveau tactique sont les formes les plus évidentes de participation directe aux hostilités tandis que les contributions à la sphère opérationnelle de la guerre constituent la zone grise⁴⁵⁴. En revanche, il explique que les activités qui contribuent à la dimension stratégique de la conduite des hostilités seraient trop

⁴⁵¹ *Ibid* à la p 210, cité dans Schmitt, « Participation in Hostilities by Private Contractors », *supra* note 346 note de bas de page 120.

⁴⁵² *Ibid* à la p 161, cité dans Schmitt, « Participation in Hostilities by Private Contractors », *supra* note 346 note de bas de page 120.

⁴⁵³ *Ibid* à la p 203, cité dans Schmitt, « Participation in Hostilities by Private Contractors », *supra* note 346 note de bas de page 120.

⁴⁵⁴ Schmitt, « Participation in Hostilities by Private Contractors », *supra* note 346 aux pp 543-544.

indirectes pour dérober les civils de leur immunité⁴⁵⁵. Il illustre cette différence dans les termes suivants :

[I]f civilians are providing advice on the conduct of actual military operations at the tactical level, then they are directly participating because the flow of hostilities is greatly determined by their input. At the operational level, the evaluation of such advice would have to be conducted on a case-by-case basis. To the extent it involves the deployment of forces into combat for specific operations, it is likely to amount to direct participation. By contrast, merely offering general advice on military matters in the area of operations would not⁴⁵⁶.

La portée « opérationnelle » de la PDH constitue un argument supplémentaire pour rejeter la validité des attaques contre les agents financiers. En effet, les activités de financement engagées par ces derniers relèvent généralement de l'ordre stratégique : elles accordent les ressources nécessaires à l'acquisition d'équipement militaire, au recrutement du personnel et au fonctionnement général des groupes armés ennemis. Nous devons mentionner, cependant, que le financement d'opérations militaires spécifiques pourrait être qualifié de participation directe aux hostilités, car suivant les définitions que nous avons présentées, ces contributions concernent la sphère opérationnelle du conflit, c'est-à-dire, la zone grise de la PDH⁴⁵⁷. Enfin, nous devons noter que, dans la pratique des États, des civils sont parfois ciblés pour leurs contributions stratégiques. Par exemple, dans le contexte du conflit afghan, des responsables américains ont défendu la légalité de neutraliser les trafiquants de drogue ayant des liens financiers avec les Talibans⁴⁵⁸.

En conclusion, plusieurs arguments justifient l'illégalité des attaques directes contre les agents financiers des groupes armés ennemis. D'une part, ces agents seraient des personnes civiles que le DIH protège contre la violence de la guerre. D'autre part, leurs activités de financement sont habituellement exclues du régime d'exception qui permet de suspendre temporairement l'immunité

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid* à la p 545.

⁴⁵⁷ *Ibid* aux pp 543-544.

⁴⁵⁸ « A recent report by the Congressional Research Institute notes that the United States is interpreting international law in such a way as to allow military commanders “to put drug traffickers with proven links to the insurgency on a kill list, called the joint integrated prioritized target list.” Such a broad interpretation of “direct participation in hostilities” practically equates facilitation of the military effort (in this case financing) with direct participation » Stigall, « The Thickest Grey », *supra* note 253 à la p 897.

des civils en cas de participation directe aux hostilités. Les auteurs et les autrices qui favorisent une approche restrictive à cette notion considèrent que ces activités doivent occasionner directement de dommages matériels où assister directement l'infliction de ces dommages. Autrement dit, ces personnes restreignent la PDH à une analyse tactique des « actes hostiles » selon laquelle les activités de financement ne constituent pas une PDH car leurs effets nuisibles ne peuvent pas être reliés en une seule étape causale à l'infliction des dommages physiques. En parallèle, il y a ceux et celles qui favorisent une approche permissive à cette notion préconisent une analyse circonstancielle des actes hostiles. Toutefois, pour la majorité, cette analyse doit être limitée aux activités qui contribuent à la sphère opérationnelle de la conduite des hostilités, ce qui exclut les contributions de nature stratégique, telles que la plupart des activités de financement. Accessoirement, les auteurs et les autrices qui défendent des interprétations permissives de la PDH tendent également à souscrire à la prémisse selon laquelle les attaques directes contre les sources économiques des capacités militaires de l'ennemi constituent une pente glissante vers des méthodes de guerre totale et indiscriminée.

CHAPITRE 3

EST-CE QUE LA NOTION DE PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITES DOIT ÊTRE REINTERPRÉTÉE DANS LES CONFLITS CIVILS ?

Dans le dernier chapitre de cette étude, nous allons entretenir l'hypothèse selon laquelle certaines activités de financement devraient être incluses dans la notion de participation directe aux hostilités applicable aux conflits civils. Plus précisément, nous allons défendre la position selon laquelle les spécificités de ces conflits justifient un élargissement contrôlé des conditions de suspension de l'immunité des personnes non combattantes au sens de l'article 13 du *PAII*.

Ce que nous entendons par un « élargissement contrôlé » de la PDH doit être précisé. En guise d'introduction à cette étude, nous avons rapporté que la théorie de l'indétermination de Marti Koskenniemi souligne l'origine sociale de la détermination des règles de droit international afin de mettre en exergue les biais structurels naturalisés au sein des institutions qui décident du droit⁴⁵⁹. Koskenniemi propose également d'évaluer la répartition des bénéfices qui accompagne la participation de ces biais dans l'interprétation des règles de droit international afin d'établir si cette dernière bénéficie les personnes privilégiées ou les personnes subalternes⁴⁶⁰. Ayant comme repère cette théorie, nous avons entrepris l'objectif de poser un regard critique sur les arguments qui soutiennent les interprétations majoritaires de la PDH et d'évaluer si les biais présents dans ces derniers seraient à l'origine d'une répartition régressive des bénéfices accordés aux acteurs concernés. Pour cette raison, ce que nous entendons par un « élargissement contrôlé » de la PDH doit être compris à la lumière de l'objectif de rectifier une interprétation inégalitaire et injustifiée d'une règle de droit international. Autrement dit, nous ne cherchons pas à élargir les conditions de suspension de l'immunité des civils afin d'y incorporer les revendications du groupe armé FARC. Nous souhaitons proposer une interprétation intraétatique de la PDH susceptible de résoudre les défaillances mises en évidence par l'expérience de la guerre du groupe armé FARC.

⁴⁵⁹ Koskenniemi, *supra* note 109 aux pp 606 et 607.

⁴⁶⁰ *Ibid* aux pp 606-610.

Notre raisonnement sera développé en trois étapes. Dans un premier temps, nous soutenons que les arguments qui expliquent l'exclusion des activités de financement du régime de la PDH ne s'intéressent pas à la question du financement intégral des groupes armés non étatiques par des acteurs privés, un phénomène spécifique aux conflits civils. Dans un deuxième temps, nous définissons juridiquement ce que nous entendons par le financement intégral des groupes armés non étatiques autour de la notion de participation structurelle aux hostilités. Cette définition nous permet de démontrer que l'exclusion de cette dernière du régime de la PDH accorde un bouclier juridique aux personnes qui possèdent le capital et un désavantage important et injustifié aux personnes qui n'en possèdent pas. Dans la troisième partie, nous argumentons que cette répartition inégale des bénéfices pourrait être corrigée en reconnaissant que, dans les contextes de violence civile, la participation à des activités de financement intégrale pourrait dérober temporairement ses auteurs de la protection que le DIH accorde aux civils.

À propos de ce dernier point, nous devons préciser que notre proposition ne cherche pas à remettre en question le rôle qui revient à la dichotomie entre l'effort de guerre et la conduite des hostilités dans l'interprétation des règles de DIH. Nous sommes conscients que la protection effective des personnes civiles exige des règles claires et prévisibles et nous souscrivons à la prémisse selon laquelle cette dichotomie propose la meilleure structure pour atteindre cet objectif. Cela étant dit, nous considérons que les critères de la PDH doivent être déclinés à la lumière des conditions particulières dans lesquelles se déroulent les conflits civils. Par conséquent, nous proposons une modification ponctuelle d'un des critères énoncés dans le *Guide interprétatif*, le critère du seuil de nuisance, qui serait applicable uniquement dans les contextes de violence interne. À titre de rappel, le *Guide interprétatif* propose de circonscrire la signification du terme « directe » aux activités qui peuvent être reliées en une seule étape causale à l'infliction des dommages à caractère spécifiquement militaire. Or la nature de ces dommages y est interprétée de manière identique dans les contextes de violence interétatique comme dans les contextes de violence intraétatique. Notre objectif sera donc de démontrer que les difficultés qui découlent du traitement indifférencié de cette notion peuvent être corrigées, tout en conservant une définition opérationnelle et étanche de la PDH, s'il est reconnu que certaines activités de financement constituent une troisième catégorie d'activités susceptibles de remplir le seuil de nuisance mis de l'avant dans le *Guide interprétatif*.

3.1 Le financement privé des groupes armés non étatiques et la PDH

Dans la première partie de ce chapitre, nous allons démontrer que la présence des biais statocentristes dans les interprétations majoritaires de la PDH ne permet pas d'évaluer adéquatement la spécificité juridique d'un phénomène qui concerne exclusivement les conflits civils, le financement intégral des groupes armés non étatiques par des acteurs privés.

La présence de biais statocentristes dans le DIH a été discutée préalablement. À son égard, nous avons rapporté que la prolifération des conflits civils dans l'histoire récente a mis en évidence l'utilité de recourir aux règles de DIH d'origine interétatique pour régler la conduite des hostilités dans les contextes de violence interne. Ainsi, bien que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent quelques différences entre ces types de conflits, il est généralement accepté que les conflits civils seraient des conflits entre factions à l'intérieur de l'État assimilables à des proto-États et que leurs forces armées constituent le point d'ancrage pour importer la structure interétatique de la distinction⁴⁶¹. Nonobstant, le bien-fondé de cette analogie, nous avons défendu l'argument selon lequel la mise en application des règles d'origine interétatique dans des contextes de violence interne peut compromettre l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité. En effet, cet équilibre pourrait être compris par l'inopérabilité des prémisses contractualistes qui sous-tendent la cohérence des interprétations interétatiques des règles qui mettent en application le principe de distinction⁴⁶². Pour en faire la vérification, cette section propose d'examiner la cohérence des arguments qui justifient l'exclusion des activités de financement de la notion de participation directe aux hostilités dans les contextes de violence civile. À titre de rappel, le premier argument postule que seules les contributions tactiques à la conduite des hostilités constituent une participation directe à celle-ci, le deuxième élargit la portée de la PDH à certaines contributions de nature opérationnelle, et le dernier allègue que les attaques directes contre les sources économiques des capacités militaires de l'adversaire constituent une pente glissante vers des méthodes de guerre totale et indiscriminée.

⁴⁶¹ *Le Procureur c Dusko Tadic*, *supra* note 75 à la p 97; Melzer, *supra* note 25 aux pp 29-38.

⁴⁶² Sur la portée de ces prémisses, consultez Escorihuela, « The politics of distinction », *supra* note 73 aux pp 323-325.

3.1.1 *Le rôle du capital dans les conflits civils*

Une des particularités qui distingue les conflits civils des conflits entre États concerne les enjeux juridiques soulevés par les rapports de domination à l'intérieur desquels se déroulent les hostilités. Ce que nous entendons par cela peut être clarifié en rappelant que le DIH a été construit sur la base de la prémisse selon laquelle les relations entre États se déroulent dans un contexte d'anarchie internationale⁴⁶³. Ce dernier s'inspire de la représentation hobbesienne de l'état de nature selon laquelle l'absence du *Léviathan* situe les êtres humains dans un contexte d'anarchie sociale où ils retrouvent leurs « droits naturels », y compris leur droit d'employer la violence⁴⁶⁴. Pour cette raison, considérant que les conflits civils se caractérisent par la rupture du contrat social et la fragmentation du monopole étatique de la violence, il est possible de présumer que les conflits civils se déroulent, eux aussi, dans un contexte d'anarchie sociale. Cette présomption est néanmoins problématique. Certes, la fragmentation du monopole étatique de la violence conduit à des conditions sociales que l'on pourrait qualifier d'anarchiques, en ce sens que l'on y retrouve des « civils » en compétition pour le contrôle des ressources, des institutions ou du territoire⁴⁶⁵. Toutefois, la présomption selon laquelle les caractéristiques de cette anarchie seraient analogues à celles qui caractérisent les relations internationales repose sur une compréhension erronée, à notre avis, des conditions dans lesquelles se déroulent les relations entre les êtres humains.

Cette présomption peut être attribuée à l'interprétation de l'égalité qui sous-tend la tradition contractualiste dont une critique marxiste permet d'exposer les angles morts. Le *Deuxième traité du gouvernement civil*⁴⁶⁶ de John Locke est illustratif à cet égard. Dans cet ouvrage, Locke explique que l'état de nature est un état de parfaite égalité où les personnes sont libres d'agir selon leur volonté⁴⁶⁷. Il souligne, cependant, que cette égalité naturelle serait incompatible avec un système de justice impartial, car dans l'état de nature les individus disposent du droit d'être juges et

⁴⁶³ Neff, *supra* note 75 à la p 135; Voir Arnaud Blin, 1648, *la paix de Westphalie: ou La naissance de l'Europe politique moderne*, Bruxelles, Complexe, 2006.

⁴⁶⁴ Neff, *supra* note 75 aux pp 134-135; Hobbes, *supra* note 152 à la p 134.

⁴⁶⁵ *Le Procureur c Dusko Tadic*, *supra* note 75 à la p 97; Melzer, *supra* note 25 aux pp 29-38.

⁴⁶⁶ John Locke, *The second treatise of government*, Indianapolis, Ind., Bobbs-Merrill, 1983.

