

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

CRITIQUE DES MÉTHODES DE QUALIFICATION JURIDIQUE DES CONFLITS  
ARMÉS TRANSNATIONAUX

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

BENJAMIN BARRETTE

JANVIER 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.10-2015). 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

Il y a plusieurs personnes à remercier pour la réalisation de ce mémoire. Je dois avant tout souligner ma profonde et sincère reconnaissance à mon directeur de recherche, le professeur Alejandro Lorite, pour ses précieux conseils et ses nombreux encouragements. Le travail n'aurait jamais pu être complété sans son implication et son support intellectuel. Je lui suis infiniment redevable.

Je tiens à remercier également les professeurs Rémi Bachand, Djemila Carron et Bernard Duhaime pour avoir accepté d'évaluer et de commenter mon mémoire. Leurs réponses à mes interrogations, leurs commentaires et leurs propositions ont certainement influencé l'orientation de la recherche.

Un immense merci à ma famille et mes proches pour leur soutien moral indéfectible et leurs encouragements constants. Merci particulièrement à Mathilde qui m'a supporté tout au long de la rédaction, elle qui a vu le développement du mémoire depuis le tout début. Sans vous, je n'aurais pu trouver l'énergie ni la motivation pour accomplir ce que je considère être ma plus grande réalisation.

## RÉSUMÉ

Le présent mémoire a pour objectif d'analyser les multiples façons de déterminer le droit applicable dans les conflits armés transnationaux. En droit international humanitaire, on retrouve deux régimes normatifs différents : le premier encadre les conflits armés internationaux, et l'autre, les conflits armés non internationaux. Il n'existe pas de cadre normatif pour les conflits armés transnationaux. La question qui oriente l'ensemble du travail de recherche est donc de savoir lequel de ces deux régimes juridiques encadre les conflits transnationaux ? Comme ce sont les articles 2 et 3 des Conventions de Genève qui définissent chacun des conflits, leurs interprétations constituent un véritable débat doctrinal. Ici, nous soulevons deux types d'interprétation de ces articles : l'interprétation territoriale et l'interprétation identitaire. La première, interprète les articles 2 et 3 de manière à considérer les conflits transnationaux comme impliquant le droit des conflits armés internationaux. La deuxième, quant à elle, est développée de telle sorte que c'est le droit des conflits armés non internationaux qui s'applique. Dans ce mémoire, nous présentons une critique de l'interprétation identitaire en utilisant la méthodologie de certaines approches critiques en droit international. Nous proposons par la suite une alternative à ces deux méthodes de qualification des conflits transnationaux. À travers cet objectif central, nous soulevons plusieurs enjeux liés aux différentes approches interprétatives des Conventions de Genève.

Mots-clés : droit international humanitaire, conflits armés transnationaux, *Jus ad bellum*, *Jus in bello*, Convention de Genève

## TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ .....	iii
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES .....	vi
INTRODUCTION .....	1
CHAPITRE I: LA STRUCTURE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ....	7
1.1. Rapprochement entre le droit des CANI et le droit des CAI .....	8
1.1.1. Principe de distinction.....	9
1.1.2. Principe de proportionnalité.....	11
1.1.3. Principe de précaution.....	14
1.2. Différence entre le droit des CANI et le droit des CAI.....	16
1.2.1. Champ d'application du droit des CANI et des CAI .....	17
1.2.2. Privilège de belligérance.....	23
1.2.3. Droit pénal international .....	30
CHAPITRE II: QUALIFICATION DES CONFLITS TRANSNATIONAUX .....	35
2.1. Consentement et <i>Jus ad bellum</i> comme méthodes de qualification des CAT .....	37
2.2. Interprétation territoriale des articles 2 et 3 des Conventions de Genève.....	43
2.2.1. Analyse littérale.....	45
2.2.2. Analyse contextuelle.....	51
2.3. Interprétation identitaire des articles 2 et 3 des Conventions de Genève.....	55
2.3.1. Analyse littérale.....	55
2.3.2. Analyse contextuelle.....	62
2.4. Analyse du conflit armé au Yémen .....	66

CHAPITRE III: INDÉTERMINATION ET INTERPRÉTATION DES NORMES .....	73
3.1. Théories de l'indétermination des normes .....	75
3.1.1. Approche positiviste classique .....	75
3.1.2. <i>Critical Legal Studies</i> et <i>New Approach of International Law</i> .....	78
3.2. Critique interne.....	82
3.2.1. Conception de l'État et application du DIH .....	82
3.2.1.1. Critère territorial .....	84
3.2.1.2. Critère de population.....	86
3.2.1.3. Critère gouvernemental comme seul élément constitutif de l'État ? .....	88
3.2.2. <i>Animus belligerendi</i> et l'intention des Parties .....	90
3.3. Critique externe .....	97
3.3.1. Rôle de l'interprète .....	97
3.3.2. Conséquences externes de l'interprétation identitaire .....	101
3.3.2.1. Droit international des droits humains .....	101
3.3.2.2. Notion de ciblage et statut des combattants .....	102
3.3.2.3. Cour pénale internationale .....	104
3.3.2.4. Encadrement des méthodes et moyens de guerre. ....	105
3.4. Proposition d'une méthode d'interprétation territoriale stricte .....	107
3.4.1. Relation entre le <i>Jus ad bellum</i> et le <i>Jus in bello</i> .....	107
3.4.2. Ciblage des combattants illégaux et <i>Jus contra bellum internum</i> .....	110
CONCLUSION.....	116
BIBLIOGRAPHIE.....	121

## LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

CANI	Conflit armé non international
CAI	Conflit armé international
CAT	Conflit armé transnational
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CDI	Commission du droit international
CIDH	Commission interaméricaine des droits de l’homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CLS	<i>Critical Legal Studies</i>
CPI	Cour pénale internationale
DIDH	Droit international des droits humains
DIH	Droit international humanitaire
NAIL	<i>New Approach to International Law</i>
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierre Leon



## INTRODUCTION

Si les conflits armés existent depuis la création des États, leur encadrement par l'entremise du droit de la guerre ou de ce qu'on appelle désormais le droit international humanitaire est quant à lui relativement récent et trouve ses premières sources, selon plusieurs juristes, dans la Convention de Genève de 1864 et la Déclaration de St-Pétersbourg de 1868<sup>1</sup>. En effet, l'esprit général et l'objectif affiché du droit international humanitaire ont été soulignés initialement dans le préambule de la Déclaration de St-Pétersbourg où il est écrit que « les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre »<sup>2</sup>.

C'est dans cette optique que se sont développés les plus importants instruments juridiques encadrant les hostilités, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et ses Protocoles additionnels de 1977. Mitigés entre l'idée d'une protection générale attribuée aux personnes impliquées dans les conflits armés et la volonté de préserver le principe de souveraineté, les États ont créé, à partir de ces conventions, deux régimes juridiques différents : l'un s'appliquant durant les conflits armés internationaux (CAI) et l'autre durant les conflits armés non internationaux (CANI)<sup>3</sup>.

Les conflits armés, c'est-à-dire les CAI et les CANI plus spécifiquement, sont définis entre autres par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire

---

<sup>1</sup> Howard S Levie, « History of the Law of War on Land » (2000) 82:838 Int Rev Red Cross 339-350; Alejandro Lorite Escorihuela, « Humanitarian Law and Human Rights Law: The Politics of Distinction » (2011) 19:2 Mich State Int Law Rev 300-372 aux pp 305-307; Leslie C Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, 2000 aux pp 30-35.

<sup>2</sup> Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, 29 novembre – 11 décembre 1868, St-Pétersbourg.

<sup>3</sup> Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 aux pp 20-30; Rogier Bartels, « Timelines, Borderlines and Conflicts: The Historical Evolution of the Legal Divide between International and Non-international Armed Conflicts » (2009) 91:873 Int Rev Red Cross 35-67.

Tadić. Dans cette affaire, la Cour estime qu'un CAI existe « chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États », alors qu'un CANI existe lorsqu'il y a « un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »<sup>4</sup>.

Les Conventions de Genève, quant à elles, viennent définir le champ d'application du droit des CAI à l'article 2 et mentionnent que ses dispositions s'appliquent « en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'État de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles »<sup>5</sup>. Les CAI sont donc essentiellement compris comme étant des conflits inter-étatiques<sup>6</sup> et entraînent l'application des quatre Conventions, ainsi que le premier Protocole additionnel de 1977.