⁴⁶⁷ *Ibid* au para 4.

bourreaux des différends qui les concernent⁴⁶⁸. Locke considère que cette insécurité juridique est à l'origine du contrat social⁴⁶⁹ et, par conséquent, il propose la création d'un État garant de l'ordre et l'égalité de tous devant la loi afin de permettre aux individus de poursuivre librement leurs intérêts personnels dans la sphère privée⁴⁷⁰. Cette interprétation de l'égalité dans les sociétés libérales a été critiquée par Karl Marx au motif qu'elle représente la perspective d'une bourgeoisie émergente satisfaite de l'abolition des privilèges aristocratiques de l'*ancien régime*⁴⁷¹. En effet, si Marx reconnaît que l'État libéral a permis d'affranchir la bourgeoisie de sa subordination à l'aristocratie, il constate que, pour les masses, cet État a remplacé un système d'oppression fondé sur des titres héréditaires par un système d'oppression fondé sur la possession du capital⁴⁷².

Certes, il existe des interprétations plus substantives de l'égalité dans la tradition libérale, notamment chez des auteurs plus récents. Par exemple, la théorie de justice de John Rawls prévoit que, en plus d'assurer l'égalité devant la loi et les libertés fondamentales, l'État doit garantir aux personnes qui ne disposent pas des ressources matérielles suffisantes l'opportunité d'acquérir les connaissances nécessaires pour accéder à des positions de privilège⁴⁷³. D'autres, comme Ronald Dworkin, considèrent que l'État doit également redresser les iniquités qui découlent de la chance ou des caractéristiques innées aux personnes⁴⁷⁴. Bien que ces interprétations de l'égalité constituent une avancée, celles-ci demeurent vulnérables à la critique marxiste selon laquelle dans les sociétés capitalistes la figure juridique du contrat autorise la reproduction des rapports de subordination

⁴⁶⁸ *Ibid* au para 123.

⁴⁶⁹ *Ibid* au para 85.

⁴⁷⁰ *Ibid* ch 87, 123, 209 et 222; Locke John, *Letter Concerning Toleration*, Charles River Editors, 2018; Voir également Michael P Zuckert, *The natural rights republic: studies in the foundation of the American political tradition*, Notre Dame, IN, University of Notre Dame Press, 1996.

⁴⁷¹ Jean Jaurès & Albert Soboul, *Histoire socialiste de la Révolution française*, Paris, Éditions sociales, 1968.

⁴⁷² Karl Marx & Ben Fowkes, *Capital: a critique of political economy*, Harmondsworth, England, Penguin Books in association with New Left Review, 1976, aux pp 175-178, 279-280 cité dans Mandel, Michael. « Marxism and the Rule of Law. » *UNB Law Journal* 35 (1986): 7-34; Karl Marx et al, *Critique of Hegel's « Philosophy of right »*, 2009; Voir également Karl Polanyi, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, Boston, MA, Beacon Press, 2001.

⁴⁷³ John Rawls, *A theory of justice: revised edition*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, à la p 266.

⁴⁷⁴ Ronald Dworkin & Will Kymlicka, « What is equality? Part 2: Equality of resources. » dans *Justice in Political Philosophy: Mainstream theories of justice*, Elgar, 1992.

entre les masses et les détenteurs du capital⁴⁷⁵. Par exemple, en ce qui concerne l'égalité politique des civils, la tradition marxiste reconnaît que les capitalistes ne contrôlent pas ouvertement le processus politique dans l'État libéral, comme le faisaient les aristocrates sous l'*ancien régime*⁴⁷⁶. Toutefois, la possession du capital permet à ses détenteurs de transformer leur pouvoir économique en pouvoir politique⁴⁷⁷. Des études marxistes démontrent que le capital peut être utilisé pour manipuler le processus décisionnel des institutions publiques afin de favoriser des intérêts privés⁴⁷⁸, notamment par le financement de groupes d'intérêt particulier ou des campagnes politiques⁴⁷⁹. William Domhoff souligne que cette agentivité a permis de faire adopter des politiques fiscales avantageuses, empêché l'adoption de réglementations trop restrictives et contrôlé l'accès à l'information utilisée par les décideurs politiques⁴⁸⁰. Un autre exemple concerne le pouvoir médiatique dont bénéficient les personnes qui, par leur possession des médias, peuvent diffuser massivement les prises de position favorables à leurs intérêts⁴⁸¹.

L'exposé précédent permet d'illustrer la manière par laquelle, dans les sociétés capitalistes, le capital introduit des rapports de subordination dans toutes les dimensions de la vie sociale régies par le contrat. Ce constat est important pour le droit des conflits armés. En effet, nous pouvons considérer que ce contexte social inégalitaire constitue la toile de fond à l'intérieur de laquelle opèrent les parties à un conflit interne. Il s'agit-là d'une singularité des conflits civils étant donné que ce contexte diverge substantiellement des rapports de domination qui caractérisent les relations entre États. Nous n'allons pas engager une discussion à propos de la nature de relations

⁴⁷⁵ Clyde W Barrow, *Critical Theories of the State: Marxist, Neo-Marxist, Post-Marxist*, Madison, University of Wisconsin Press, 1993, à la p 15; Bob Jessop, *The capitalist state: Marxist theories and methods*, Oxford, Blackwell, 1984, aux pp 59, 149.

⁴⁷⁶ Karl Heinrich Marx 1818-1883 & Friedrich Engels, *Karl Marx, Frederick Engels: Collected Works, vol. 3, Marx and Engels: 1843-1844*, New York, NY, International Publishers, 2005, aux pp 153, 164, 167-168, cité dans Jessop, « The capitalist state », supra note 475 à la p 6.

⁴⁷⁷ Barrow, supra note 475 aux pp 17, 19, 23 et 29; voir également Michael Mandel, « Marxism and the Rule of Law » (1986) 35 *University of New-Brunswick Law Journal* 7-34.

⁴⁷⁸ Barrow, supra note 475 aux pp 15, 16, 24 et 25.

⁴⁷⁹ *Ibid* aux pp 31-32.

⁴⁸⁰ *Ibid*; G William Domhoff, *The powers that be: processes of ruling-class domination in America*, New York, Vintage Books, 1979.

⁴⁸¹ Antonio Gramsci, Geoffrey Nowell-Smith & Quintin Hoare, *Selections from Prison Notebooks*, London, Lawrence & Wishart, 1971, aux pp 10-15, 56, 155, 210, 243, 261 et 267, cité dans Jessop, « The capitalist state », supra note 475 aux pp 59 et 149.

internationales, car ce sujet dépasse l'objet de notre analyse. Nous estimons, néanmoins, que l'exposé précédent démontre que si les conflits civils peuvent être interprétés comme des conflits entre des entités protoétatiques, les personnes derrière ces factions disposent des moyens différenciés. Or, cette inégalité implique que les personnes qui souhaitent participer aux hostilités disposent elles aussi des moyens différenciés pour participer aux hostilités, notamment car les détenteurs du capital peuvent externaliser leur recours personnel à la violence physique par l'intermédiaire du « marché ».

Cela étant dit, il serait une erreur de limiter notre interprétation de la dimension militaire du capital à la conclusion ponctuelle et spontanée de contrats de services militaires entre des personnes issues des masses et les détenteurs du capital. Ce mécanisme supplémentaire pour participer aux hostilités dont bénéficient les classes possédantes comporte une dimension « structurelle » qui est ancrée dans les relations de pouvoir à partir desquelles ils sont déployés et qui amplifie considérablement ses répercussions sur le plan militaire. L'exemple du paramilitarisme en Colombie illustre bien cette affirmation.

Ce que nous entendons par là peut être clarifié, dans un premier temps, en faisant référence à la définition de l'État développée par Nicos Poulantzas. Ce dernier conçoit l'État comme la somme de structures sociales qui garantissent la reproduction de l'ordre socioéconomique existant⁴⁸², ou encore comme « la condensation matérielle et spécifique d'un rapport de force »⁴⁸³. Sa position contraste avec l'interprétation marxiste classique de l'État selon laquelle ce dernier est un instrument dont bénéficient les classes dominantes pour réprimer les mouvements de contestation⁴⁸⁴. Poulantzas propose plutôt de réinterpréter l'État comme une structure « sociale »⁴⁸⁵, un champ de bataille à l'intérieur duquel se déroulent les conflits entre les classes sociales tout

⁴⁸² Nicos Poulantzas, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, aux pp 41-47.

⁴⁸³ *Ibid* à la p 119.

⁴⁸⁴ Voir Barrow, *supra* note 475 aux pp 13 et ss.

⁴⁸⁵ Gramsci avait remarqué que dans les sociétés où la culture hégémonique bourgeoise était fermement installée, l'État capitaliste était soutenu par les institutions de la société civile telles que les médias, l'église et les universités car ces dernières naturalisent et légitiment l'ordre établi auprès des masses Gramsci, Nowell-Smith & Hoare, *supra* note 481; Inspirée par cette dimension « culturel » du pouvoir étatique, l'État de Poulantzas concerne, d'une part, les institutions de l'État, ses fonctions et les politiques qu'il met en œuvre et, d'autre part, l'État serait aussi son personnel et les réseaux sociaux à partir desquels est exercé le pouvoir Barrow, *supra* note 475 aux pp 57-58 :

comme les conflits entre les factions qui composent ces classes⁴⁸⁶. Il rajoute, cependant, que l'État n'est pas un champ de bataille neutre ni monolithique. Il crée activement les conditions nécessaires à la reproduction de l'État capitaliste⁴⁸⁷. Par son ordonnancement juridique, il sanctionne les institutions nécessaires à la continuité du capitalisme et impose simultanément les limites permises à la contestation sociale⁴⁸⁸ ; par ses appareils idéologiques, tels que les écoles, les églises et les médias, il légitime l'ordre existant⁴⁸⁹ ; enfin, par son système politique, il désorganise les masses en octroyant des concessions et de mesures clientélistes à certaines factions de manière à ce que le mécontentement que génère leur exploitation⁴⁹⁰ ne pose pas de menace existentielle à l'ordre existant⁴⁹¹.

Suivant cette interprétation de l'État, le politologue allemand Raul Zelik suggère que le phénomène paramilitaire colombien peut être interprété comme une expression supplémentaire de ces structures de gouvernance informelles spécifique à l'État colombien⁴⁹². Il souligne que l'État providentiel européen est le résultat d'une conjoncture historique précise, souvent étrangère à l'expérience du capitalisme par les sociétés non occidentales⁴⁹³. De surcroît, il rappelle que la tension provoquée par l'exploitation des masses dans ces États périphériques n'a pas toujours été

⁴⁸⁶ Poulantzas, *supra* note 482 à la p 189.

⁴⁸⁷ *Ibid* aux pp 28-30.

⁴⁸⁸ Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales de l'État capitaliste*, Paris, F. Maspero, 1982, à la p 53; Poulantzas, *supra* note 482 aux pp 83-86.

⁴⁸⁹ Poulantzas, *supra* note 488 à la p 53; Poulantzas, *supra* note 482 à la p 32.

⁴⁹⁰ L'exploitation des masses dans le marxisme renvoie à la nature des arrangements sociaux qui sous-tendent la production et la distribution des ressources de consommation. Le marxisme souligne que l'humain ne peut échapper à ses besoins matériels, et soutient que toutes les sociétés humaines ont été construites à partir d'arrangement socioéconomique que le marxisme désigne les relations de production. Il rajoute que dans la mesure où des innovations technologiques et politiques permettent de revoir les termes de ces arrangements, l'égalitarisme qui caractérise les communautés « primitives » cède devant la hiérarchisation des sociétés « avancées » où les élites participent aux dits arrangements à partir d'une position privilégiée. C'est ainsi que, arrivé le stade du capitalisme moderne, le marxisme identifie clairement une classe privilégiée qui détient les moyens de production par le biais du capital et une classe exploitée qui se voit contrainte à vendre sa main d'œuvre afin de subsister. Voir Karl Marx & Friedrich Engels, *Capital*, London, Lawrence & Wishart, 2014; Karl Marx et al, *Manifeste du Parti communiste*, Bruxelles, Aden, 2011.

⁴⁹¹ Poulantzas, *supra* note 482 aux pp 156, 171-177; Poulantzas, *supra* note 488 à la p 54.

⁴⁹² Raul Zelik, *Paramilitarismo violencia y transformacion social politica y economica en Colombia*, Bogota, Siglo del Hombre Editores, 2015, aux pp 164-169, 178.

⁴⁹³ *Ibid* à la p 163; Voir également Heide Gerstenberger, *Impersonal Power: History and Theory of the Bourgeois State*, Leiden, Brill, 2007.

résolue par des concessions clientélistes⁴⁹⁴. Souvent, ces conflits ont été réglés par l'exclusion des masses du processus politique et la répression violente de leurs revendications par des mécanismes de gouvernance formels et informels⁴⁹⁵. Ainsi, Zelik constate qu'en Colombie le fonctionnement de l'État s'est caractérisé par la répression violente des masses, réservant l'octroi des mesures clientélistes à ses relations avec les membres des classes dominantes⁴⁹⁶. Plus précisément, il remarque que les mobilisations des classes populaires ont été réprimées à la fois par les institutions formelles de l'État et par des mécanismes de répression informelle exercés par les classes dirigeantes⁴⁹⁷. Enfin, il affirme que lorsque ce modèle de gouvernance répressive s'est avéré incapable de contenir la menace posée par une insurrection paysanne généralisée, les mécanismes de répression informels existants ont été militarisés conduisant ainsi à l'émergence du phénomène paramilitaire que nous avons décrit antérieurement⁴⁹⁸.

Un bref survol historique permet de corroborer sa position. Soulignons d'abord que les structures de gouvernance informelles auxquelles nous avons fait référence puissent leurs racines d'une conjoncture historique distinctive. Elles peuvent être imputées aux conditions politiques qui prévalent à l'aube de l'indépendance de Colombie au début du XIXe siècle, et notamment à la faiblesse qui caractérisait le pouvoir central colombien vis-à-vis des centres de pouvoir économique régionaux. À ce sujet, il est utile de mentionner que modèle d'exploitation économique latifundiste implanté sous la période coloniale octroyait aux grands propriétaires terriens, ou *latifundistes*, un contrôle quasi absolu sur son territoire, limité uniquement par les ordonnances royales⁴⁹⁹. Or, à la suite du processus d'indépendance de Colombie, l'autorité du latifundiste sera libérée d'un contrepouvoir public, car la jeune république s'est avérée incapable d'assumer le contrôle effectif de son territoire⁵⁰⁰. Cette faiblesse aurait contraint le pouvoir central à développer des relations

⁴⁹⁴ Zelik, *supra* note 492 à la p 163.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ibid* aux pp 158-165.

⁴⁹⁷ *Ibid* aux pp 168-169 et 174-176.

⁴⁹⁸ *Ibid* aux pp 177-183.

⁴⁹⁹ *Ibid* aux pp 152-153; Voir également Robert G Keith, *Haciendas and plantations in Latin American history*, New York, Holmes & Meier, 1977.

⁵⁰⁰ Zelik, *supra* note 492 aux pp 152-153.

clientélistes avec les élites régionales⁵⁰¹ qui, elles, revendiquaient la désinstitutionnalisation des milieux ruraux en échange de leur coopération politique⁵⁰². Cette désinstitutionnalisation était souhaitable afin d'assurer la pérennité d'un système de gouvernance préexistant fondée sur l'autorité du latifundiste sur son territoire⁵⁰³ et dans lequel il bénéficiait des fonctions politiques privilégiées ; d'une part, il était la source de l'autorité locale et d'autre part, il assumait le rôle d'intermédiaire entre les masses habitant son territoire et l'autorité centrale⁵⁰⁴.

L'inopérabilité de l'ordre constitutionnel colombien dans les milieux ruraux était également souhaitable afin d'assurer l'acquisition violente des territoires propices à l'économie extractiviste en toute impunité⁵⁰⁵. En effet, certains acteurs appartenant à l'élite économique agricole ont historiquement eu recours à la violence privée pour déposséder les paysans habitant les terres favorables à l'élevage de bétail et l'exploitation agricole à grande échelle. Par exemple, l'incorporation de la région du Magdalena Medio à l'économie nationale au cours des années 1970 a été précédée par l'arrivée des paysans venus défricher la jungle quelques décennies auparavant⁵⁰⁶. La colonisation paysanne de cette région n'a pas tardé à susciter l'intérêt des grands propriétaires terriens actifs dans les régions voisines, car ces terres présentaient désormais un grand potentiel pour l'agriculture et l'élevage⁵⁰⁷. Vers l'an 1975, on constate qu'une partie importante de la paysannerie avait fui cette région, poussée par l'endettement, l'intimidation, l'assassinat et la destruction des récoltes et des fermes⁵⁰⁸. En même temps, quarante-six grandes Haciendas d'élevage, inexistantes quelques décennies auparavant, avaient été établies⁵⁰⁹.

⁵⁰¹ *Ibid* à la p 154; Voir Gutierrez Sanin, « Una relacion especial », *supra* note 178.

⁵⁰² Zelik, *supra* note 492 à la p 151; Gutierrez Sanin, « Propiedad, seguridad y despojo », *supra* note 206 à la p 50; German Ayala Osorio, *Paramilitarismo en Colombia: mas alla de un fenomeno de violencia politica*, Cali, Universidad Autonoma de Occidente, 2011, aux pp 22-23; Gutiérrez Sanín, *supra* note 172 aux pp 126-128.

⁵⁰³ Gutierrez Sanin, « Una relacion especial », *supra* note 178 à la p 125; Gutierrez Sanin, « Propiedad, seguridad y despojo », *supra* note 206 à la p 54.

⁵⁰⁴ Gutierrez Sanin, « Propiedad, seguridad y despojo », *supra* note 206 à la p 50.

⁵⁰⁵ *Ibid*.

⁵⁰⁶ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 27, 66-67.

⁵⁰⁷ *Ibid* aux pp 87-90.

⁵⁰⁸ *Ibid* aux pp 110-118 et 177.

⁵⁰⁹ *Ibid* aux pp 91-92.

La désinstitutionnalisation des milieux ruraux était également souhaitable afin de réprimer de manière illégale les mouvements de contestation sociale⁵¹⁰. Dès les premières décennies du XXe siècle, d'importants mouvements ouvriers et paysans ont vu le jour en Colombie⁵¹¹. Ces derniers étaient néanmoins illégaux jusqu'en 1930, de sorte que leur répression pouvait être engagée par les institutions formelles de l'État⁵¹². Toutefois, après cette date, ces mouvements de contestations ont continué à être réprimés de manière illégale en ayant recours à des tueurs à gages anonymes qui assassinaient systématiquement les leaders syndicaux et communautaires⁵¹³. Cette pratique se poursuit encore aujourd'hui⁵¹⁴. Enfin, ce système de gouvernance répressif et prédateur conduira quelques décennies plus tard à l'implosion d'une insurrection paysanne que les mécanismes de répression habituels se sont avérés incapables d'étouffer⁵¹⁵. C'est donc dans un contexte de fragmentation de l'ordre existant que de nouvelles ententes entre des acteurs appartenant aux establishments politiques, militaires et économiques ont été conclues dans le but de constituer des organisations paramilitaires⁵¹⁶. Et, tel que nous avons démontré antérieurement, le coût de ce projet a été majoritairement financé par des membres de l'élite socioéconomique de la ruralité colombienne.

Par l'exposé précédent, nous avons cherché à illustrer que les activités de financement intégral des groupes armés privés ne se produisent pas dans un contexte d'anarchie sociale égalitaire. Elles se produisent dans un contexte où les personnes qui possèdent le capital disposent des moyens d'interaction sociale supplémentaires, y compris des moyens supplémentaires pour participer aux hostilités dans la guerre. En effet, les inégalités socioéconomiques qui caractérisent les sociétés capitalistes permettent aux détenteurs du capital de diriger la main-d'œuvre disposée à se battre en

⁵¹⁰ Zelik, *supra* note 492 aux pp 151-153; Ayala Osorio, *supra* note 502 à la p 22.

⁵¹¹ Gutiérrez Sanín, *supra* note 172 à la p 129; Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 110-113.

⁵¹² Gutiérrez Sanín, *supra* note 172 aux pp 129-130.

⁵¹³ *Ibid*; Zelik, *supra* note 492 à la p 165.

⁵¹⁴ Infobae, « En lo corrido de 2021 fueron asesinados 130 líderes sociales: Defensoría del Pueblo », (9 décembre 2021), en ligne: <<https://www.infobae.com/america/colombia/2021/12/09/en-lo-corrído-de-2021-fueron-asesinados-130-lideres-sociales-defensoria-del-pueblo/>>.

⁵¹⁵ Zelik, *supra* note 492 aux pp 177-183; Ayala Osorio, *supra* note 502 à la p 32.

⁵¹⁶ Medina Gallego, *supra* note 173 aux pp 168-175 et 189; Gutiérrez-Sanín & Vargas, *supra* note 44 à la p 745; Gutierrez Sanin, « Una relacion especial », *supra* note 178 aux pp 103 et 126.

échange de rémunération vers la commission d'actes hostiles favorables à leurs intérêts. De plus, l'exemple de la Colombie démontre que la direction de cette violence ne suit pas un tracé aléatoire. Elle est déployée à partir des institutions sociales créées par le capital, ou du moins dépendantes de celui-ci, et, dans la plupart des cas, son objectif est de protéger ces institutions, voire même de les renforcer. On voit ainsi que le financement des groupes armés non étatiques peut revêtir une dimension militaire importante qui est propre aux conflits civils. Et pourtant, les répercussions de celle-ci sur l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité ne sont pas accordées la moindre considération.

Nous considérons que l'origine de cette problématique doit être attribuée aux grilles d'analyse tactique et opérationnelle qui régissent la PDH. Comme discuté antérieurement, ces dernières ont été conçues pour des contextes de violence internationale dans lesquels les inégalités socioéconomiques entre les personnes qui administrent la violence de l'État peuvent être jugées sans conséquences, car la présence du monopole étatique de la violence écarte, du moins théoriquement, le financement privé d'organisations armées. En revanche, dans les situations où les parties en conflit dépendent des sources de financement privées, ces inégalités sociales confèrent aux capitalistes la possibilité de militariser leur pouvoir économique en contrôlant la violence des masses disposée à se battre en échange de rémunération. Cette nuance soulève une interrogation à propos de la pertinence d'inclure certaines activités de financement dans la notion de participation directe aux hostilités applicable aux conflits civils, même s'il s'agit des contributions de nature stratégique.

3.1.2 Les objectifs économiques dans les conflits civils

L'argument selon lequel la possibilité de mener des attaques directes contre les sources économiques des capacités militaires de l'adversaire constitue une « pente glissante » vers des attaques indiscriminées et disproportionnelles doit lui aussi être nuancé dans des contextes de violence civile. Le cœur de cette problématique relève du fait que la cohérence de cet argument repose sur l'origine dépersonnalisée de la violence dans les conflits interétatiques.

Ce que nous entendons par cela peut être clarifié en discutant de la notion de violence systémique. Dans l'ouvrage *Violence: Six Sideways Reflections*⁵¹⁷, le philosophe slovène Slavoj Žižek emploie le concept de violence systémique pour désigner les expressions non-physiques de violence auxquelles on assiste dans un état de « paix », tels que la précarité économique ou la marginalisation sociale, entre autres⁵¹⁸. Toutefois, il précise que ce terme désigne également la menace du recours à la violence physique par les appareils répressifs de l'État⁵¹⁹. Cette dernière se caractérise par sa neutralité ou sa dépersonnalisation, en ce sens qu'elle ne peut pas être expliquée par la volonté de celui ou celle qui l'exerce, mais par le fonctionnement anonyme des institutions de l'État capitaliste⁵²⁰. Par exemple, lorsqu'un groupe de manifestants dépasse les limites permises à la liberté de manifester, ils seront automatiquement réprimés par la police. La violence que déploie la police contre ces manifestants exhibe un caractère systémique en ce sens qu'elle ne s'exerce pas à titre personnel; elle trouve son origine dans le fonctionnement courant des institutions policières⁵²¹. Suivant cette ligne de pensée, la violence physique qu'exercent les membres des forces armées étatiques est elle aussi dépersonnalisée. Elle relève du fonctionnement des institutions militaires de l'État en cas de guerre et ne s'exerce pas à titre personnel.

Cette origine dépersonnalisée de la violence physique qui caractérise les conflits entre États implique, de surcroît, que les ressources économiques qui sous-tendent l'exercice de cette violence seraient, elles aussi, dépersonnalisées. Effectivement, celles-ci ne peuvent pas être attribuées à une personne spécifique. Elles émanent de l'État et puisent leur origine des différentes structures socioéconomiques sous sa juridiction. C'est cet élément qui explique le caractère indiscriminé et disproportionnel des attaques directes contre les sources économiques des capacités militaires de l'adversaire. En effet, comme l'État est une entité immatérielle et indivise qui ne peut pas faire l'objet d'attaques directes, les parties intéressées à neutraliser ses sources de financement se voient contraintes de diriger leurs attaques à l'encontre des composantes matérielles et divisées qui contribuent économiquement aux capacités militaires l'État. Or, les activités économiques sont si

⁵¹⁷ Slavoj Žižek, *Violence: Six Sideways Reflections*, London, Profile Books, 2010.

⁵¹⁸ *Ibid* aux pp 2 et 9.

⁵¹⁹ *Ibid* aux pp 9-13.

⁵²⁰ *Ibid* à la p 13.

⁵²¹ *Ibid* aux pp 12-13.

intimement entrelacées aux activités civiles que la possibilité de poursuivre ces attaques expose potentiellement l'ensemble des sociétés en conflit au feu de la guerre. C'est ainsi que dans l'affaire *Shimoda* que nous avons citée antérieurement, il est reconnu que des facteurs économiques répercutent fortement sur la conduite des hostilités⁵²², mais il est décidé que les conséquences pernicieuses de ces attaques justifient leur interdiction, car elles nient à toutes fins pratiques le principe de distinction. À titre de rappel, la citation se lit comme suit :

If we understand the concept of total war to mean that all people who belong to a belligerent are more or less combatant, and all production means production injuring the enemy, there arises the necessity to destroy the whole people and all the property of the enemy; and it becomes nonsensical to distinguish between military objective and non-military objective⁵²³.

La force persuasive de cet argument repose néanmoins sur la prémisse selon laquelle les attaques directes contre les sources de financement de l'ennemi conduisent potentiellement à des attaques directes sur l'ensemble des sociétés en conflit. Cette prémisse est pourtant invalide dans des contextes de violence interne. Pour clarifier le sens de cette nuance, nous allons nous référer à la distinction proposée par la philosophe Hannah Arendt entre les notions de travail et d'action. Dans *Condition de l'homme moderne*⁵²⁴, Arendt puise dans l'imaginaire de la Grèce antique pour identifier trois caractéristiques à la condition humaine : le travail, l'œuvre, et l'action. Par la notion de travail, elle fait référence aux activités qui produisent les biens nécessaires aux besoins biologiques et matériels de l'existence humaine, c'est-à-dire, aux activités reproductives qui ne connaissent pas de fin⁵²⁵. En revanche, par la notion de l'action, elle évoque la dimension collective ou sociale de l'existence humaine, c'est-à-dire, l'expression de l'individualité par la parole et les actes⁵²⁶, et ses interactions constructives ou destructives avec les institutions sociales⁵²⁷.

⁵²² « human factors like population, manpower etc [...] have a far-reaching control on the war method and war potential » *Ryuichi Shimoda et al. v. The State*, *supra* note 71 aux pp 626-642.

⁵²³ *Ibid* aux pp 239-240, cité dans Henry et al, *supra* note 226 à la p 45.

⁵²⁴ Hannah Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 2002.

⁵²⁵ *Ibid* aux pp 142-145.

⁵²⁶ *Ibid* aux pp 231-234.

⁵²⁷ *Ibid* aux pp 239-245.