Pour ce qui est des CANI, l'article 3 commun, qui est fréquemment appelé « mini-convention » ou « microcosme »<sup>7</sup>, définit ces conflits comme étant un « conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes »<sup>8</sup>. Ces critères sont en premier lieu négatifs, puisque les termes « ne présentant pas un caractère international » représentent la négation d'un conflit international et ainsi contraire à l'article 2. Ils sont également positifs, parce que l'on y ajoute un aspect géographique avec les termes « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes »<sup>9</sup>.

En plus des dispositions de l'article 3, le droit des CANI comprend également le deuxième Protocole additionnel de 1977. Cependant, le champ d'application du Protocole est plus restrictif que l'article 3, car le conflit doit avoir lieu sur le territoire d'un État, entre ses forces armées et celles d'un groupe armé agissant sous la conduite d'un commandement

---

<sup>4</sup> *Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'Appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence* (1995), Chambre d'Appel TPIY, no. IT-94-1-A, para. 70.

<sup>5</sup> *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, R.T.N.U 973, (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art.2.

<sup>6</sup> Dapo Akande, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts » dans Elizabeth Wilmshurst, dir, *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, UK: London, Oxford University Press, 2012, 33-79 aux pp 11-13.

<sup>7</sup> G. I A D Draper, « Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts » (1983) 13: Supplement Issue Ga J Int Comp Law 253-278 aux pp 264-265.

<sup>8</sup> Convention de Genève IV, *supra* note 5, art. 3.

<sup>9</sup> Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, 1<sup>e</sup> édition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 aux pp 25-35; Moir, *supra* note 3.

responsable et exerçant « sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées »<sup>10</sup>. Ici, on a donc ajouté le critère de contrôle du territoire de la part du groupe armé en question pour permettre le déclenchement du deuxième Protocole.

Ce qui nous intéresse spécifiquement dans le présent mémoire c'est d'analyser comment s'opère la dichotomie CAI/CANI face à des situations de conflits armés transnationaux (CAT). La définition des CAT utilisée dans ce travail de recherche se réfère à des conflits armés se déroulant entre un État et un groupe armé situé dans le territoire d'un autre État<sup>11</sup>. Comme ces conflits possèdent des éléments constitutifs semblables à ceux des CAI et des CANI, étant donné leur caractère international et par le fait qu'ils impliquent à première vue qu'un seul État<sup>12</sup>, la question est donc de savoir quel droit est applicable dans les CAT, celui des CAI ou celui des CANI ? Autrement dit, doit-on considérer les CAT comme étant des CAI ou des CANI ?

La question a été largement documentée dans la doctrine. Que ce soit pour appeler à la création d'un nouveau droit adapté à la réalité des CAT<sup>13</sup> ou pour souligner le risque d'une manipulation politique que puisse faire l'objet son exercice de qualification<sup>14</sup>, il reste malgré tout que les juristes n'ont trouvé aucune réponse consensuelle. En effet, certains auteurs croient que les CAT doivent déclencher le droit des CANI si les critères d'application matérielle sont remplis, alors que d'autres estiment que ces conflits sont des

---

<sup>10</sup> *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (protocole II)*, 08 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609, (entrée en vigueur le 7 décembre 1978), art. 1.1.

<sup>11</sup> Djemila Carron, « Transnational Armed Conflicts: An Argument for a Single Classification of Non-International Armed Conflicts » (2016) 7:1 *J Int Humanit Leg Stud* 5-31 aux pp 9-10-11.

<sup>12</sup> Cette ambiguïté a par exemple été soulevée par l'administration américaine dans la qualification du conflit avec Al-Qaeda en Afghanistan afin de rejeter toutes applications des Conventions de Genève. Voir: President George Bush, *Memorandum : Humane Treatment of Al-Qaeda and Taliban Detainees* (7 février 2002), disponible en ligne : <https://www.aclu.org/other/memo-president-bush-white-house-senior-executive-branch-officials-regarding-humane-treatment>; voir également Geoffrey Corn et Eric Talbot Jensen, « Transnational Armed Conflict: A Principled Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat » (2009) 42:1 *Isr Law Rev* 46-79.

<sup>13</sup> Roy S Schondorf, « Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime » (2004) 37:1 *N Y Univ J Int Law Polit* 1-78.

<sup>14</sup> James G Stewart, « Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict » (2003) 85:850 *Int Rev Red Cross* 313-350; Yahli Shereshevsky, « Politics by Other Means: The Battle over the Classification of Asymmetrical Conflicts » (2016) 49:2 *Vanderbilt J Transnatl Law* 455-498.

CAI. L'exercice de qualification est essentiel, car, comme nous le verrons, le fait de déterminer le droit applicable peut avoir des impacts significatifs sur le déroulement des hostilités et les conséquences des conflits armés.

Les différentes méthodes de qualification des CAT, c'est-à-dire les manières dont les structures argumentatives sont construites pour arriver à la conclusion que le droit applicable est celui des CANI ou des CAI, reposent en fait sur des interprétations larges des articles 2 et 3 des Conventions de Genève de 1949 et sur le champ d'application des deux types de conflits. Nous verrons que, depuis une perspective de qualification des CAT, il existe, dans la doctrine, deux interprétations différentes de ces articles : l'interprétation territoriale et l'interprétation identitaire. Pour délimiter la portée de l'article 2 et 3, la première interprétation attribue une importance particulière à l'aspect géographique du conflit, tandis que la deuxième s'attarde aux Parties impliquées.

L'objectif du travail de recherche est donc de présenter ces différentes méthodes de qualification, pour ensuite proposer une critique de l'interprétation identitaire qui, selon nous, soulève quelques incohérences internes et provoque des conséquences contraires à l'esprit général du droit international humanitaire.

Avant de développer davantage, il est important d'exposer notre champ de recherche. Le travail en question exclut les CANI internationalisés par les tests d'attribution, tels que le test de contrôle effectif développé dans l'affaire Nicaragua<sup>15</sup> et le test de contrôle global présenté dans l'affaire Tadić<sup>16</sup>. Selon certains, ces tests sont pertinents autant en droit de la responsabilité internationale que pour déterminer si un conflit est international ou non<sup>17</sup>. Malgré cela, ces situations sortent de notre champ de recherche, car elles impliquent l'idée que l'État supporte un groupe armé contre un autre État ou contre l'État territorial. Or, nous sommes intéressés par les situations où un État est en conflit armé *contre* un groupe armé situé dans le territoire d'un autre État.

---

<sup>15</sup> *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 26 juin 1986, C.I.J.

<sup>16</sup> *Affaire Tadić*, *supra* note 4.

<sup>17</sup> A Cassese, « The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia » (2007) 18:4 *Eur J Int Law* 649-668; Leo Van Den Hole, « Towards a Test of the International Character of an Armed Conflict: Nicaragua and Tadic » (2004) 32 *Syracuse J Int Law Commer* 269-288.

Ensuite, nous rejetons le débat sur l'obsolescence du droit international humanitaire dans les situations de CAT<sup>18</sup>. Ce débat, qui s'est développé depuis les événements du 11 septembre 2001 autour des concepts de « new wars » pour qualifier les CAT, n'a en fait rien de « nouveau »<sup>19</sup> et limite la question sur la fonctionnalité du droit. Bien que ces études soient pertinentes pour un éventuel développement normatif, ce débat sort de notre champ de recherche, car nous ne cherchons pas à déterminer si la nature du droit international humanitaire est adéquate pour les CAT, mais plutôt à déterminer *quel* droit s'applique, celui des CANI ou celui des CAI.

Pour y arriver, nous allons procéder en trois temps. La première partie du travail va, avant tout, nous permettre de mesurer les écarts juridiques entre le droit des CAI et celui des CANI. Il existe actuellement, dans la doctrine, un débat à savoir si le droit coutumier des CANI n'aurait pas atteint le même niveau de protection que le droit des CAI, et que les différences entre les deux régimes ne se seraient pas effritées<sup>20</sup>. Cette section est pertinente pour déterminer si l'exercice de qualification des CAT est nécessaire, car s'il n'existe aucune distinction entre le droit des CAI et celui des CANI, l'objet de la recherche perdrait alors toute son importance. Nous verrons, dans ce premier chapitre, qu'il existe effectivement, sous certains aspects, un rapprochement en droit coutumier, mais que les différences qui persistent sont suffisamment marquantes pour justifier la nécessité d'évaluer comment les CAT sont qualifiés.

Ensuite, c'est dans la deuxième section de la recherche que nous aborderons les interprétations territoriales et identitaires des articles 2 et 3 des Conventions de Genève. Ces deux interprétations reposent, en fait, sur des analyses littérales et contextuelles des dispositions de ces articles. Comme nous le verrons, la première tend à qualifier les CAT

---

<sup>18</sup> M 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 Law Criminol 711-810; N Lamp, « Conceptions of War and Paradigms of Compliance: The "New War" Challenge to International Humanitarian Law » (2011) 16:2 J Confl Secur Law 225-262; David Kretzmer, « Rethinking the Application of IHL in Non-International Armed Conflicts » (2009) 42:1 Isr Law Rev 8-45; Schondorf, *supra* note 13.