Ayant à l'esprit cette distinction, il est possible d'envisager que le caractère répréhensible des attaques directes contre les sources économiques de la puissance militaire ennemie repose sur la nature reproductive, ou passive, de ces cibles. Il est effectivement inadmissible que des civils puissent faire l'objet, car ils participent à des activités éminemment civiles, telles que le fait de travailler. Une telle logique exposerait effectivement l'ensemble de la société au feu de la guerre. Ainsi, le scientifique dont les recherches apportent un avantage militaire technologique, l'ouvrier dont la main-d'œuvre contribue aux capacités industrielles de l'ennemi ou le commerçant dont les ventes participent à la récolte fiscale, seraient potentiellement des cibles militaires. Cette problématique peut être résumée comme suit :

If a nation is mobilized for an exhaustive war effort, almost any productive activity may indirectly aid the war effort. Consider the following hypotheticals. If previously unemployed civilians join the labor force producing goods for home consumption, other workers are freed to make supplies for troops, and if some civilians make propaganda films boosting the resolve of the home work force, again production for military use grows⁵²⁸.

Par ailleurs, la nature répréhensible des attaques directes contre les sources reproductives de la puissance militaire de l'ennemi a largement été abordée dans le cadre de discussions engagées au cours de la première moitié du XXe siècle à propos de la légalité des attaques directes contre la morale des civils ennemis⁵²⁹. À cette époque, certains auteurs qui reconnaissaient l'illégalité des attaques dont le but était de terroriser la population civile⁵³⁰ défendaient néanmoins la possibilité de cibler l'état psychologique des civils afin de contraindre leurs dirigeants à cesser les hostilités⁵³¹. Ils considéraient que cela constituait une méthode de guerre utile pour accélérer l'écroulement politique et social de l'ennemi⁵³². Un des tenants de cette position, Lord Trenchard, mentionnait par exemple que la panique engendrée par un avion militaire était largement supérieure aux

⁵²⁸ Arneson, « Just warfare », *supra* note 320 à la p 667.

⁵²⁹ Hays Parks, *supra* note 300 aux pp 71 et 109.

⁵³⁰ Camins, « The past as prologue », *supra* note 59 à la p 871.

⁵³¹ « "Attacks on morale" became a shibboleth, a mantra, exhorted as a matter of blind faith by airpower advocates in behalf of aviation service survival and development in the post-World War I budget battles with land and naval forces.38 It continued through the 1930s » Hays Parks, *supra* note 300 à la p 77.

⁵³² *Ibid* aux pp 77-78.

dommages matériels que cet avion pouvait occasionner⁵³³. D'autres y voyaient même un instrument de police coloniale :

Indigenous tribes whose conduct strayed often returned to British colonial ways merely with a 'demonstration' bombing by RAF aircraft, profoundly shocked by this new method of warfare. If a mere demonstration was insufficient, attacks on villages and their populations followed, with significant military success⁵³⁴.

Heureusement l'essentiel de cette doctrine a été abandonné au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale⁵³⁵. Aujourd'hui, même ceux et celles qui défendent les approches les plus permissives à la distinction reconnaissent que de telles attaques contredissent la prémisse fondamentale de la distinction. Parks mentionne à cet égard :

The line between bombing the civilian population of an enemy solely for the purpose of terrorizing it and bombing economic and industrial targets with an "incidental" attack on the morale of the civilian population was a thin one, with airpower advocates emphasizing the former while denying the latter⁵³⁶.

When the emphasis shifted in World War II from incidental effect to intentional attack, it crossed the line with respect to the fundamental law of war principle of distinction⁵³⁷.

De plus, il est pertinent de noter que le fait de cibler des civils qui participent à des activités éminemment civiles soulève également un enjeu de proportionnalité. En effet, il est probable que le bénéfice apporté par la neutralisation de leurs contributions soit disproportionnel aux effets dévastateurs que l'on peut anticiper à la suite d'attaques généralisées sur les biens et les personnes qui contribuent à l'effort de guerre des sociétés ennemies. Cela a été mis en évidence lors des guerres de la première moitié du XXe siècle au cours desquelles les campagnes de bombardement

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ *Ibid* à la p 78.

⁵³⁵ Dans l'affaire des otages l'intimidation de la population pour assurer le contrôle du territoire a été jugée illégal, *Otages, supra* note 223.

⁵³⁶ Hays Parks, *supra* note 300 à la p 79.

⁵³⁷ *Ibid* à la p 111.

aérien ont conduit à la destruction à grande échelle des infrastructures industrielles et des centres urbains autrefois épargnés par la guerre⁵³⁸.

Il nous paraît donc légitime et raisonnable de conclure que l'affaiblissement des forces armées ennemies ne doit pas être atteint par la neutralisation des capacités reproductives de l'ennemi. Toutefois, il reste à déterminer si des attaques directes contre les sources économiques de la puissance militaire ennemie seraient tout autant répréhensibles lorsque la nature de ces cibles exprime plutôt la dimension « active » de la condition humaine.

En ce qui concerne les activités de financement des civils, les conditions qui prévalent dans des contextes de violence interne nous conduisent à répondre par le négatif. Tel que nous avons mentionné antérieurement, la fragmentation du monopole étatique de la violence implique la participation aux conflits internes d'organisations armées privées dont les ressources requises pour leur fonctionnement découlent généralement de fonds privés. Cette privatisation des ressources financières qui sous-tendent la conduite des hostilités nous permet d'identifier un rôle dans la guerre inexistant dans les conflits interétatiques, celui de l'agent financier de la violence. Ce rôle a peu d'importance dans les conflits internationaux, du moins théoriquement, car en vertu du monopole étatique de la violence ces ressources sont apportées par l'État. Toutefois, la privatisation des fonctions régaliennes de l'État dans les conflits civils conduit inévitablement à la privatisation des attributs de ce monopole. Désormais, ce sont des acteurs privés qui occupent les fonctions des agents combattifs de l'État et, en parallèle, des acteurs privés assument les fonctions d'agents financiers de la violence autrement exercées par l'État. En d'autres termes, il peut être dit que les combattants irréguliers usurpent les attributs physiques ou tactiques du monopole étatique de la violence tandis que les agents financiers de la violence usurpent ses attributs structurels ou stratégiques.

Cette nuance n'est pas sans conséquences. Elle implique, en particulier, que les sources de financement de l'ennemi peuvent être retracées à la personne qui, de son propre gré, utilise ses ressources économiques pour financer les activités militaires d'un groupe armé privé. Or, la

⁵³⁸ Jochnick & Normand, « The Legitimation of Violence », *supra* note 340 aux pp 77-78; Hays Parks, *supra* note 300 à la p 77.

possibilité de neutraliser ces agents financiers ne soulève pas les mêmes enjeux humanitaires que la possibilité de mener des attaques directes contre les personnes qui contribuent, par leurs activités reproductives, aux capacités militaires de l'ennemi. En effet, le fait de neutraliser des agents financiers ne conduit point à des attaques indiscriminées sur l'ensemble de la société, car la volonté politique de ces derniers permet de limiter la cible de l'attaque contre une personne précise. Ces attaques pourraient même être exécutées sans compromettre l'intégrité des biens et des personnes qui contribuent à la reproduction de la fortune privée de la personne neutralisée.

En conclusion, nous estimons que la présomption selon laquelle les attaques directes contre les contributions aux « war-sustaining capabilities » constituent une pente glissante vers des méthodes de guerre totale est inadaptée aux conflits civils. La cohérence de cette dernière dépend du caractère impersonnel de la violence, ou plus précisément de l'origine impersonnelle de ses sources de financement. L'interdiction de lancer des attaques directes contre les acteurs qui contribuent financièrement aux capacités militaires de l'ennemi doit donc être nuancée lorsque ces derniers constituent une personne physique pouvant être délimitée conceptuellement et distinguée factuellement du reste de la population civile. Par analogie, cette interdiction équivaldrait à accorder une immunité à des biens tels que les usines d'armement dans les conflits civils alors que ces cibles seraient permises dans des conflits internationaux.

3.2 La notion de participation structurelle aux hostilités

Ayant démontré l'existence de certains angles morts dans les arguments qui sous-tendent l'exclusion des activités de financement de la notion de PDH, nous dirigeons maintenant notre attention vers la répartition de bénéfices qui accompagne l'introduction de ces arguments dans la réglementation des conflits civils. À cet égard, nous allons défendre l'argument selon lequel l'interdiction de cibler directement les agents financiers des groupes armés ennemis confère un bouclier juridique aux personnes qui détiennent le capital.

Pour commencer cette démonstration, nous devons d'abord définir le type d'activités de financement auxquelles nous faisons référence. À ce sujet, dans la section précédente, nous avons souligné que la possession du capital permet d'externaliser le recours personnel à la violence physique par le biais des contrats. Cela étant dit, l'exemple du paramilitarisme colombien nous a

permis de démontrer que l'externalisation de la violence à laquelle nous faisons référence ne se limite pas à des transactions contractuelles entre personnes consentantes. Elle s'exprime au travers des structures socioéconomiques préexistantes, de sorte que ses répercussions ne doivent pas être analysées à la lumière de contrats de violence sporadiques ou aléatoires, mais, plutôt, à la lumière d'une violence structurelle déployée dans le cadre de relations de pouvoir existantes. Le type d'activités de financement auxquelles nous faisons référence témoigne donc d'une dimension systémique que l'on pourrait qualifier de participation structurelle aux hostilités (ci-après PSH). Afin de discuter de la répartition de bénéfices qui accompagne l'exclusion de cette forme de participation du régime de la PDH, nous allons d'abord distinguer celle-ci d'autres formes de participation financière aux hostilités. Par la suite, nous allons mettre en évidence les droits et obligations que l'on peut associer à cette dernière ainsi que ses répercussions sur les populations en conflit.

La participation structurelle aux hostilités doit d'abord et avant tout être distinguée des contributions financières à l'effort de guerre qui découlent de la participation des civils à des activités reproductives. Ces contributions financières aux hostilités se distinguent de la PSH par l'absence d'une volonté de la part des civils d'assumer le rôle d'agent financier. Elles s'expliquent uniquement par la participation des civils à des activités quotidiennes, telles que le travail. L'exclusion des activités de nature reproductive de la notion de PSH fait écho à la position d'auteurs comme Schmitt et Jensen, pour qui l'intention des individus de poser des actes qu'ils savaient indispensables à la réalisation d'un acte hostile est un des critères permettant d'évaluer la zone grise de la PDH⁵³⁹.

Accessoirement, la PSH doit également être distinguée des instances de financement qui, tout en étant volontaires ou « actives », demeurent confinées à des contributions mineures ou spontanées. La notion de PSH fait plutôt référence aux activités de financement qui témoignent de la volonté d'assumer le coût des opérations militaires d'un groupe armé non étatique. Cela ne signifie pas que le fardeau financier des hostilités doit être la responsabilité exclusive d'une personne en particulier. Ce fardeau peut être partagé par un groupe d'individus ou être complété par les activités

⁵³⁹ Schmitt, « Participation in Hostilities by Private Contractors », *supra* note 346 à la p 533; Jensen, *supra* note 68 à la p 102.

économiques du groupe armé financé. L'important est que ces sources de ce financement constituent une condition indispensable à la poursuite des activités militaires par le groupe financé. À ce sujet, il est pertinent de noter que le critère de l'indispensabilité est une des conditions exigées par les auteurs qui défendent des interprétations permissives à l'égard des attaques contre des objets économiques aux termes de l'article 52(2) du *PAI*. Ainsi, le professeur Sandesh Sivakumaran rappelle que, au cours de la guerre civile américaine, les attaques contre les exportations de coton des États confédérés avaient été justifiées par le fait que ces exportations étaient la source principale de revenu dont disposaient ces États pour poursuivre les hostilités⁵⁴⁰. Il rajoute que, pour cette raison, la logique qui sous-tend la légalité des attaques contre les exportations de coton ne peut pas être élargie à tous les biens qui contribuent financièrement aux hostilités⁵⁴¹.

Par conséquent, la notion de participation structurelle aux hostilités fait uniquement référence à des instances de financement intégral des groupes armés non étatiques, c'est-à-dire, aux instances de financement qui sont à la fois volontaires et indispensables au fonctionnement d'un groupe armé ennemi. À ce stade, il nous paraît utile de noter que cette définition pourrait correspondre à deux types d'activités de financement observées en Colombie. D'une part, il y avait des acteurs civils qui souhaitant créer des groupes paramilitaires ont apporté les ressources nécessaires à leur mise sur pied ou à leur fonctionnement général. D'autre part, il y avait des acteurs civils qui souhaitant participer à des opérations militaires ponctuelles ont engagé les services des entrepreneurs de la violence et apporté les ressources nécessaires à l'exécution de l'objet du contrat. Bien que ces deux activités puissent être qualifiées de participations structurelles aux hostilités selon la définition que nous avons proposée, il est pertinent de noter que le financement intégral d'opérations militaires ponctuelles pourrait être inclus dans la PDH par les auteurs qui adoptent une grille d'analyse opérationnelle. En effet, bien que ces instances de financement témoignent d'une externalisation du recours personnel à la violence physique par le biais du capital, elles relèvent de contributions au niveau opérationnel et, à ce titre, elles relevant de la zone grise de la PDH.

⁵⁴⁰ Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012, aux pp 344-345.

⁵⁴¹ « In other words, a limiting principle might be that the economic product constitutes an indispensable and principal source for directly maintaining military action » *ibid*.

Quoiqu'il en soit, ayant défini les instances de participation structurelle aux hostilités, nous pouvons maintenant discuter des répercussions qui accompagnent l'exclusion de cette dernière du régime d'exception de la PDH. À ce sujet, nous allons remarquer que l'état du droit applicable à propos de cette question introduit une inégalité juridique entre les personnes en conflit selon leur classe sociale. Ce point peut être clarifié en soulignant que la non-inclusion des activités de financement intégral dans la notion de PDH contraint les personnes qui ne disposent pas de ressources financières suffisantes à participer aux hostilités par l'entremise de leur propre personne tandis que les détenteurs de capital peuvent participer directement aux hostilités en recrutant la main-d'œuvre prête à combattre en échange de rémunération. De plus, dans la mesure où ce type de participation est protégée contre la violence de la guerre, les classes populaires se voient dans l'obligation de combattre le pouvoir acquisitif des classes privilégiées. Il s'en suit que les personnes qui ne possèdent pas le capital se voient systématiquement contraintes de combattre la main-d'œuvre disponible au sein des sociétés en conflit alors que les personnes derrière cette violence bénéficient d'un bouclier juridique. En d'autres termes, l'exclusion de la PSH du régime de la PDH contraint les « masses » à se battre entre elles. Ce point illustre avec éloquence un des motifs pour lesquels « quand les riches se font la guerre, ce sont les pauvres qui meurent »⁵⁴².