<sup>19</sup> Obiora Chinedu Okafor, « Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail Perspective » (2005) 43:1 & 2 Osgoode Hall Law J 171-192.

<sup>20</sup> Emily Crawford, « Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts - The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts » (2008) 15:1 Aust Int Law J 29-54.

comme étant des CAI, alors que la deuxième qualifie ces conflits de CANI. Il sera donc question d'analyser quels sont les fondements des deux approches et comment elles sont perçues dans la doctrine et dans la jurisprudence internationale. Cela nous permettra de dévoiler, par la suite, le caractère indéterminé des normes, puisqu'il est possible de construire une structure argumentaire qui vient légitimer, dans le cadre d'un CAT, autant l'application du droit des CAI que de celui des CANI.

Enfin, la dernière partie du travail est consacrée à une critique de l'interprétation identitaire. Tout d'abord, nous ferons une critique à l'intérieur de la structure argumentaire pour y soulever des incohérences quant à l'utilisation du concept d'État, habituellement utilisé en droit international public, et aux notions d'*animus belligerendi* comme facteurs de qualification des CAT. Ensuite, nous ferons une critique externe à l'argument pour démontrer que les conséquences de l'interprétation identitaire sont moins souhaitables que ceux de l'interprétation territoriale. Dans cette partie du travail, nous utiliserons une approche théorique liée au *Critical Legal Studies* (CLS) et aux *New Approach to International Law* (NAIL) pour critiquer ce que Duncan Kennedy appelle le travail juridique<sup>21</sup>, c'est-à-dire l'influence de certains biais idéologiques dans la résolution d'une indétermination normative. Nous allons démontrer que ce sont ces biais qui permettent réellement de déterminer si un CAT déclenche l'application du droit encadrant les CANI ou les CAI. En dernier lieu, nous concluons cette partie en proposant une interprétation alternative qui implique des questions *ad bellum* et l'application d'une approche territoriale stricte.

---

<sup>21</sup> Duncan Kennedy, « A Left Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation » dans *Legal Reasoning: Collected Essays*, Aurora, Davies Group Publishers, 2008, 154-173.

## CHAPITRE I

### LA STRUCTURE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Bien que la structure du droit international humanitaire fasse une dichotomie claire entre le droit des CAI et celui des CANI, il existe actuellement un débat, dans la doctrine, à savoir si le niveau de protection du droit des CANI n'aurait pas rejoint celui des CAI par un élargissement du droit coutumier<sup>22</sup>. La distinction CAI/CANI a été remise en question par le TPIY dans l'affaire Tadić lorsque la Cour, après avoir analysé la pratique des États depuis la guerre civile espagnole, affirme que : « si le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des États, doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel »<sup>23</sup>.

À l'opposé, certains juristes croient que, même si l'effacement progressif entre le droit des CAI et celui des CANI est souhaitable, il existe, malgré tout, des différences entre les deux régimes. C'est le cas notamment de Liesbeth Zegveld lorsqu'elle mentionne ceci : « While there is thus a clear trend in international practice to diminish the distinction between humanitarian law for international as opposed to for internal conflicts, the distinction between these conflicts has not been abolished »<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Crawford, *supra* note 20.

<sup>23</sup> Affaire Tadić, *supra* note 4, para. 97; voir également Emily Crawford, « Unequal before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction between International and Non-international Armed Conflicts » (2007) 20:2 *Leiden J Int Law* 441-466. <sup>24</sup> Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, coll Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge [England] ; New York, Cambridge University Press, 2002 à la p 35.

<sup>24</sup> Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, coll Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge [England] ; New York, Cambridge University Press, 2002 à la p 35.

Dans ce travail de recherche, la relation entre CAI et CANI nous intéresse, car, comme nous l'avons soulevé, plus il existe de différences entre les deux droits applicables, plus l'exercice de qualification des CAT est pertinent. Dans les prochaines pages, nous présenterons, premièrement, le rapprochement qui s'est effectué en droit coutumier et spécifiquement les principes les plus importants, puis nous soulèverons les principales différences qui persistent toujours.

### 1.1. Rapprochement entre le droit des CANI et le droit des CAI

En 1968, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, à l'unanimité, la résolution 2444 intitulée le *Respect des droits de l'homme dans le cadre des conflits armés*. Cette résolution est la première qui reconnaît l'application de certaines règles qui s'appliquent autant dans les CAI que les CANI<sup>25</sup>. On y soutient « la nécessité d'appliquer les principes humanitaires fondamentaux dans tous les conflits armés »<sup>26</sup>. Ce document a ensuite mené à l'adoption, en 1970, par l'Assemblée générale de la résolution 2675 qui réaffirme l'application de ces principes fondamentaux dans tous les conflits armés<sup>27</sup>. Selon le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), dans l'affaire Tadić :

Ces résolutions ont joué un double rôle : elles ont affirmé les principes du droit international coutumier concernant la protection des populations et des biens civils dans le cadre d'un conflit armé quel qu'il soit et, dans le même temps, elles ont visé à encourager l'adoption de traités sur la question, conçus pour préciser et étayer ces principes<sup>28</sup>.

Ces principes fondamentaux font aujourd'hui l'objet de plusieurs recherches et de rapports, provenant notamment du Comité international de la Croix-Rouge (CICR). En effet, le

---

<sup>25</sup> Dietrich Schindler, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation » (2003) 5 J Hist Int Law 165-188 à la p 172.

<sup>26</sup> *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé*, Rés AG 2444 (XXIII), Doc off, 23<sup>e</sup> session, A/RES/2444 (1968).

<sup>27</sup> *Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé*, Rés AG 2675 (XXV), Doc off, 25<sup>e</sup> session, A/RES/2675 (1970).

<sup>28</sup> Affaire Tadić, *supra* note 4, para. 112.



CICR a publié, en 2005, un rapport sur l'application des principes généraux en temps de CAI et de CANI<sup>29</sup>, ainsi qu'une base de données regroupant 161 normes coutumières dont 138 s'appliquent également dans les deux types de conflits<sup>30</sup>. Nous présenterons, dans les prochaines pages, l'évolution de l'application de ces principes dans les CAI et les CANI. Il n'est cependant pas question ici d'énoncer l'ensemble des principes et des règles qui s'appliquent dans les deux types de conflits, mais de démontrer la tendance en droit international d'uniformisation des normes en temps de conflits armés.

### 1.1.1. Principe de distinction

Le principe de distinction est un principe phare en droit international humanitaire, car il pose l'obligation de distinguer les combattants, – et donc les personnes participant directement aux hostilités – des personnes civiles. Ce principe est défini par le CICR comme étant une règle où : « The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians »<sup>31</sup>. Ce principe est fondamental pour la conduite des hostilités, non seulement parce qu'il permet d'identifier les personnes pouvant faire l'objet d'une attaque, mais aussi parce qu'il permet de différencier un soldat et un criminel, dépendamment du statut de la victime au regard du droit international humanitaire<sup>32</sup>.

On retrouve les fondements de ce principe dans la Déclaration de St-Petersbourg de 1868. Bien qu'il ne soit pas explicitement question de distinction, la Déclaration aborde néanmoins les principes de prohibition d'armes qui « aggraveraient inutilement les souffrances » et qui rendraient « la mort inévitable »<sup>33</sup>. Ces deux principes sont corollaires

---

<sup>29</sup> Jean-Marie Henckaerts et al, dir, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2005.

<sup>30</sup> Crawford, *supra* note 23 aux pp 456-457.

<sup>31</sup> Henckaerts et al, *supra* note 29 à la p 3.

<sup>32</sup> Lorite Escorihuela, *supra* note 1 aux pp 317-319; Mark David Maxwell et Richard V Meyer, « The Principle of Distinction: Probing the Limits of Its Customariness » (2007) 2007:3 *Army Lawyer* 1-11.

<sup>33</sup> Déclaration de St-Petersbourg, *supra* note 2.

au principe de distinction, car il est question de conduite des hostilités légitimes, par opposition aux moyens illégitimes, dont la dichotomie dépend de la distinction combattant/non-combattant.<sup>34</sup>

Aujourd'hui ce principe est codifié dans le premier Protocole additionnel de 1977, qui aborde les CAI, ainsi que dans le deuxième Protocole additionnel qui, quant à lui, encadre les CANI. En effet, l'article 48 du premier protocole affirme que « les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires »<sup>35</sup>.