Cette répartition inégalitaire des bénéfices nous invite à questionner si une interprétation qui sanctionne les privilèges dont disposent les détenteurs du capital est compatible avec la vocation protectrice du droit international humanitaire. Par exemple, nous pouvons concevoir que cette répartition inégale des bénéfices ne contribue pas au respect du DIH par des groupes armés non étatiques. En effet, s'il n'existe pas de motifs convaincants pour justifier la protection dont bénéficient les agents financiers, pourquoi est-ce qu'un groupe armé comme les FARC devrait favoriser l'interprétation de la PDH admise en DIH au détriment de sa propre interprétation de la règle applicable? Dans ces circonstances, ne serait-il pas préférable de renforcer la cohérence du DIH en procédant à un élargissement raisonnable et contrôlé des modalités de suspension de l'immunité des personnes non combattantes ?

⁵⁴² Jean-Paul Sartre, *Le diable et le bon dieu*, Paris, Gallimard, 2002.

3.3 Une définition opérationnelle et étanche de la PSH

En guise de réponse à la question précédente, la dernière section de cette étude examine la possibilité selon laquelle la notion de participation structurelle aux hostilités pourrait être incluse dans la PDH tout en conservant une définition opérationnelle et étanche de ce régime d'exception. Cela étant dit, avant d'embarquer dans cette analyse, nous devons préciser que nous sommes conscients que les nuances théoriques que nous avons étayées dans les pages qui précèdent peuvent s'avérer difficiles à appliquer sur le terrain de bataille. Par exemple, est-ce que les parties en conflit pourraient réellement discerner si les sources de financement d'un groupe armé revêtent un caractère mineur ou intégral, passif ou actif? Dans la mesure où ces concepts reposent sur des définitions ouvertes, l'ambiguïté inhérente à la notion de participation structurelle aux hostilités risque d'exposer tous les acteurs qui contribuent économiquement à la puissance militaire de l'ennemi. De plus, la notion de participation structurelle aux hostilités brouille considérablement l'étanchéité permise par la dichotomie entre les contributions à l'effort de guerre et les contributions à la conduite des hostilités. Et, puisque nous sommes conscients que la guerre est source de dévastation et misère pour les populations qui la subissent, nous souscrivons pleinement à la prémisse selon laquelle les bénéfices d'une définition étanche et opérationnelle des critères qui régissent la perte d'immunité civile dépassent les bénéfices que l'on peut espérer par une réinterprétation théoriquement souhaitable de la PDH.

Pour cette raison, nous considérons que la notion de participation structurelle aux hostilités doit être rejetée si la définition étanche et opérationnelle que nous allons proposer dans les pages qui suivent est jugée impraticable par le lecteur. Comme énoncé antérieurement, afin de concilier la notion de participation directe aux hostilités avec les conditions particulières dans lesquelles se déroulent les conflits civils, nous proposons de réinterpréter le critère du seuil de nuisance prévu dans le *Guide interprétatif*. Ce dernier prévoit présentement deux catégories de nuisance susceptibles de déclencher la suspension de l'immunité des civils sous le régime de la participation directe aux hostilités. La première concerne les actes qui nuisent aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit⁵⁴³. La deuxième concerne les actes de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions des biens ou personnes protégées par le

⁵⁴³ Melzer, *supra* note 25 à la p 49.

DIH⁵⁴⁴. Afin de préserver l'étanchéité entre la conduite des hostilités et l'effort de guerre, nous écarterons la solution qui consisterait à élargir le sens de l'expression « nuire aux opérations ou aux capacités militaires » pour inclure des contributions financières à l'ennemie. En revanche, nous estimons qu'il est possible d'ajouter une troisième catégorie de comportements susceptible de remplir le seuil de nuisance. Ce dernier concernerait les actes qui ont pour objectif d'octroyer à son auteur le contrôle sur la direction de la violence d'un groupe armé non étatique et il serait uniquement applicable aux contextes de violence civile.

Suivant la définition de la PSH que nous avons proposée antérieurement, ce que nous entendons par l'expression « octroyer le contrôle sur la direction de la violence » peut être conceptualisé à partir de deux critères d'application. D'une part, ce degré de contrôle serait atteint lorsque des civils posent des actes qui ont pour objectif d'apporter les ressources financières nécessaires à la réalisation d'une opération militaire spécifique. D'autre part, ce degré de contrôle serait atteint également lorsque des civils posent des actes qui ont pour objectif d'apporter les ressources financières nécessaires à la création d'un groupe armé non étatique ou à son fonctionnement général. Ces critères d'application permettent d'opérationnaliser une distinction entre les contributions qui relèvent de la PSH et les contributions à l'effort de guerre qui ne revêtent pas un caractère actif ou indispensable. De cette manière, lorsqu'il sera question d'analyser le critère relative au lien de causalité, il pourrait être reconnu que les activités de financement qui ont pour conséquence probable d'octroyer à des civils un degré de contrôle suffisant sur la violence d'un groupe armé sont reliées en une étape causale à des effets nuisibles. Accessoirement, l'exigence quant au lien de belligérance prévue par le *Guide interprétatif* permettrait d'écarter les instances de financement des entreprises de sécurité privée dont le recours à la violence serait limité à la défense légitime des biens et personnes protégées⁵⁴⁵.

À ce stade, nous devons spécifier le degré de contrôle dont doivent bénéficier les agents financiers sur la direction de la violence d'un groupe armé. À cet égard, les différents tests que prévoit le droit international pour d'évaluer le degré de contrôle dont bénéficie un État sur les actes commis par un tiers renferment quelques pistes de réflexion intéressantes. Par exemple, le *Projet d'articles sur*

⁵⁴⁴ *Ibid* à la p 51.

⁵⁴⁵ *Ibid* à la p 60.

*la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*⁵⁴⁶, un document non contraignant qui prétend codifier la coutume internationale, énonce à son article 8 que le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme le fait de l'État si la personne ou le groupe de personnes qui adopte ce comportement « agit sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ». Selon les précisions apportées par la Cour internationale de justice (ci-après CIJ) dans *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (ci-après affaire *Nicaragua*), l'expression « sous contrôle de cet État » signifie que l'État dispose d'un contrôle effectif qui se caractérise par sa participation à chacune des opérations militaires menées par le groupe armé⁵⁴⁷. Le seuil élevé exigé par la CIJ dans cette affaire est souvent expliqué par le contexte de la décision. En l'espèce, la Cour devait démontrer que les États-Unis avaient le contrôle des opérations militaires des Contras qui ont débouché sur ces crimes, car le support que les États-Unis apportaient à ces groupes avait pour objectif de remplacer le gouvernement nicaraguayen et non la commission de crimes de guerre⁵⁴⁸. Par conséquent, la participation des agents financiers à chacune des opérations militaires en question était nécessaire afin d'attribuer à ces agents la responsabilité pour des comportements qui dépassent leurs objectifs de guerre partagés. Toutefois, le seuil élevé posé par ce critère n'est pas adéquat pour démontrer que des agents financiers exercent un contrôle sur la direction générale de la violence d'un groupe armé. Par ailleurs, la cour a explicitement écarté la possibilité selon laquelle des liens financiers pourraient suffire pour établir le degré de contrôle en question dans cette affaire⁵⁴⁹.

À ce sujet, il est pertinent de noter que des institutions comme la Commission de droit international (ci-après CDI) ont évoqué la possibilité que des contextes spécifiques puissent nuancer le seuil

⁵⁴⁶ Commission du droit international, *Rapport de la cinquante-sixième session*, Doc off AG NU, 2001, supp n°10, Doc NU A/56/10.

⁵⁴⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c Etats-Unis d'Amérique)*, Jugement, [1986] CIJ Rec 14 aux para 115-116.

⁵⁴⁸ « As the ICJ itself noted in the Nicaragua case, the United States and the Contras shared the same objectives, namely the overthrowing of the Nicaraguan government. There is no doubt that the Contras could have achieved this objective without committing war crimes or crimes against humanity. Therefore, in order to attribute crimes against humanity in furtherance of this objective to the United States, it was only plausible for the Court, and fair to the United States, that the crimes themselves should be the object of United States control » Ademola Abass, « Proving State Responsibility for Genocide: the ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur » (2008) 31:4 Fordham Int Law J 871-910, aux pp 895-896.

⁵⁴⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c Etats-Unis d'Amérique)*, supra note 547 au para 115.

élevé exigé par le critère du contrôle effectif⁵⁵⁰. Cette question a été débattue dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (ci-après *Bosnie c. Serbie*) à propos de la responsabilité de la Serbie pour les atrocités commises à Srebrenica⁵⁵¹. Dans cette affaire, la Bosnie a allégué que l'attribution de responsabilité pour le crime de génocide n'exigeait pas le contrôle effectif sur chacun des actes spécifiques ayant mené au génocide⁵⁵². Un contrôle global sur le déroulement de l'opération était suffisant⁵⁵³. Bien que la Cour ait rejeté cette prétention⁵⁵⁴, le juge Al Khasawneh l'a appuyée en dissidence dans les termes suivants :

When [...] the shared objective is the commission of international crimes, to require both control over the non-State actors and the specific operations in the context of which international crimes were committed is too high a threshold. The inherent danger in such an approach is that it gives States the opportunity to carry out criminal policies through non-state actors or surrogates without incurring direct responsibility therefore⁵⁵⁵.

Le test de contrôle global soulevé par la Bosnie a été développé par le TPIY dans *Tadic* afin d'établir si le contrôle qu'exerçait la Serbie sur les forces serbes de Bosnie internationalisait la guerre de Bosnie-Herzégovine⁵⁵⁶. Dans cette affaire, le tribunal a défendu la possibilité d'ajuster le degré de contrôle requis pour imputer aux États les faits de tiers en fonction des circonstances⁵⁵⁷. Plus précisément, le TPIY a reconnu que le test de contrôle effectif était approprié pour imputer

⁵⁵⁰ Commission du droit international, *Rapport de la cinquantième session*, Doc off AG NU, 1998 supp n°10, Doc NU A/50/10, cité dans Abass, « State Responsibility for Genocide », supra note 548 à la p 894.

⁵⁵¹ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, Jugement, [2007], CIJ Rec 43, [*Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro*].

⁵⁵² *Ibid* aux para 395-400.

⁵⁵³ *Ibid* aux pp 395-400.

⁵⁵⁴ *Ibid* au para 401.

⁵⁵⁵ *Ibid* au para 39 (opinion dissidente du Vice-président Al-Khasawneh), cité dans Abass, « State Responsibility for Genocide », supra note 548 à la p 896.

⁵⁵⁶ *Le Procureur c Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt, (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) aux para 70, 96-127.

⁵⁵⁷ « The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control » *ibid* au para 117.

aux États la responsabilité pour les faits commis par un individu⁵⁵⁸. Toutefois, il a déclaré que ce test n'était pas requis pour attribuer aux États la conduite d'un groupe hiérarchisé, car l'appui systématique de la part de l'État et sa participation à l'organisation de certaines de ses opérations militaires permettent de présumer un degré de contrôle suffisant⁵⁵⁹. Une position similaire a été adoptée dans l'affaire *Procureur c. Delalic et consorts* (ci-après affaire *Celebici*) où le tribunal a reconnu le contrôle global sur des groupes relativement autonomes qui partageaient néanmoins une stratégie commune avec l'État⁵⁶⁰. Mais est-ce que le test du contrôle global pose des critères adéquats pour évaluer le contrôle des agents financiers sur la direction générale de la violence d'un groupe armé non étatique ? Cette possibilité doit être rejetée. *Tadic* mentionne expressément que le financement des groupes armés ne constitue pas de lui-même un motif suffisant pour établir le contrôle global étant donné que ce test exige la participation à l'organisation, la coordination ou la planification de certaines opérations militaires menées par ce groupe⁵⁶¹.

Une telle participation n'est pas non plus nécessaire pour démontrer que les activités de financement intégral et actif des groupes armés confèrent à leurs auteurs un contrôle sur la direction générale de la violence de ce groupe. En effet, les agents financiers pourraient déléguer aux commandants du groupe en question la gestion des opérations militaires, pourvu que ces dernières correspondent aux objectifs de guerre de l'agent financier. Qu'arriverait-il, cependant, si les commandants de ces groupes armés décidaient de poursuivre des opérations militaires autonomes ? Est-ce que l'agent financier serait en mesure d'imposer sa volonté au sein du groupe afin de recadrer l'objectif des opérations ? Et sinon, est-ce qu'ils détiennent réellement le contrôle sur la direction générale de la violence ?

On voit ainsi que c'est la capacité à imposer des ordres auprès des groupes armés qui démontre le contrôle des agents financiers sur la direction générale de la violence. Ce contrôle n'exige pas pour autant une participation de la part de ces derniers à l'organisation, la coordination ou la

⁵⁵⁸ *Ibid* aux para 117-119, 141.

⁵⁵⁹ *Ibid* aux para 131 et 137.

⁵⁶⁰ *Le Procureur c Delalic (Affaire Celebici)*, IT-96-21-A, Arrêt, (20 février 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) aux para 1, 47.