Pour ce qui est du deuxième protocole, c'est l'article 13 qui formule le principe de distinction, on y mentionne que « ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront être l'objet d'attaques »<sup>36</sup>. Encore une fois, cette formulation sous-tend la nécessité de distinguer les personnes participant directement aux hostilités de celles qui ne doivent pas faire l'objet d'une attaque<sup>37</sup>.

Dans une autre optique, la nature coutumière de ce principe a été soulignée par plusieurs tribunaux internationaux. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice (CIJ) considère ce principe comme l'un des principes cardinaux en droit international humanitaire<sup>38</sup>. La Cour y réitère qu'il est :

destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Lorite Escorihuela, *supra* note 1 aux pp 319-320.

<sup>35</sup> *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur le 7 décembre 1978), art. 48.

<sup>36</sup> Protocole additionnel II, *supra* note 10, art. 13.2.

<sup>37</sup> Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, coll Oxford monographs in international law, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2008 aux pp 300-328.

<sup>38</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, (1996) CIJ, para. 78.

<sup>39</sup> *Idem*.

Aussi, le TPIY dans l'affaire Strugar affirme ceci : « The principles prohibiting attacks on civilians and unlawful attacks on civilian objects stated in [...] Article 13 of Additional Protocol II are principles of customary law »<sup>40</sup>.

L'interdiction de porter des attaques directes contre la population civile, corollaire du principe de distinction, a également été soulignée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) dans ce qu'on a appelé communément l'affaire Tablada<sup>41</sup>. On y dit non seulement que le principe relève de la coutume, mais qu'il s'applique dans tous les conflits armés :

In addition to Common Article 3, customary law principles applicable to all armed conflicts require the contending parties to refrain from directly attacking the civilian population and individual civilians and to distinguish in their targeting between civilians and combatants and other lawful military objectives<sup>42</sup>.

Ainsi, le principe de distinction a fait l'objet d'une codification dans les deux Protocoles additionnels; non pas directement dans le cas de l'article 13 du deuxième protocole, mais plutôt en prohibant les attaques directes contre les populations civiles. La jurisprudence internationale quant à elle reconnaît que le principe est devenu coutumier et qu'il s'applique autant dans les situations de CAI que de CANI, contribuant en partie au débat sur l'utilité de conserver cette dichotomie.

### 1.1.2. Principe de proportionnalité

À ne pas confondre avec le principe de proportionnalité en *Jus ad Bellum* – c'est-à-dire en droit de recours à la force armée – le principe de proportionnalité en *Jus in Bello* trouve

---

<sup>40</sup> *Prosecutor v. Pavle Strugar, Decision on interlocutory appeal* (22 novembre 2002), Appeal chamber ICTY, IT-01-42-AR72, para. 10.

<sup>41</sup> Crawford, *supra* note 20 à la p 39; Liesbeth Zegveld, « Commission interaméricaine des droits de l'homme et droit international humanitaire: commentaire sur l'affaire de Tablada » (1998) 80:831 Int Rev Red Cross 543-550.

<sup>42</sup> *Juan Carlos Abella v. Argentina* (1997), Inter-Am Comm HR, No. 55/97, OEA/ser.L/V/II.95, para. 177 (ci-après affaire Tablada).

ses sources dans le premier Protocole additionnel<sup>43</sup>. Essentiellement, le principe permet, sous certaines conditions, des attaques contre des personnes civiles ou des biens à caractère civil si l'attaque en question n'est pas excessive par rapport à l'avantage militaire qui en découle. En effet, l'article 51.5.b) du premier protocole affirme :

Seront, entre autres, considérées comme effectuées sans discrimination [...] les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu<sup>44</sup>.

La notion de proportionnalité, ici, doit être comprise en fonction de « l'avantage militaire concret et direct » ce qui sous-tend l'idée que les attaques doivent être évaluées individuellement pour déterminer leur caractère excessif<sup>45</sup>. L'excessivité ici peut être déterminée en fonction d'externalités causées par l'attaque. On peut donc comprendre que: « expending more resources than would otherwise be reasonably required to accomplish a military goal would be excessive if, by doing so, the expender achieves that goal as well as some other consequences immaterial to the goal's accomplishment »<sup>46</sup>.

La balance entre les pertes civiles et l'avantage militaire, en *Jus in Bello*, provient d'un compromis plus large, celui d'attribuer la capacité aux combattants de se défendre, et d'utiliser la force pour des situations de légitime défense par exemple, tout en assurant une certaine protection aux personnes ne participant pas directement aux hostilités<sup>47</sup>.

Pour ce qui est du deuxième protocole, celui-ci ne contient aucune disposition quant au principe de proportionnalité. Malgré le fait qu'aucune source conventionnelle ne traite ce principe dans des situations de CANI, il existe néanmoins quelques jurisprudences

---

<sup>43</sup> Samuel Estreicher, « Privileging Asymmetric Warfare (Part II): The Proportionality Principle under International Humanitarian Law » (2011) 12:1 Chic J Int Law 143-158 aux pp 147-150.

<sup>44</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 51.5.b.

<sup>45</sup> Judith Gail Gardam, « Proportionality and Force in International Law » (1993) 87:3 Am J Int Law 391-413 à la p 407; Bernard L Brown, « The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification Note » (1976) 10:1 Cornell Int Law J 134-155.

<sup>46</sup> Nobuo Hayashi, « Contextualizing Military Necessity » (2013) 27:1 Emory Int Law Rev 189-284 à la p 207.

<sup>47</sup> Estreicher, *supra* note 43 à la p 150.

internationales qui souligne son caractère coutumier. C'est le cas du TPIY, dans l'affaire Kupreškić, où la Cour reconnaît que les dispositions du premier protocole concernant les principes de proportionnalité et de précaution font partie du droit international coutumier, « non seulement parce qu'elles précisent et étoffent les normes générales antérieures, mais également parce qu'aucun État, y compris ceux qui n'ont pas ratifié le Protocole, ne semble les contester »<sup>48</sup>. En plus du TPIY, la CIDH dans l'affaire sur la junte militaire en Argentine a aussi établi que la proportionnalité était désormais comprise comme relevant de la coutume<sup>49</sup>. Malgré ce que croient certains juristes – comme Michael Schmitt par exemple<sup>50</sup> – le caractère coutumier du principe permet d'étendre son champ d'application au-delà des CAI, et s'applique également dans les situations de CANI<sup>51</sup>.

Cet élargissement dans l'application du principe est observable, en outre, dans la résolution 2000/58 de la défunte Commission des droits de l'homme des Nations Unies concernant la situation dans le second conflit tchétchène<sup>52</sup>. Dans cette résolution, la Commission se dit préoccupée par les attaques disproportionnées des forces armées russes. Elle rappelle ensuite la « nécessité de respecter le principe de proportionnalité et d'observer les normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire dans les situations de conflit »<sup>53</sup>. Bien que ce rappel ait lieu dans le cadre du conflit tchétchène, il faut néanmoins mentionner que le conflit en question a été qualifié de CANI par des ONG telles que Human Rights Watch<sup>54</sup>. On peut certainement conclure que les

<sup>48</sup> *Procureur c. Kupreškić et al.*, Jugement (2000), TPIY, IT-95-16-T, para. 524.

<sup>49</sup> Argentina, National Court of Appeals, *Military Junta case, Judgment, 1985*; Henckaerts et al, *supra* note 29 aux pp 48-49.

<sup>50</sup> Schmitt croit que le rapprochement entre le droit des CANI et celui des CAI en droit coutumier, tel qu'il est avancé par le TPIY, notamment dans l'affaire Kupreškić, relève plus d'une proposition *lex ferenda* qu'une réelle application *lex lata*. Il affirme : « noble as the desire to protect human beings may be, and despite the undeniable growth of the customary law bearing on non-international armed conflict, such pronouncements are more suited to proposals of *lex ferenda* than claims of *lex lata* ». Il mentionne même que le TPIY dans l'affaire Kupreškić est allé « trop loin » dans sa volonté d'articuler du nouveau droit. Michael N Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance Commemorative Pieces » (2009) 50:4 Va J Int Law 795-840 aux pp 817-822.

<sup>51</sup> Henckaerts et al, *supra* note 29 à la p 49.

<sup>52</sup> *Situation dans la République de Tchétchénie de la Fédération de Russie*, Rés. Commission des droits de l'homme 2000/58, Doc off, 56<sup>e</sup> session, E/CN.4/RES/2000/58 (2000).

<sup>53</sup> *Idem*

<sup>54</sup> Human Rights Watch, dir, « *Welcome to Hell* »: *Arbitrary Detention, Torture, and Extortion in Chechnya*, New York, Human Rights Watch, 2000.

affirmations posées par la résolution s'appliquent dans les CANI comme le laisse sous-entendre le terme général de « conflit ».

### 1.1.3. Principe de précaution

Le principe de précaution est corollaire aux principes de distinction et de proportionnalité, car il veut que les opérations militaires se déroulent en réduisant le plus possible les impacts sur les populations civiles ou sur les biens à caractère civil<sup>55</sup>. Considérant la réalité des conflits qui causent régulièrement des dommages collatéraux, en particulier des victimes civiles, le principe attribue aux Parties au conflit l'obligation de prendre des précautions afin de minimiser les conséquences sur les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités et sur les biens à caractère civil<sup>56</sup>. Selon Marco Sassoli et Anne Quintin, le principe de précaution est composé de mesures visant à déterminer les cibles qui font l'objet de l'opération militaire, mais également à choisir les moyens utilisés durant cette opération<sup>57</sup>.

La source conventionnelle où l'on retrouve le principe de précaution est le premier Protocole additionnel. En effet, il y est écrit à l'article 57.1 que « les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil »<sup>58</sup>. L'article 57.2 incombe ensuite l'obligation de faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier la nature des objectifs militaires, d'éviter l'utilisation de méthodes d'attaque susceptible de provoquer des dommages civils, et de s'abstenir de lancer des attaques si on peut s'attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines<sup>59</sup>. Ici les termes « faire tout ce qui est

---

<sup>55</sup> Henckaerts et al, *supra* note 29 à la p 51.

<sup>56</sup> Jean-François Quéguiner, « Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities » (2006) 88:864 Int Rev Red Cross 793-821 aux pp 793-795.

<sup>57</sup> Marco Sassoli et Anne Quintin, « Active and Passive Precautions in Air and Missile Warfare » (2014) 44 Isr Yearb Hum Rights 69-123 aux pp 73-77.

<sup>58</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 57.1.

<sup>59</sup> *Ibid.*, art. 57.2.

pratiquement possible », ou « *feasible* » dans la version anglaise, doivent être positionnés en fonction des circonstances et compris selon les considérations humanitaires et militaires<sup>60</sup>.

L'article 58 quant à lui réaffirme la nécessité de prendre les précautions nécessaires pour protéger les personnes civiles contre les opérations militaires<sup>61</sup>. Le caractère coutumier de cette disposition ne fait plus l'objet d'un débat:

This Article spells out the implications of what has always been the logical extension of the principle of distinction: the attacker's obligation not deliberately to attack civilians and civilian objects must be accompanied by the defender's obligation not deliberately to cause them to be attacked. This has long been customary in principle<sup>62</sup>.

Tout comme le principe de proportionnalité, le principe de précaution ne bénéficie pas d'une codification explicite dans le cas de CANI. Malgré cela, certains voient dans l'article 13 du deuxième protocole une référence implicite à la précaution. Il y est écrit que « la population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires »<sup>63</sup>. Cet article est l'équivalent normatif de l'article 58 du premier protocole et sous-tend donc l'idée que le principe de précaution s'applique dans tous les types de conflits armés, indépendamment de leur qualification en tant que CAI ou CANI.

Dans un autre ordre d'idée, la Commission des droits de l'homme a rappelé dans son rapport sur les règles humanitaires minimales que non seulement le principe est coutumier et qu'il s'applique dans tous les conflits armés, mais qu'il serait illogique d'un point de vue moral de limiter son application uniquement dans les CAI et non pas dans les conflits internes. La Commission explique que « l'obligation faite aux forces armées de prendre des précautions dans l'attaque pour réduire le risque de pertes civiles [...] devrait

---

<sup>60</sup> Sassòli et Quintin, *supra* note 57 aux pp 79-82.

<sup>61</sup> Protocole additionnel I, *supra* note, 35, art. 58.

<sup>62</sup> Geoffrey Best, *War and Law Since 1945*, Clarendon Press, 1994 à la p 330.

<sup>63</sup> Protocole additionnel II, *supra* note 10, art. 13.

s'appliquer quelle que soit la nature ou l'importance du conflit »<sup>64</sup>. Elle ajoute qu'il « ne semble pas logique, et encore moins moralement défendable, de suggérer que les forces armées sont libres d'agir contre les citoyens de leur propre pays d'une manière qui serait proscrite lors d'opérations militaires à l'étranger »<sup>65</sup>. Ainsi, la nature du conflit ne doit pas être un facteur déterminant dans l'application ou non du principe de précaution.

Finalement, les principes qui ont été présentés ici et qui découlent de la distinction entre combattants et non-combattants sont ceux qui permettent la protection des populations civiles. Il existe cependant une plus large série de principes qui s'attardent notamment sur la prohibition de certaines armes, la protection des biens culturels, de l'environnement, des personnes mises hors de combat, etc.<sup>66</sup>, et qui ne seront pas abordés dans le reste du travail de recherche. L'objectif n'est pas d'aborder tous les principes coutumiers en droit international humanitaire, mais plutôt d'illustrer une tendance qui s'est reflétée autant dans la jurisprudence, la doctrine et les documentations onusiennes, selon laquelle le droit régissant les conflits armés à caractère non internationaux serait devenu tout aussi protecteur que le droit encadrant les CAI.

## 1.2. Différence entre le droit des CANI et le droit des CAI

Si la section précédente souligne un rapprochement progressif qui s'est effectué entre le droit des CANI et le droit des CAI, la présente section s'attarde aux différences significatives qui persistent toujours aujourd'hui entre ces deux régimes juridiques. Celles qui sont présentées ici justifient l'importance de qualifier les CAT, puisqu'une qualification de CANI ou de CAI entraîne l'application de deux régimes juridiques

---

<sup>64</sup> *Règles humanitaires minimales : Rapport analytique soumis par le Secrétaire général en application de la résolution 1997/21 de la Commission des droits de l'homme*, Doc off, Commission des droits de l'homme, 54<sup>e</sup> session, E/CN.4/1998/87 (1998), para. 87; voir également Moir, *supra* note 3 à la p 111.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> Francois Bugnion, « Customary International Humanitarian Law » (2007) 7 *ISIL Year b Int Humanit Refug Law* 1-49; Louise Doswald-Beck, « Developments in Customary International Humanitarian Law » (2005) 15:3 *Swiss Rev Int Eur Law* 471-498; Antonio Cassese, « The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law » (1984) 3 *UCLA Pac Basin Law J* 55-118; Crawford, *supra* note 20; Henckaerts et al, *supra* note 29.



différents qui peuvent avoir des répercussions sur le déroulement des hostilités. Nous verrons que l'écart entre ces deux régimes repose entre autres sur le champ d'application, le statut des belligérants avec le débat relatif au privilège de belligérance, et l'exercice du droit pénal international.

### 1.2.1. Champ d'application du droit des CANI et des CAI

Les critères qui permettent le déclenchement du droit des CANI diffèrent de ceux des CAI. Dans les Conventions de Genève, c'est l'article 2 qui détermine le champ d'application du droit régissant les conflits ayant un caractère international. Il y est précisé que « la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles »<sup>67</sup>. Les notions de Hautes Parties contractantes utilisées dans l'article 2 tout comme dans le reste des Conventions de Genève se réfèrent à la notion d'État. Ce sont les Commentaires du Protocole additionnel I qui viennent éclaircir la question en affirmant que « les Conventions et le Protocole emploient régulièrement l'expression " Hautes Parties contractantes " pour désigner les Parties à ces traités. Il s'agit sans conteste des États à l'égard desquels ses traités sont en vigueur selon leurs dispositions pertinentes »<sup>68</sup>.

Les CAI, comme décrits par l'article 2, sont donc traditionnellement perçus comme étant des conflits inter-étatiques. Selon Louise Arimatsu, les termes « Hautes Parties contractantes » sous-tendent une conception territorialisée de ce que constituent les CAI, ce qui implique le recours à la force armée de deux ou plusieurs États-territoires

---

<sup>67</sup> Conventions de Genève IV, *supra* note 5, art. 2

<sup>68</sup> Claude Pilloud et al, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 Juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève : The Hague : Norwell, MA, USA, Kluwer Academic Publishers, 1986.

souverains<sup>69</sup>. Le TPIY, dans l'affaire Tadić, a d'ailleurs considéré que pour reconnaître l'existence d'un conflit international, il doit y avoir recours à la force armée entre États<sup>70</sup>.