⁵⁶¹ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, *supra* note 556 au para 131.

planification des opérations militaires. À ce sujet, la théorie de la participation par contrôle d'organisation criminelle en droit criminel propose des critères utiles pour formuler une interprétation étanche de la notion de participation structurelle aux hostilités⁵⁶². Cette théorie consiste en une réinterprétation de la théorie de la participation à la commission d'un crime par personne interposée dont la définition classique exige le contrôle sur la volonté d'un individu par la contrainte ou l'artifice⁵⁶³. Claus Roxin propose de modifier cette dernière pour rajouter les formes de contrôle sur la volonté des tiers permises par le contrôle d'une structure criminelle organisée⁵⁶⁴. Pour justifier cette réinterprétation, il remarque que les critères de participation classiques seraient mal adaptés pour évaluer la participation des auteurs intellectuels à des crimes à grande échelle, ce qui aurait été reconnu dans l'affaire *Eichmann (Israel)*⁵⁶⁵. Roxin explique que les acteurs qui exercent un contrôle sur des organisations criminelles peuvent instrumentaliser systématiquement la volonté des agents qui travaillent pour cette organisation⁵⁶⁶. Pour cette raison, il considère que la responsabilité pour les actes posés par l'auteur matériel du crime dans le cadre

⁵⁶² L'utilité de cette théorie dans le contexte colombien a été reconnue par la justice transitionnelle de ce pays (Juridicción especial para la paz - JEP) : « [I]t deserves to be mentioned that the Colombian Special Jurisdiction for Peace (SJP) has recognized the Organisationsherrschaft, basically following Claus Roxin, in its first decision on the determination of facts and conducts (determinación de hechos y conductas). In this decision eight leading members of the FARC-EP are charged with the commission of war crimes and crimes against humanity as "indirect co-perpetrators" (coautores mediatos). The accused belonged to the FARC-EP's Secretariat, the leadership organ of the group, and allegedly adopted a policy of large scale hostage taking by way of a collective decision and implemented this policy through the command chain. The Chamber highlights that due to the collective decision making and power-sharing at the command level the most adequate form of participation was the one of indirect co-perpetration » Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume 1*, Oxford, Oxford University Press, 2016, à la p 179.

⁵⁶³ Claus Roxin, « El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata » (2006) 18 *Revista penal* 242, à la p 243; Pour un survol de la question, consultez Ambos, *supra* note 562 aux pp 188-255.

⁵⁶⁴ Roxin, *supra* note 563 aux pp 244-247.

⁵⁶⁵ « But more importantly, with such a vast and complicated crime as the one we are now considering [the final solution], in which many people participated, at different levels of control and by different modes of activity – the planners, the organizers and the executants, according to their rank – there is little point in using the ordinary concepts of counselling and procuring the commission of an offence. For these crimes were mass crimes, not only having regard to the numbers of victims but also in regard to the numbers of those who participated ... and the extent to which any one of the many criminals were close to or remote from the person who actually killed the victims says nothing as to the measure of his responsibility. On the contrary, the degree of responsibility generally increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher levels of command, the 'counsellors', in the language of our law. As regards the victims who did not die but were subjected to living conditions calculated to bring about their death, it is especially difficult to define in technical terms who abetted whom: he who hunted down the victims and deported them to a concentration camp, or he who made them work there » Ambos, *supra* note 562 à la p 175.

⁵⁶⁶ Roxin, *supra* note 563 à la p 144.

des opérations d'une organisation criminelle pourrait être attribuée aux personnes qui détiennent des fonctions exécutives au sein de cette organisation⁵⁶⁷. Selon sa théorie, le critère principal permettant d'attribuer ce type de responsabilité est que l'auteur intellectuel puisse émettre des ordres au sein de l'organisation criminelle⁵⁶⁸.

Si l'on adapte la théorie de participation par contrôle d'organisation criminelle à la notion de participation structurelle aux hostilités, la troisième catégorie de nuisance que nous avons proposée au sens du critère de seuil de naissance pourrait être déclinée de la manière suivante : un agent financier dispose d'un contrôle suffisant sur la direction générale de la violence lorsque ses activités de financement lui confèrent la capacité d'émettre des ordres au sein du groupe armé financé.

Pour récapituler, la privatisation des sources de financement nécessaires à la conduite des hostilités dans les conflits civils implique que certains acteurs civils adoptent des fonctions militaires de nature structurelle au sein des groupes armés non étatiques. Ces agents financiers, que l'on pourrait qualifier de *Chief Financial Officers*, exécutent des fonctions non combattives, mais, à l'instar des personnes en charge de la logistique et l'intelligence, ils exercent des fonctions intrinsèquement militaires. Suivant cette logique, la neutralisation de ces derniers peut être assimilée à une atteinte directe à la chaîne de commandement de l'ennemi. En ce qui concerne, la notion de participation directe aux hostilités, les personnes qui posent de gestes de financement en conformité avec les critères que nous avons présentés perdraient leur immunité aussi longtemps que les gestes posés leur confèrent la capacité de donner des ordres au sein du groupe armé. En effet, comme il s'agit d'une participation structurelle, la dimension temporelle de cette participation ne peut pas être limitée à l'exécution d'actes spécifiques dont la durée peut ne pas dépasser les quelques secondes requises pour procéder à un virement bancaire. Par conséquent, nous adopterons la position de la Cour suprême d'Israël dans *Targetted killings* où cette dernière a déclaré que les moments de repos entre la commission d'actes hostiles ne permettent pas à des acteurs qui participent directement aux hostilités de manière récurrente de retrouver l'immunité dont ils auraient bénéficié suivant une approche restrictive à la temporalité de la PDH⁵⁶⁹. Cette immunité pourrait être rétablie devant des

⁵⁶⁷ *Ibid* aux pp 244-245.

⁵⁶⁸ *Ibid*.

⁵⁶⁹ *Targetted killings*, *supra* note 63 aux para 39-40.

preuves concrètes que l'agent financier aurait cessé ses activités de financement ou que le financement qu'il apporte ne lui confère plus la capacité d'emmètre des ordres au sein des organisations financées. Alternativement, il pourrait être dit que l'exercice continu des fonctions financières au sein d'un groupe armé permet d'attribuer à ces agents un statut fonctionnel de combattant. Cette fonction de combat continue pourrait être attribuée aux personnes dont l'appartenance à un groupe armé non étatique peut être inférée de ses activités de financement, d'une part et d'autre part, de leur capacité à y emmètre des ordres.

Ayant à l'esprit cette conclusion, nous devons examiner maintenant si les instances de financement observées en Colombie pourraient être qualifiées de participations structurelles aux hostilités. À cet égard, il est peu probable que les acteurs civils ayant contracté les services des entrepreneurs de la violence et dont le financement se serait limité à l'exécution d'opérations militaires ponctuelles aient pu imposer des ordres au sein de ces organisations. Un désaccord entre les parties à propos de la direction de la violence se serait vraisemblablement soldé par la rupture du contrat. Cela étant, il n'est pas exclu que dans des conditions de précarité économique, la nécessité puisse contraindre certains groupes armés financés à se soumettre au contrôle structurel des agents financiers, ne serait-ce que momentanément. En revanche, il est fort probable que les agents financiers ayant apporté les ressources nécessaires à la mise sur pied des organisations paramilitaires et ayant assumé le coût des opérations pendant de longues périodes bénéficiaient d'une influence considérable au sein de ces groupes armés financés. Les activités engagées par ces deniers remplissent le test que nous avons formulé et peuvent être considérées comme des instances de participation structurelle aux hostilités.

CONCLUSION

Dans l'étude précédente, nous avons défendu l'argument selon lequel les conflits civils se distinguent des conflits interétatiques sur un nombre de points importants. Ces derniers ont des répercussions sur l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité. Prenant pour objet d'analyse les conditions de suspension de l'immunité des personnes civiles, le premier chapitre de ce mémoire a exposé les motifs pour lesquels la neutralisation des agents financiers pouvait être qualifiée de « nécessaire » selon les termes prescrits par la nécessité militaire. Le deuxième chapitre énumère les arguments pour lesquels les attaques directes contre ces personnes demeurent néanmoins interdites par le droit international humanitaire. Sur la base de ce constat, le troisième chapitre de notre étude examine les circonstances particulières dans lesquelles se déroulent les conflits civils afin de dresser un portrait des arguments qui militent en faveur d'une révision de l'état du droit applicable. À ce sujet, nous avons soutenu que les arguments humanitaires qui justifient l'interdiction des activités de financement du régime d'exception de la PDH ne peuvent pas être invoqués pour justifier l'interdiction des attaques contre les personnes qui financent intégralement des groupes armés privés. Ces instances de participation structurelle aux hostilités, comme nous les avons définies, devraient donc dérober temporairement ses auteurs de l'immunité dont bénéficient les personnes civiles. Enfin, dans le but de préserver la fonction protectrice du droit international humanitaire, nous avons proposé une définition opérationnelle et étanche de cette notion susceptible d'assurer la protection effective des personnes civiles.

Nonobstant le bien-fondé de proposition, celle-ci peut faire l'objet d'une critique irréfutable : elle cherche à exposer des civils à la violence de la guerre plutôt qu'à les protéger davantage. Nous sommes conscients que l'élargissement des conditions de suspension de l'immunité des personnes civiles est une position académique difficilement défendable depuis la perspective de ceux et celles qui croient que le droit international doit être un instrument au service de la dignité humaine et l'émancipation des individus. Quelques précisions doivent donc être apportées à propos de la motivation qui guide notre démarche. Dans un premier lieu, il nous paraît pertinent de rappeler que la fonction protectrice du droit international humanitaire ne peut pas être réalisée si les obligations qu'il propose ne sont pas reconnues comme étant réalistes, claires et équilibrées par les acteurs soumis à sa réglementation. À ce sujet, il nous paraît important de souligner que l'état du droit

international humanitaire contemporain suscite un nombre d'interrogations à l'égard de sa capacité à représenter les intérêts des groupes armés non étatiques⁵⁷⁰. Il est vrai que l'adoption du *PAII* a franchi une étape importante dans l'inclusion des intérêts de ces acteurs dans le DIH⁵⁷¹. Il n'en demeure pas moins que, à bien des égards, la réticence des États à engager une révision en profondeur du régime de droit international humanitaire applicable aux conflits internes⁵⁷² entrave les solutions pouvant être apportées aux revendications des groupes armés non étatiques. Certes, ces revendications ne pourront pas toujours être conciliées. Après tout, le DIH est un compromis entre des intérêts contradictoires dans lequel certaines perspectives ne pourront pas cohabiter. Toutefois, nous estimons que sur le long terme, la visibilité de ces revendications contribue au développement d'un droit international humanitaire sur une voie plus inclusive et plus apte à être respectée.

Accessoirement, l'objet de notre étude était largement motivé par la conviction selon laquelle les biais intériorisés au sein des institutions qui décident du DIH pouvaient déconsidérer les intérêts dans la guerre des groupes armés subversifs. Comme mentionné antérieurement, notre analyse est guidée par la prémisse selon laquelle le droit international humanitaire repose sur une dynamique sociale, celle que la théorie de l'indétermination de Marti Koskeniemi attribue à la perception du « centre » argumentatif. À ce sujet, au cours de notre recherche, nous avons repéré l'existence d'un déséquilibre entre les pressions sociales qui sous-tend ce processus évolutif du droit international humanitaire. D'une part, nous avons rapporté d'une minorité d'auteurs et d'autrices qui défendent des interprétations permissives des règles de droit applicables. Ces dernières, bien que minoritaires, font valoir la position selon laquelle le droit doit être un instrument flexible, susceptible de correspondre aux exigences changeantes de la guerre. Or, nous avons constaté que cette position reflète systématiquement les intérêts dans la guerre des États, car ceux et celles qui la défendent

⁵⁷⁰ René Provost, « The move to substantive equality in international humanitarian law: A rejoinder to Marco Sassoli and Yuval Shany » (2011) 93:882 *Int Rev Red Cross International Review of the Red Cross* 439-442, aux pp 438-440; Voir également René Provost, « Asymmetrical Reciprocity and Compliance with the Laws of War » dans Benjamin Perrin, dir, *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, Vancouver, UBC Press, 2012.

⁵⁷¹ Par exemple, le protocole reconnaît les difficultés rencontrées par les groupes armés non-étatiques au regard de l'obligation de se distinguer de la population civile par des uniformes ou en portant ouvertement les armes *Protocole II, supra* note 2, art 1.

⁵⁷² Keith Suter, *An international law of guerrilla warfare: the global politics of law-making*, London, F. Pinter, 1984, à la p 114.

sont généralement proches des établissements militaires étatiques. Ainsi, à de nombreuses reprises, nous avons été confrontés à l'argument selon lequel le fait que des groupes subversifs opèrent derrière la clandestinité de la population civile permettrait de nuancer le caractère disproportionnel des attaques contre des cibles présentes dans des milieux urbains⁵⁷³. Similairement, nous avons remarqué que depuis les bombardements contre les ressources pétrolières du groupe armé DAESH, il y a eu un regain d'intérêt dans les milieux académiques à l'égard de la position selon laquelle certains objectifs économiques devraient être considérés comme étant des cibles légitimes au sens de l'article 52 du *PAI*⁵⁷⁴.

D'autre part, nous avons rarement rencontré des auteurs ou des autrices défendant une position apologétique dans le but de faire valoir les intérêts dans la guerre des groupes armés insurgés. En particulier, à notre connaissance, peu a été dit à propos des répercussions juridiques de l'observation selon laquelle les personnes appartenant aux classes possédantes opèrent derrière la clandestinité du capital. Il s'en suit que l'évolution de la guerre contemporaine ne cesse d'alimenter des réflexions apologétiques autour de l'équilibre entre les principes de nécessité militaire et d'humanité, mais cette évolution tend à bénéficier des intérêts étatiques et à déconsidérer ceux des acteurs subversifs.

C'est donc cette perception d'une inégalité interprétative au sein du DIH qui nous a motivés à engager une démonstration apologétique en faveur des intérêts d'un groupe armé comme les FARC. Ainsi, lorsque nous avons entrepris la défense d'un élargissement contrôlé des conditions de la suspension de l'immunité des personnes civiles, notre objectif n'était pas simplement d'inclure les revendications du groupe armé FARC dans le droit international humanitaire. Il s'agissait de redresser un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties à des conflits armés non étatiques au nom d'une interprétation plus réaliste, et aussi plus juste, du droit international humanitaire. En effet, nous estimons que le respect du DIH par ces acteurs pourrait bénéficier de la prise en considération de leurs revendications légitimes. En d'autres termes, notre objectif était de contribuer à ce que les perceptions du « centre » en droit international humanitaire ne soient pas

⁵⁷³ Voir par exemple Mark Maxwell, « Rebutting the Civilian Presumption: Playing Whack-a-Mole Without a Mallet? » dans Claire Finkelstein, Jens David Ohlin & Andrew Altman, dir, *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, 2012.