Les Commentaires de Jean Pictet sur les Conventions de Genève viennent préciser davantage la signification de l'article 2. Les Commentaires expliquent que: « tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention des membres des forces armées, est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance »<sup>71</sup>. Un CAI peut donc exister indépendamment de la reconnaissance politique des autorités étatiques ou de toutes autres considérations subjectives<sup>72</sup>. Cette approche rompt avec la pratique des États durant la période qui a précédé l'adoption des Conventions de Genève où la déclaration de guerre était un facteur déterminant l'existence d'un CAI<sup>73</sup>.

Si la nature d'un CAI est relativement claire – par le fait qu'elle requiert un conflit entre États – les considérations qui permettent de déterminer ce que l'on entend par conflit armé sont, quant à elles, moins précises. Nous avons vu qu'un CAI existe lorsqu'il y a recours à la force armée entre États, la question est maintenant de savoir s'il existe un seuil d'intensité minimal à atteindre pour déclencher le droit applicable régissant les CAI. Sur ce point, certains juristes ont souligné que le niveau d'intensité requis peut varier selon les circonstances, car des États peuvent ignorer l'application du droit des CAI pour des incidents isolés ou des escarmouches qui atteignent un faible niveau d'intensité<sup>74</sup>.

Cette interrogation est cependant abordée dans les Commentaires et on y indique que « la durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle » dans la détermination d'un CAI<sup>75</sup>. Le fait de balayer le critère d'intensité a permis

---

<sup>69</sup> Louise Arimatsu, « Territory, Boundaries and the Law of Armed Conflict » (2009) 12 Yearb Int Humanit Law 157-192 à la p 173.

<sup>70</sup> Affaire Tadić, *supra* note 4, para. 69-71.

<sup>71</sup> Jean Pictet, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume I*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1952, à la p. 34.

<sup>72</sup> Michael Bothe, *The Handbook of International Humanitarian Law*, OUP Oxford, 2013 aux pp 44-45.

<sup>73</sup> *Ibid* à la p 46.

<sup>74</sup> Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, coll Oxford monographs in international law, Oxford ; New York, NY, Oxford University Press, 2010 à la p 95; Christopher Greenwood, « Scope of Application of Humanitarian Law » dans *The Handbook of Humanitarian Law*, 2e édition, Oxford, Oxford University Press, 2008, 770 à la p 48; Sylvain Vité, « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations » (2009) 91:873 Int Rev Red Cross 69-94 aux pp 72-73.

<sup>75</sup> Commentaires des Conventions de Genève, *supra* note 71, p. 32-34.

l'apparition dans la doctrine de la théorie du *first shot*. Autrement dit, n'importe quel recours à la force armée de la part d'un État contre un autre État permet le déclenchement de l'article 2 et des Conventions de Genève en général. À cet égard, Hans-Peter Gasser mentionne:

As soon as the armed forces of one State find themselves with wounded or surrendering members of the armed forces or civilians of another State on their hands, as soon as they detain prisoners or have actual control over a part of the territory of the enemy State, then they must comply with the relevant convention<sup>76</sup>.

Il a été établi que l'élément décisif pour déterminer l'existence d'un conflit armé est l'usage de la force<sup>77</sup>, et dans le cas précis d'un CAI, c'est la théorie du *first shot* qui s'applique.

Dans un autre ordre d'idée, s'il est vrai que les CAI sont des situations de conflits armés inter-étatiques, son champ d'application s'est malgré tout élargi depuis la ratification du Protocole additionnel I pour comprendre les luttes de libérations nationales. L'article 1.4 du premier protocole prévoit que les situations évoquées par l'article 2 commun comprennent « les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »<sup>78</sup>. Ce type de guerre de libération nationale est donc désormais considéré comme un CAI et permet l'application complète des Conventions de Genève<sup>79</sup>, et ce malgré les réticences de certains États durant les négociations du premier protocole.

En effet, durant la Conférence diplomatique de 1974, les États occidentaux affirmaient que les guerres de libération nationale avaient les mêmes attributs que les conflits internes, car elles impliquent un groupe armé utilisant la violence pour se détacher du pouvoir administratif central<sup>80</sup>. L'absence d'unanimité dans les négociations de l'article 1.4 a

---

<sup>76</sup> Hans-Peter Gasser, « International Humanitarian Law : An Introduction » (1994) 34:298 Int Rev Red Cross Arch 88-88 aux pp 22-23; Vité, *supra* note 74 à la p 72.

<sup>77</sup> Rapport de la Commission d'enquête sur le Liban établi conformément à la résolution S-2/1 du Conseil des droits de l'homme, Doc off, Conseil des droits de l'homme, 3<sup>e</sup> session, A/HRC/3/2 (2006), para. 51.

<sup>78</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, para. 1.4.

<sup>79</sup> Greenwood, *supra* note 74 à la p 48.

<sup>80</sup> Cassese, *supra* note 66 à la p 69.

certainement contribué à l'imprécision des concepts qui y sont utilisés, notamment les termes « peuples ». Malgré ce manque de précision, Antonio Cassese explique que tous mouvements ou groupes rebelles qui luttent contre une domination coloniale, une occupation étrangère ou un régime raciste peuvent affirmer être impliqués dans un CAI<sup>81</sup>.

Ainsi, les CAI sont des conflits essentiellement inter-étatiques – à l'exception des luttes de libération nationale – et n'exigent aucun seuil minimal d'intensité pour permettre l'application du droit des CAI, c'est-à-dire les quatre Conventions de Genève et son premier protocole additionnel.

Pour ce qui est désormais des CANI, c'est l'article 3 commun qui détermine son champ d'application. Comme nous l'avons vu plus haut, l'article 3 définit un conflit non international comme étant un « conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes »<sup>82</sup>. On retrouve, dans cette définition, deux critères explicites. Le premier veut que le conflit ait lieu sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes. Comme l'explique Lindsay Moir, ce premier critère ne pose aucune difficulté considérant le fait que la quasi-totalité des États a ratifié les Conventions de Genève et que par conséquent l'ensemble des conflits ont lieu « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes »<sup>83</sup>. Le deuxième critère est qu'il doit y avoir un « conflit armé ne présentant pas un caractère international ». Le problème régulièrement soulevé dans la doctrine était qu'il n'existe aucune définition détaillée de ce que représente un conflit armé<sup>84</sup>.

Ce manque de définition est aujourd'hui moins problématique depuis que le TPIY, dans l'affaire Tadić, a précisé qu'un CANI existe lorsqu'il y a « un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »<sup>85</sup>. Contrairement au droit des CAI, qui ne requiert aucun seuil minimal d'intensité pour s'appliquer, la définition des CANI proposée par le TPIY quant à elle sous-

---

<sup>81</sup> Antonio Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford University Press, 2008 à la p 104.

<sup>82</sup> Conventions de Genève IV, *supra* note 5, art. 3.

<sup>83</sup> Moir, *supra* note 3 à la p 31.

<sup>84</sup> *Ibid* à la p 32.

<sup>85</sup> Affaire Tadić, *supra* note 4, para. 70.

tend des critères d'intensités et d'organisations<sup>86</sup>. En effet, le jugement du TPIY de 1997 dans l'affaire Tadić interprète son *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence* de 1995 en établissant que « le critère appliqué par la Chambre d'appel quant à l'existence d'un conflit armé aux fins des dispositions de l'article 3 commun se concentre sur deux aspects d'un conflit : son intensité et l'organisation des parties à ce conflit »<sup>87</sup>. Ces deux critères sont réitérés dans l'Affaire Limaj, où on y indique que « ces éléments servent, au minimum, uniquement aux fins de distinguer un conflit armé du banditisme, d'insurrections inorganisées et de courte durée ou d'activités terroristes, qui ne relèvent pas du droit international humanitaire »<sup>88</sup>.

De plus, l'établissement d'un seuil minimal d'intensité qui différencie des situations de troubles internes et de CANI est également réitéré dans le Statut de Rome sur la Cour pénale internationale (CPI)<sup>89</sup>. L'article 8 (2) (f) du Statut de Rome définit les CANI en excluant des situations de « troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire »<sup>90</sup>. La raison pour laquelle le seuil d'application des CANI du point de vue de l'intensité est plus restrictif que celui des CAI est que le droit international humanitaire agit en *lex specialis* et permet certains comportements qui sont autrement interdits dans un régime de droit humains<sup>91</sup>.

Si le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) soutient, dans l'Affaire Rutaganda, que les critères d'intensité qui permettent de déterminer l'existence d'un CANI doivent être évalués au cas par cas<sup>92</sup>, Anthony Cullen rappelle que le TPIY, dans l'Affaire Limaj, a proposé quelques repères<sup>93</sup>. Ces critères sont énumérés comme tel : « The

<sup>86</sup> Cullen, *supra* note 9 aux pp 122-133; Vité, *supra* note 74 à la p 76.

<sup>87</sup> *Procureur c. Duško Tadić, Jugement* (1997), Chambre de première instance TPIY, IT-94-1-T, para. 562.

<sup>88</sup> *Procureur c. Fatmir Limaj et al., Jugement* (2005), Chambre de première instance TPIY, IT-03-66-T, para. 84.

<sup>89</sup> Akande, *supra* note 6 aux pp 27-28.

<sup>90</sup> *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1 juillet 2002), art. 8

<sup>91</sup> Kenneth Watkin, « Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict » (2004) 98:1 Am J Int Law 1-34; Jordan J Paust, « Human Rights on the Battlefield » (2015) 47:3 George Wash Int Law Rev 509-562; Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, coll The Hague Academy of International Law monographs, n°3, Leiden, Nijhoff, 2006 à la p 46.; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, (1996) CIJ, para. 25.

<sup>92</sup> *Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Jugement* (1999), TPIR, ICTR-96-3-T, para. 93.

<sup>93</sup> Cullen, *supra* note 9 à la p 129.

seriousness of armed clashes, the mobilization of troops by the government, the kind of weaponry utilized, the destruction of property, the displacement of local population and the existence of casualties »<sup>94</sup>. La nécessité d'établir des critères objectifs et d'éviter tout jugement subjectif afin d'évaluer le niveau d'intensité requis est également soulignée dans l'Affaire Akayesu du TPIR. On y précise :

Il convient de souligner que le soin de déterminer l'intensité du conflit ne présentant pas un caractère international n'est pas laissé à l'appréciation subjective des parties aux conflits. Il convient de rappeler que les quatre Conventions de Genève, ainsi que les deux Protocoles s'y rapportant, ont pour vocation première de protéger les victimes et les victimes potentielles des conflits armés. Si l'application du droit international humanitaire dépendait de la seule appréciation subjective des parties aux conflits, celles-ci auraient dans la plupart des cas tendance à en minimiser l'intensité <sup>95</sup>.

Ainsi, le niveau d'intensité est relativement bien défini grâce à une série de critères élaborée autant dans la doctrine que dans la jurisprudence et la pratique des États.

Deuxièmement, pour que le droit des CANI soit applicable, il faut – en plus du critère d'intensité minimal – que les hostilités opposent des Parties suffisamment organisées. Les éléments qui permettent de déterminer si les groupes armés non étatiques ont un niveau d'organisation suffisant sont définis par le TPIY. Celui-ci explique que parmi ces éléments, il faut citer :

L'existence d'une structure de commandement, de règle de discipline et d'instances disciplinaires au sein du groupe; d'un quartier général; le fait que le groupe contrôle un territoire délimité; la capacité qu'a le groupe de se procurer des armes et autres équipements militaires, de recruter et de donner une instruction militaire; la capacité de planifier, coordonner et mener des opérations militaires, notamment d'effectuer des mouvements de troupes et d'assurer un soutien logistique; la capacité de définir une stratégie militaire unique et d'user de tactiques militaires; et la capacité de s'exprimer d'une seule voix et de conclure des accords comme des accords de cessez-le-feu ou de paix<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> *Ibid.* ; Affaire Limaj, *supra* note 88.

<sup>95</sup> *Procureur c. Jean-Paul Akayesu, Jugement* (1998), TPIR, ICTR-96-4-T, para. 603.

<sup>96</sup> *Procureur c. Ramush Haradinaj et al., Jugement* (2008), Chambre de première instance TPIY, IT-04-84-T, para. 60.

Les groupes qui ne possèdent pas un tel niveau d'organisation, mais qui sont tout de même impliqués dans une forme d'hostilité avec l'État territorial, ne peuvent être ciblés de la même manière qu'un groupe armé non étatique, puisqu'ils bénéficient d'une certaine protection dans le régime des droits humains<sup>97</sup>. En revanche, si le niveau d'organisation est suffisant et que le conflit atteint l'intensité requise pour être qualifié de CANI, les membres du groupe armé non étatique peuvent faire l'objet d'une attaque s'ils participent directement aux hostilités<sup>98</sup>. L'évaluation des deux critères qui permettent la qualification d'une situation comme étant un CANI, c'est-à-dire l'intensité et l'organisation des Parties, prend donc toute son importance.

Ainsi, la première différence marquée entre les régimes juridiques applicables dans les CANI et les CAI est liée à leur champ d'application respectif. Le droit des CAI, tel que développé à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, s'applique lorsque le conflit est de nature inter-étatique et ne requiert aucun seuil minimal d'intensité, pour autant qu'il soit conforme avec la théorie du *first shot*. Le droit des CANI, quant à lui, veut que le conflit n'ait pas un caractère international et implique des critères explicites comme une intensité qui dépasse les simples troubles internes et un niveau d'organisation suffisant chez les Parties au conflit.

### 1.2.2. Privilège de belligérance

La deuxième différence entre le droit des CAI et celui des CANI abordée dans ce mémoire se réfère au statut des combattants et des non-combattants. Dans les situations de CAI, les Conventions de Genève prévoient un privilège de belligérance aux combattants étatiques

---

<sup>97</sup> Peter Margulies, « Networks in Non-International Armed Conflicts: Crossing Borders and Defining Organized Armed Group » (2013) 89 Int Law Stud Ser US Nav War Coll [i]-76 à la p 61.

<sup>98</sup> Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Genève, International Committee of the Red Cross, 2009; Michael N Schmitt, « Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements » (2009) 42:3 N Y Univ J Int Law Polit 697-740; Kenneth Watkin, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretive Guidance » (2009) 42:3 N Y Univ J Int Law Polit 641-696.

c'est-à-dire le statut de prisonnier de guerre et l'immunité pour des actions qui seraient considérées, dans un autre contexte, possiblement comme un crime<sup>99</sup>. Le statut de prisonnier de guerre est présenté à l'article 4 de la troisième Convention. On y dit que « sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : les membres des forces armées d'une Partie au conflit »<sup>100</sup>. Les personnes qui peuvent bénéficier de ce traitement sont les combattants étatiques. Les termes « forces armées » ou « combattant étatique » sont définis dans le premier Protocole additionnel :

Toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnue par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés<sup>101</sup>.

Ce type de privilège a été abordé par la CIDH pour déterminer la relation entre les droits et les obligations qui découlent de la fonction de combattant. La Commission mentionne : « The combatant's privilege is in essence a license to kill or wound enemy combatants and destroy other enemy military objectives. A lawful combatant possessing this privilege must be given prisoner of war status upon capture and immunity from criminal prosecution »<sup>102</sup>. Les combattants ont donc des privilèges associés à leur fonction, mais ils ont également des obligations strictes de se conformer aux conduites des hostilités et notamment aux principes fondamentaux du droit international humanitaire.

---

<sup>99</sup> Geoffrey S Corn, « Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors Symposium: Defense Policy » (2011) 22:1 Stanf Law Policy Rev 253-294 à la p 256; Jens David Ohlin, « The Combatant's Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts » (2015) 40:2 Yale J Int Law 337-392.

<sup>100</sup> *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, R.T.N.U. 973, (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art. 4.

<sup>101</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 43.

<sup>102</sup> *Report on terrorism and human rights* (2002), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.116, para. 68; voir également Knut Dormann, « The Legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants » (2003) 85:849 Int Rev Red Cross 45-74 aux pp 44-45.



Les personnes civiles, quant à elles, bénéficient d'une protection générale contre les attaques en vertu des principes coutumiers, mais aussi de la quatrième Convention de Genève. La protection générale accordée aux civils dépend intrinsèquement du principe de distinction comme abordé précédemment, c'est-à-dire de l'obligation de distinguer les combattants de ceux qui ne participent pas directement aux hostilités<sup>103</sup>. Les personnes civiles sont définies comme celles qui ne sont pas des combattants et qui ne figurent pas à l'article 4 de la troisième Convention ni à l'article 43 du premier Protocole<sup>104</sup>. La protection en question est applicable tant et aussi longtemps que le statut de la personne civile ne change pas et que celle-ci ne prend pas part directement aux hostilités<sup>105</sup>. Autrement dit, aussitôt que les civils participent directement aux hostilités, ils perdent leurs protections contre des attaques et deviennent, ce que certains juristes appellent dans la littérature, des combattants illégaux ou des combattants non-privilégiés<sup>106</sup>. Ces civils ont les mêmes obligations que les combattants étatiques, mais ne peuvent pas bénéficier des mêmes droits, à savoir le statut de prisonnier de guerre et l'immunité de combattant.