⁵⁷⁴ Goodman, « Targeting “War-Sustaining” Objects », *supra* note 404 à la p 682.

uniquement influencées par une perspective « répressive », mais qu'elles puissent considérer les arguments proposés depuis une perspective « insurgée ».

Ayant à l'esprit cet objectif, nous avons abordé l'idéologie marxiste du groupe armé FARC comme un atout interprétatif pour le DIH et non pas comme un obstacle au respect de ce droit. Cette approche nous a permis d'identifier une lacune importante dans les interprétations dominantes de la notion de participation directe aux hostilités. Elle nous invite également à considérer la possibilité selon laquelle le droit international humanitaire peut, à certains égards, refléter une interprétation bourgeoise des lois de la guerre qui serait aveugle aux privilèges dont bénéficient les classes dominantes. En l'occurrence, nous avons démontré que les biais institutionnels qui participent à la consolidation des règles de DIH confèrent des privilèges aux acteurs qui détiennent le capital et des fardeaux supplémentaires à ceux qui ne le détiennent pas. En guise de conclusion à notre étude, la problématique à laquelle nous venons de référer peut être illustrée en examinant la définition des civils dans le DIH à la lumière de la conception rousseauiste de la civilité qui sous-tend le contrat social. Ce dernier conçoit que les personnes vivant dans l'état civil participent à une société fraternelle où la volonté individuelle est soumise à la recherche du bien commun⁵⁷⁵. Il explique, néanmoins, que dans un état social corrompu la misère humaine est soutenue par les règles du vivre ensemble, de sorte que les individus prétendent être des citoyens honorables, mais participent, dans les faits, à l'exploitation de leurs concitoyens⁵⁷⁶. De cette manière, il pourrait être dit que les interprétations dominantes du droit international humanitaire évoquent l'image des civils vertueux pour esquisser les contours de la distinction. Toutefois, les critères qu'elles proposent pour les reconnaître ne permettent pas de les distinguer des personnes qui utilisent les règles du vivre ensemble pour dissocier de la violence de la guerre alors que, dans les faits, elles participent activement à la répression militaire de leurs concitoyens.

⁵⁷⁵ Rousseau et al, *supra* note 154.

⁵⁷⁶ Rousseau, Bachofen & Bernardi, *supra* note 159.

BIBLIOGRAPHIE

INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 973 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention (II) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899.

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

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

Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, La Haye, 18 octobre 1907.

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, Annuaire de l'Institut de Droit international, Vol 1 (1868), aux pp 306-307.

Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978).

Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 août 1977, 1125 RTNU 609 (entrée en vigueur : 7 décembre 1979).

JURISPRUDENCE

Cour internationale de justice

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique), Jugement, [1986] CIJ Rec 14.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro), Jugement, [2007] CIJ Rec 43.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, [2004] CIJ rec 246.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 226.

Cour pénale internationale

Situation en République démocratique du Congo Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-2842, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (14 mars 2012) (Cour pénale internationale, Chambre de première instance I).

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Le Procureur c Delalic (Affaire Celebici), IT-96-21-A, Arrêt, (20 février 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Le Procureur c Dusko Tadic, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Le Procureur c Dusko Tadic, No IT-94-1 Jugement (7 mai 1997) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

Le Procureur c Dusko Tadic, IT-94-1-A Arrêt (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c Naser Orić, n° IT-03-68-T Jugement (30 juin 2006) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II).

Le Procureur c Pavle Strugar, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de la disjonction IT-01-42-AR72 (22 novembre 2002) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Autres juridictions internationales

Royaume Uni c Eck et al (affaire Peleus), 1945 I LRTWC.

Ryuichi Shimoda et al v The State, International Law Reports, Vol 32 (1966).

United States v List (Otages), 1950 11 Trials Of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, No 10 757.

Juridictions nationales

Colombie, Sentencia de Justifica y Paz, Caso Hebert Veloza Garcia, Tribunal Superior De Bogotá, Sala de justicia y Paz (2013).

Colombie, Sentencia no 00451, Conseil d'État (2018).

Israël, Beit Sourik Village Council v Gov't of Israel, HCJ 2056/04 (2004) Cour Supreme d'Israel.

Israël, Izat Muhamed Mustafa Dweikat et al v The Gov't of Israel (Elon Moreh), HCJ 390/79 I (1979) Cour suprême d'Israel.

Israël, The Public Committee against Torture in Israel et al c The Government of Israel et al, HCJ 769/02 (2006) Cour suprême d'Israel.

DOCTRINE

Monographies

Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law, Volume 1*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Arendt, Hannah, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 2002.

Arnson, Cynthia & I William Zartman, *Rethinking the economics of war: the intersection of need, creed, and greed*, Washington, D.C.; Baltimore, Woodrow Wilson Center Press ; Johns Hopkins University Press, 2005.

Ayala Osorio, German, *Paramilitarismo en Colombia: mas alla de un fenomeno de violencia politica*, Cali, Universidad Autonoma de Occidente, 2011.

Bachand, Rémi, *Les théories critiques de droit international aux États-Unis et dans le monde anglophone*, Paris, Éditions Pedone, 2015.

Ballentine, Karen, Jake Sherman, & International Peace Academy, *The Political economy of armed conflict: beyond greed and grievance*, Boulder, Co., Lynne Rienner Publishers, 2003.

Barrow, Clyde W, *Critical Theories of the State: Marxist, Neo-Marxist, Post-Marxist*, Madison, University of Wisconsin Press, 1993.

Blin, Arnaud, *1648, la paix de Westphalie: ou La naissance de l'Europe politique moderne*, Bruxelles, Complexe, 2006.

Bothe, Michael et al, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Bouthoul, Gaston, *Traite de polemologie; sociologie des guerre*, Paris, Payot, 1970.

Comité international de la Croix-Rouge, *Contenir la violence dans la guerre: les sources d'influence chez le combattant*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2018.

Commission des crimes de guerre des Nations unies, *Law reports of trials of war criminals*, New York, H. Fertig, 1992.

Crawford, Emily, *Identifying the enemy: civilian participation in armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Domhoff, G William, *The powers that be: processes of ruling-class domination in America*, New York, Vintage Books, 1979.

Dworkin, Ronald & Will Kymlicka, « What is equality? Part 2: Equality of resources. » dans *Justice in Political Philosophy: Mainstream theories of justice*, Elgar, 1992.

Gayer, Laurent, *Karachi: ordered disorder and the struggle for the city*, 2014.

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, dir, *Rules of engagement: protecting civilians through dialogue with armed non-state actors*, Geneva, Geneva Acad. of International Humanitarian Law and Human Rights, 2011.

Geoffrey Best, *War and Law since 1945*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

Gerstenberger, Heide, *Impersonal Power: History and Theory of the Bourgeois State*, Leiden, Brill, 2007.

Gramsci, Antonio, Geoffrey Nowell-Smith & Quintin Hoare, *Selections from Prison Notebooks*, London, Lawrence & Wishart, 1971.

Greenwood, Christopher, « Jus ad bellum and Jus in bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion » dans Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands, dir, *International law, the international Court of justice and nuclear weapons*, Cambridge, Cambridge university press, 1999 247.

Grotius, Hugo & Francis W Kelsey, *The law of war and peace*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1925.

Gutiérrez Sanín, Francisco, *El orangután con sacoleva cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 2015.

Gutiérrez-Sanín, Francisco & Jenniffer Vargas Reina, *El despojo paramilitar: quiénes, cómo y por qué*, 2016.

Henckaerts, Jean-Marie & Louise Doswald-Beck, *Customary international humanitarian law, Volume 1, Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Henckaerts, Jean-Marie, Louise Doswald-Beck & Carolin Alvermann, *Customary international humanitarian law. :Volume II : Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Henry, Etienne et al, *Le principe de nécessité militaire: histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, 2017.

- Hibou, Béatrice, *La privatisation des États*, Paris, Karthala, 1999.
- Hobbes, Thomas, *Les éléments de la politique*, Paris, 1660.
- , *Leviathan*, 2018.
- Jaurès, Jean & Albert Soboul, *Histoire socialiste de la Révolution française*, Paris, Éditions sociales, 1968.
- Jessop, Bob, *The capitalist state: Marxist theories and methods*, Oxford, Blackwell, 1984.
- Kaldor, Mary, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, 3rd ed éd, Oxford, Wiley, 2013.
- Keith, Robert G, *Haciendas and plantations in Latin American history*, New York, Holmes & Meier, 1977.
- Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication: (fin de siècle)*, Cambridge; London, Harvard University Press, 1998.
- Kolb, Robert, « The main epochs of modern international humanitarian law since 1864 and their related dominant legal constructions » dans Camilla Guldahl Cooper, Gro Nystuen & Kjetil Mujezinović Larsen, dir, *Searching for a « Principle of Humanity » in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Reissue with a new Epilogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Kouchakpour, Shakiba, *Regulating Law or Being Regulated by the Law? An Analysis of Private Military Security Companies under the Regime of International Humanitarian Law 2013*) [non publiée].
- Locke John, *Letter Concerning Toleration*, Charles River Editors, 2018.
- Locke, John, *The second treatise of government*, Indianapolis, Ind., Bobbs-Merrill, 1983.
- López Hernández, Claudia Nayibe, Ariel Fernando Ávila Martínez, & Corporación Nuevo Arco Iris, *Y refundaron la patria--: de cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el estado colombiano*, Bogotá, D.C., Debate, 2010.
- Machiavel, *Le prince*, Paris, Nathan, 2009.
- Mack, Michelle, *Increasing respect for international humanitarian law in non-international armed conflicts*, Geneva, Comité International de la Croix-Rouge, 2008.
- Marx, Karl et al, *Critique of Hegel's « Philosophy of right »*, 2009.
- , *Manifeste du Parti communiste*, Bruxelles, Aden, 2011.

- Marx, Karl & Friedrich Engels, *Capital*, London, Lawrence & Wishart, 2014.
- Marx, Karl & Ben Fowkes, *Capital: a critique of political economy*, Harmondsworth, England, Penguin Books in association with New Left Review, 1976.
- Marx, Karl Heinrich, 1818-1883 & Friedrich Engels, *Karl Marx, Frederick Engels: Collected Works, vol. 3, Marx and Engels: 1843-1844*, New York, International Publishers, 2005.
- Maxwell, Mark, « Rebutting the Civilian Presumption: Playing Whack-a-Mole Without a Mallet? » dans Claire Finkelstein, Jens David Ohlin & Andrew Altman, dir, *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Medina Gallego, Carlos, *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia: origen, desarrollo y consolidación : el caso Puerto Boyacá*, Bogotá, Editorial Documentos Periodísticos, 1990.
- Medina Gallego, Carlos & Francisco Toloza, *FARC-EP Temas y problemas nacionales 1958-2008*, Bogota, Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- Melzer, Nils, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 2010.
- Molony Spaight, James, *Air power and war rights*, London, Longmans, Green, 1924.
- Neff, Stephen C, *War and the law of nations: a general history*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Otero Moreno, Hector Alfonso, *Paramilitares: la modernidad que nos tocó : interpretación histórica del fenómeno paramilitar desde la perspectiva de la modernidad*, Bogotá, s.n., 2008.
- Palou Loverdos, Jordi & Leticia Armendáriz, *The privatization of warfare, violence and private military & security companies: a factual and legal approach to human rights abuses by PMSC in Iraq*, 2011.
- Perrin, Benjamin, *Modern warfare: armed groups, private militaries, humanitarian organizations, and the law*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2012.
- Pictet, Jean, *Developpement et principes du droit international humanitaire: cours donné en juillet 1982 à l'Université de Strasbourg dans le cadre de la Session d'enseignement organisée par l'Institut International des Droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1985.
- Pilloud, Claude et al, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Leiden, Brill Nijhoff, 1986.
- Pilloud, Claude, Jean Pictet & Yves Sandoz, *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1987.

- Provost, René, « Asymmetrical Reciprocity and Compliance with the Laws of War » dans Benjamin Perrin, dir, *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, Vancouver, UBC Press, 2012.
- Polanyi, Karl, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, Boston, MA, Beacon Press, 2001.
- Poulantzas, Nicos, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1978.
- , *Pouvoir politique et classes sociales de l'État capitaliste*, Paris, F. Maspero, 1982.
- Rawls, John, *A theory of justice: revised edition*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- Risley, John Schuckburgh, *The law of war*, London, A.D. Innes, 1897.
- Romero Vidal, Mauricio, *La economía de los paramilitares redes de corrupción, negocios y política*, Bogotá, D.C., Debate, 2011.
- Romero Vidal, Mauricio, Leon Valencia Agudelo & Leonardo A Archila Ruiz, *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogotá, Intermedio, 2007.
- Rousseau, Jean-Jacques et al, *Collection complète des oeuvres de J.J. Rousseau, citoyen de Genève*, 2012.
- , *Du Contrat social, ou Principes du droit politique, par J.-J. Rousseau*, Paris, A. Hiard, 1836.
- Rousseau, Jean-Jacques, Blaise Bachofen & Bruno Bernardi, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF 1379, Paris, Flammarion, 2008.
- Rousseau, Jean-Jacques, « Que l'état de guerre naît de l'état social » dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1959.
- Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.
- Sartre, Jean-Paul, *Le diable et le bon dieu*, Paris, Gallimard, 2002.
- Sassòli, Marco, Antoine A Bouvier & Anne Quintin, *Un droit dans la guerre? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 2012.
- Strauss, Leo, « Machiavel » dans Leo Strauss & Joseph Cropsey, dir, *Histoire de la philosophie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.
- Suter, Keith, *An international law of guerrilla warfare: the global politics of law-making*, London, F. Pinter, 1984.

Tilly, Charles, « War Making and State Making as Organized Crime » dans *Bringing the state back in*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Vattel, Emer de, *Le droit des gens: ou, Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*, 1758.

Vattel, Emer de, Joseph Chitty & Edward D Ingraham, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns, With additional notes and references*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson, 1852.

Watkin, Kenneth, « Coalition Operations: A Canadian Perspective » dans *International law and military operations*, Newport, Naval War College, 2008.

Weber, Max, *Economy and society 1. 1*, Berkeley, Univ. of California Pr., 1978.

———, *Le savant et le politique : une nouvelle traduction : la profession et la vocation de savant, la profession et la vocation de politique*, Paris, La découverte, 2003.

Wheaton, Henry & George Grafton Wilson, *Elements of international law*, Oxford, Clarendon, 1936.

Wood, Reed, « Understanding strategic motives for violence against civilians during civil conflict » dans Heike Krieger, dir, *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 13.

Zelik, Raul, *Paramilitarismo violencia y transformacion social politica y economica en Colombia*, Bogota, Siglo del Hombre Editores, 2015.

Zizek, Slavoj, *Violence: Six Sideways Reflections*, London, Profile Books, 2010.

Zuckert, Michael P, *The natural rights republic: studies in the foundation of the American political tradition*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1996.

Articles

Abass, Ademola, « Proving State Responsibility for Genocide: the ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur » (2008) 31:4 Fordham International Law Journal 871.

Arneson, Richard J, « Just warfare theory and noncombatant immunity » (2006) 393 Cornell Int Law J 663-688.

Baczko, Adam, « Juger en situation de guerre civile Les cours de justice Taleban en Afghanistan (2001-2013) » (2013) 104:4 Politix 25.

Bangerter, Olivier, « Reasons why armed groups choose to respect international humanitarian law or not » (2011) 93:882 *International review of the Red Cross* 353.

Bassiouni, Mahmoud Cherif, « The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors » (2008) 98:3 *J Crim L & Criminology* 711.

Bellal, Annyssa & Stuart Casey-Maslen, « Enhancing Compliance with International Law by Armed Non-State Actors » (2011) 3:1 *Goettingen Journal of International Law* 175-197.

Ben-Naftali, Orna, « “We Must Not Make a Scarecrow of the Law”: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings » (2003) 36:2 *Cornell international law journal* 233.

Bernard, Vincent, « EDITORIAL » (2011) 93:882 *International review of the Red Cross* 261-267.

Bosch, Shannon, « The International Humanitarian Law Notion of Direct Participation in Hostilities – A Review of The ICRC Interpretive Guide and Subsequent Debate » (2014) 17:3 *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad* 999-1046.

Camins, Emily, « The past as prologue: the development of the ‘direct participation’ exception to civilian immunity » (2008) 90:872 *International review of the Red Cross* 853-881.

Cannizzaro, Enzo, « Contextualizing Proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War » (2006) 88:864 *International review of the Red Cross* 779-792.

Carnahan, Burrus M, « Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity » (1998) 92:2 *American Journal of International Law* 213-231.

———, « Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol: A Preliminary Inquiry » (1976) 18 *The Air Force Law Review*, 32.

Dinstein, Yoram, « Legitimate Military Objective Under The Current Jus in Bello » (2002) 78:1 *International Law Studies* 139.

Escorihuela, Alejandro Lorite, « Humanitarian law and human rights law: the politics of distinction. » (2011) 19:2 *Michigan State International Law Review* 299.

Feldmann, Andreas & Victor Hinojosa, « Terrorism in Colombia: Logic and Sources of a Multidimensional and Ubiquitous Phenomenon » (2009) 21 *Terror Political Violence* 42-61.

Fleck, Dieter, « Strategic bombing and the definition of military objectives » (1997) 27 *Israel yearbook on human rights* 41-64.

Goldman, Emily O & Leo J Blanken, « The Economic Foundations of Military Power » dans *Guns and Butter : the Political Economy of International Security*, Boulder, Co., Rienner, 2005 35.

Goodman, Ryan, « The Obama Administration and Targeting “War-Sustaining” Objects in Noninternational Armed Conflict » (2016) 110:4 *American Journal of International Law* 663-679.

Grajales, Jacobo, « Privatization and fragmentation of violence in Colombia » (2017) 67:2 *Revue française de science politique* 329-348.

Gutierrez Sanin, Francisco, « Propiedad, seguridad y despojo: el caso paramilitar » (2014) 16:1 *Estudios Socio-Juridicos* 43-74.

———, « Una relacion especial: privatizacion de la seguridad, elites vulnerables y sistema politico colombiano (1982-2002) » (2012) 14:1 *Estudios Socio-Juridicos* 97-134.

Gutiérrez-Sanín, Francisco & Jenniffer Vargas, « Agrarian elite participation in Colombia’s civil war » (2017) 17:4 *J Agrar Chang* 739-748.

Hayashi, Nubuo, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law » (2010) 28:1 *Boston Univ Int Law J* 39-140.

Hays Parks, W, « Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives » dans Wolff Heintschel von Heinegg & Volker Epping, dir, *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2007 65.

Jensen, Eric Talbot, « Direct Participation in Hostilities: A Concept Broad Enough for Today’s Targeting Decisions » dans William C Banks, dir, *New Battlefields/Old Laws*, Critical Debates on Asymmetric Warfare, Columbia University Press, 2011 85.

Jochnick, Chris & Roger Normand, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War » (1994) 35 *Harv Int’l L J* 49.

Kempf, Olivier, « La guerre et l’État » (2014) 105:1 *Strategie* 191-203.

Kleffner, Jann K, « From ‘Belligerents’ to ‘Fighters’ and Civilians Directly Participating in Hostilities — On the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years After the Second Hague Peace Conference » (2007) 54:2 *Neth Int Law Rev* 315-336.

Koskenniemi, Martti, « The politics of international law » (1990) 1 *European Journal of International Law* 4.

———, « The Politics of International Law: 20 Years Later » (2009) 20:1 *European Journal of International Law* 7-19.

Kretzmer, David, « The advisory opinion: the light treatment of international humanitarian law » (2005) 991 *American journal of international law* 88-102.

Mandel, Michael, « Marxism and the Rule of Law » (1986) 35 *University of New-Brunswick Law Journal* 7-34.

Marquis Bissonnette, Camille, « The Definition of Civilians in Non-International Armed Conflicts: The Perspective of Armed Groups » (2016) 7 Journal of International Humanitarian Legal Studies 129-155.

Matheson, Michael J, « The opinions of the International Court of Justice on the threat or use of nuclear weapons » (1997) American journal of international law 91(3) July 1997 : 417-435.

Melzer, Nils, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities » (2009) 42 NYU J Int'l L & Pol 831.

Meyrowitz, Henri, « The principle of superfluous injury or unnecessary suffering: from the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977 » (1994) 34:299 Revue internationale de la Croix-Rouge 98-122.

Mueller, John, « The Banality of “Ethnic War” » (2002) 25 Int Secur 42.

Orakhelashvili, Alexander, « Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction » (2006) 11:1 Journal of Conflict and Security Law 119-139.

Peña Jaramillo, Daniel Garcia, « La Relación del Estado Colombiano con el Fenómeno Paramilitar: por el Esclarecimiento Histórico » (2005) 53 Análisis Político 58-76.

Pertile, Marco, « “Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory”: a missed opportunity for international humanitarian law? » (2005) 14 Italian yearbook of international law 121-161.

Provost, René, « The move to substantive equality in international humanitarian law: A rejoinder to Marco Sassoli and Yuval Shany » (2011) 93:882 Int Rev Red Cross International Review of the Red Cross 439-442.

Robertson, Horace, « The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict » (1997) 8 United States Air Force Academy Journal of Legal Studies 35-70.

Roxin, Claus, « El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata » (2006) 18 Revista penal 242.

Ryngaert, Cedric & Anneleen Van de Meulebroucke, « Enhancing and Enforcing Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Armed Groups: an Inquiry into some Mechanisms » (2011) 16:3 JCSL 443-472.

Sassòli, Marco & Yuval Shany, « DEBATE: Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal? » (2011) 93:882 RICR 425-442.

Schmitt, Michael N, « Deconstructing Direct Participation in Hostilities: the Constitutive Elements » (2010) 42:3 New York University journal of international law and politics 697-739.

———, « Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees » (2005) 5:2 Chicago journal of international law 511-546.

———, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance » (2010) 50:4 Va J Int Law 795-839.

Stigall, Dan E, « The Thickest Grey: Assessing the Status of the Civilian Response Corps Under the Law of International Armed Conflict and the U.S. Approach to Targeting Civilians » (2010) 25:5 The American University international law review 885-914.

Ticehurst, Rupert, « La clause de Martens et le droit des conflits armés » (1997) 79:824 International Review of the Red Cross 133-142.

Toorn, Damien van der, « “Direct Participation in Hostilities”: A Legal and Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross’s Guidance through Afghanistan » (2010) 17 Australian International Law Journal 7-28.

Velásquez Rivera, Edgar de Jesús, « Historia del paramilitarismo en Colombia » (2007) 26 História 134-153.

Vestner, Tobias, « Targeting Private Military and Security Companies » (2018) 57 Mil L & L War Rev 251.

Watkin, Kenneth, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretive Guidance » (2010) 42:3 New York University journal of international law and politics 641-695.

Wenger, Andreas & Simon J A Mason, « La « civilianisation » des conflits armés : tendances et conséquences » (2008) 90:872 RICR 835-852.

Wennmann, Achim, « Economic dimensions of armed groups: profiling the financing, costs, and agendas and their implications for mediated engagements » (2011) 93:882 Revue internationale de la Croix-Rouge 333.

AUTRES DOCUMENTS

Documents d’organisations internationales

Bothe, Michael, *Direct participation in hostilities in non-international armed conflict*, Expert paper, par Michael Bothe, Expert paper Second expert meeting, La Haye, Comité international de la Croix-Rouge, 2004.

Commission du droit international, *Rapport de la cinquante-sixième session*, Doc off AG NU, 2001, supp n°10, Doc NU A/56/10.

———, *Rapport de la cinquantième session*, Doc off AG NU, 1998 supp n°10, Doc NU A/50/10.

Comité international de la Croix-Rouge, *Engager un dialogue avec les groupes armés non étatiques*, Comité International de la Croix-Rouge, 2021.

———, *How is the Term « Armed Conflict » Defined in International Humanitarian Law?*, 2008.

———, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, par Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2005.

Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Rapport du Bureau du Procureur (2003) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Bureau du Procureur)

Reports of International Arbitral Awards, Vol VI, Reports of International Arbitral Awards, United Nations, 2022.

Résolution XXVIII de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, XXe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, Vienne, 1965.

Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie (1999), Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.102.

Autres documents internationaux

Manuel des lois de la guerre sur terre, Oxford, 9 septembre 1880.

Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 1874.

Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne, Commission des Juristes chargée d'étudier et de faire rapport sur la révision des lois de la guerre, La Haye, 1922.

Rapports

Centro Nacional de Memoria Histórica, *Guerrilla y población civil trayectoria de las Farc 1949-2013*, Bogota, Imprenta Nacional de Colombia, 2014.

Heffes, Ezequien & Annyssa Bellal, *Case Study: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia—Ejército del Pueblo (Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army, FARC-EP)*, par Ezequien Heffes & Annyssa Bellal, *From Words to Deeds: A Research Study of Armed Non-State Actors' Practice and Interpretation of International Humanitarian and Human Rights Norms*, Genève, Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2021.

Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign - The Crisis in Kosovo*, par Human Rights Watch, New York, 2000.

Human Rights Watch, *War Without Quarter: Colombia and International Humanitarian Law*, par Human Rights Watch, New York, 1998.

Mancini-Griffoli, Deborah & Hugo Slim, *Interpreting Violence: Anti-civilian Thinking and Practice and How to Argue Against it More Effectively*, par Deborah Mancini-Griffoli & Hugo Slim, Genève, Center for Humanitarian Dialogue, 2007.

Sassòli, Marco, *Legitimate Targets of Attacks Under International Humanitarian Law*, par Marco Sassòli, Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, 2003.

Norsell et al, *War Fighting Capabilities and Military-Technology Interaction*, par Norsell et al, ResearchGate, Swedish National Defense College, 2010.

Documentation nationale

Colombie Presidencia de la Republica Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Paz integral y diálogo útil*, Bogotá, Oficina del Alto comisionado para la Paz, 1996.

États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *Dictionary of military and associated terms*, Washington, D.C., Joint Chiefs of Staff, 2002.

———, Département de la défense, *Law of war manual*, 2015.

———, Département de la défense, *The commander's handbook on the law of naval operations*, 2007.

———, Département de l'État, « Report of the US Agent » dans *Papers relating to the treaty of Washington*, 2005.

———, Présidence, Instructions pour les armées en campagne, *Gen. Order No. 100*, 1863.

Journaux et périodiques

El Tiempo, « Confesiones de las Farc arrancan por El Nogal », *El Tiempo* (13 février 2018), en ligne: <<https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/farc-confiesan-por-que-atacaron-el-club-el-nogal-182314>>.

Espectador, El, « “El atentado a El Nogal fue la mayor equivocación de las Farc”: Lozada », (3 février 2018), en ligne: <<https://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/el-atentado-a-el-nogal-fue-la-mayor-equivocacion-de-las-farc-lozada-article/>>.

Infobae, « En lo corrido de 2021 fueron asesinados 130 líderes sociales: Defensoría del Pueblo », (9 décembre 2021), en ligne: <<https://www.infobae.com/america/colombia/2021/12/09/en-lo-corrido-de-2021-fueron-asesinados-130-lideres-sociales-defensoria-del-pueblo/>>.

The New York Times, « Rights Group Says NATO Bombing in Yugoslavia Violated Law », (8 juin 2000), en ligne: <<https://www.nytimes.com/2000/06/08/world/rights-group-says-nato-bombing-in-yugoslavia-violated-law.html>>.

Sites internet

Dictionnaire de français Larousse, « Hacienda », (05 mai 2002), en ligne: *Larousse* <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hacienda/38811>>.

Their Words, « Beligerancia », (2 février 2022), en ligne: *Their Words* <http://theirwords.org/media/transfer/doc/1_co_farc_ep_2000_10-7b8e3621ef7e288f638a8b47107c3937.pdf>.

Verdad Abierta, « La desmovilización: el proceso de paz (2003-2006) », (11 février 2008), en ligne: *VerdadAbierta.com* <<https://verdadabierta.com/periodo4/>>.