La question de la participation directe aux hostilités a fait l'objet d'un guide interprétatif qui éclaircit le concept et répond à certaines interrogations<sup>107</sup>. Nils Melzer explique, dans le guide, que la notion de participation directe aux hostilités se réfère à trois critères cumulatifs. Ces critères sont : « a threshold regarding the harm likely to result from the act; a relationship of direct causation between the act and the expected harm; a belligerent nexus between the act and the hostilities conducted between the parties to an armed conflict »<sup>108</sup>. Aussitôt que l'action d'une personne civile rencontre les critères mentionnés dans le guide interprétatif, cette personne ne bénéficie plus de la protection qui lui est normalement accordée, et ce pour la durée de l'action<sup>109</sup>. Cette personne civile peut toutefois retrouver ses protections face aux conflits lorsque sa participation directe aux hostilités se termine.

---

<sup>103</sup> Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3<sup>e</sup> éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 aux pp 27-30; Corn, *supra* note 99 à la p 256.

<sup>104</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 50; Corn, *supra* note 99 à la p 261.

<sup>105</sup> Dinstein, *supra* note 103 aux pp 27-32.

<sup>106</sup> Kenneth W Watkin, « Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflict in the 21st Century » (2003) 1 *Isr Def Forces Law Rev* 69-96 à la p 73.

<sup>107</sup> Melzer, *supra* note 98.

<sup>108</sup> *Ibid* à la p 46.

<sup>109</sup> *Ibid* aux pp 70-73.

Pour ce qui est maintenant du statut des combattants et des non-combattants dans les situations de CANI, il existe quelques différences qui méritent d'être développées. On a souvent affirmé qu'il n'existe pas de privilège de belligérance dans les CANI et que les combattants qui y participent à travers un groupe armé non étatique sont considérés comme des combattants illégaux<sup>110</sup>. Cependant, cette supposition ne découle pas des sources conventionnelles qui traitent les CANI. Selon David Kretzmer, le Protocole additionnel II n'aborde pas la question des combattants illégaux pour la simple raison que les États n'étaient pas enclins à attribuer le privilège de combattant à des groupes armés non étatiques<sup>111</sup>. Le fait d'attribuer les mêmes droits que les combattants étatiques offrirait une légitimité aux groupes armés qui ne se justifie pas du point de vue du *Jus ad Bellum*.

Dans les situations de CANI, ce que certains appellent « les combattants illégaux », ne possèdent ni le statut de combattants ni le statut de civils et peuvent faire l'objet d'attaques tant et aussi longtemps qu'ils sont en fonction de combat continue<sup>112</sup>. La fonction de combat continue est définie par le guide interprétatif du CICR. Il est écrit :

Continuous combat function does not imply *de jure* entitlement to combatant privilege. Rather, it distinguishes members of the organized fighting forces of a non-State party from civilians who directly participate in hostilities on a merely spontaneous, sporadic, or unorganized basis, or who assume exclusively political, administrative or other non-combat function<sup>113</sup>.

Ainsi, le test applicable pour déterminer si une personne civile peut faire l'objet d'une attaque, parce que celle-ci perd la protection normalement attribuable aux civils, est d'évaluer si elle participe directement aux hostilités. Pour ce qui est des combattants illégaux, le test est différent. En effet, c'est la fonction de combat continue qui permet de déterminer le statut pour ce type de combattant. Les deux tests diffèrent pour des raisons logiques, car le fait d'utiliser le test de participation directe aux hostilités pour les membres actifs de groupes armés non étatiques leur attribuerait un avantage opérationnel non

---

<sup>110</sup> David Kretzmer, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? » (2005) 16:2 Eur J Int Law 171-212 aux pp 197-198; Ohlin, *supra* note 99 aux pp 338-339.

<sup>111</sup> Kretzmer, *supra* note 110 aux pp 197-198.

<sup>112</sup> Melzer, *supra* note 98 aux pp 33-34.

<sup>113</sup> *Ibid.*

justifiable<sup>114</sup>. Dans de telles circonstances, les combattants illégaux ne pourraient seulement être ciblés durant la période de temps où ils commettent des « actes illicites ».

La distinction entre CANI et CAI ici ne repose pas nécessairement sur la nature du conflit, mais sur les statuts des personnes qui participent au conflit. Dans les situations de CANI, le conflit a lieu entre un État et un groupe armé non étatique, c'est-à-dire entre des combattants privilégiés et des combattants non-privilégiés. Les CAI quant à eux impliquent des combattants étatiques et donc des combattants privilégiés.

Malgré cette différence, il existe actuellement, dans la doctrine, un débat à savoir si les groupes armés non étatiques ne devraient pas eux aussi avoir le privilège de belligérance, et si l'attribution d'un tel privilège ne représenterait pas un incitatif, pour les membres du groupe armé, à se conformer au droit international humanitaire<sup>115</sup>. La question a été soulevée à plusieurs reprises et Claus Kress a illustré le problème de manière explicite en posant cette interrogation: « what incentive is there for the non-State armed forces to obey the international humanitarian rules if they are doomed to face punishment at the end of the armed conflict unless they prevail militarily ? »<sup>116</sup>.

Le problème présenté ici est que les groupes armés non étatiques ont l'obligation de se conformer au droit international humanitaire, mais ne bénéficient d'aucun incitatif à remplir leur obligation<sup>117</sup>. À titre d'exemple, on peut imaginer un combattant non-privilégié qui participe activement aux hostilités. Ce combattant a le choix de se conformer au principe de distinction ou non. S'il se distingue et applique le droit international humanitaire comme il se doit, celui-ci est opposable juridiquement en droit interne pour sa participation aux hostilités, considérant l'absence de privilège de belligérance. Ensuite, si le combattant viole les principes fondamentaux de la conduite des hostilités et ne se

---

<sup>114</sup> *Ibid* aux pp 71-73.

<sup>115</sup> Marco Sassòli, « Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law » (2010) 1:1 J Int Humanit Leg Stud 5-51; Corn, *supra* note 99.

<sup>116</sup> Claus Kreß et Frédéric Mégret, « The Regulation of Non-International Armed Conflicts: Can a Privilege of Belligerency be Envisioned in the Law of Non-International Armed Conflicts? » (2014) 96:893 Int Rev Red Cross 29-66 à la p 38.

<sup>117</sup> Nils Melzer, « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict » dans *Realizing utopia: the future of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012 aux pp 514-516; Anne-Marie La Rosa et Carolin Wuerzner, « Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law Sanctions » (2008) 90:870 Int Rev Red Cross 327-342 à la p 335.

distingue pas des personnes civiles, celui-ci est tout autant opposable, en droit interne, du fait d'avoir pris les armes. La seule option qu'a le combattant pour éviter des sanctions juridiques internes est de remporter le conflit. Or, sous cette optique c'est la deuxième option, celle d'ignorer les normes de droit international humanitaire, qui favorise davantage le combattant, parce que la violation, par exemple, du principe de distinction lui offrirait un avantage stratégique<sup>118</sup>. Ce dernier a donc un plus grand incitatif à violer les normes qu'à s'y conformer.

Pour contrer cette absence d'incitatifs, certains juristes ont proposé d'attribuer aux combattants des groupes armés non étatiques le privilège de belligérance<sup>119</sup>. Dans de tels cas, le combattant présenté dans l'exemple ne serait pas opposable en droit interne pour le fait d'avoir pris les armes, mais le serait uniquement s'il violait les normes du droit international humanitaire. Bien que cette proposition représenterait un incitatif à se conformer aux normes, certains États craignent qu'elle incite aussi les rébellions contre l'État territorial<sup>120</sup>. En effet, si les groupes armés non étatiques ne se trouvaient pas en violation du droit international du fait de participer au conflit, grâce à l'attribution d'un privilège de belligérance, quels seraient alors les contres incitatifs à prendre les armes ? Autrement dit, l'attribution d'un tel privilège ne serait pas une forme de légitimation de la violence ?

Pour ce qui est des questions du *Jus ad Bellum*, il faut mentionner que plusieurs auteurs se sont penchés sur cette interrogation et quelques-uns d'entre eux ont proposé un *Jus ad Bellum* interne<sup>121</sup>. Le *Jus contra bellum internum* développé par Kress est une condition qui permettrait l'attribution d'un privilège de belligérance sans toutefois légitimer le recours à la force armée chez les groupes non étatiques<sup>122</sup>. Plus précisément, Kress propose

---

<sup>118</sup> Tom Ruys, « The Syrian Civil War and the Achilles' Heel of the Law of Non-International Armed Conflict » (2014) 50:2 *Stanf J Int Law* 247-280. L'auteur explique que non seulement les combattants des groupes armés non-étatique n'ont pas d'incitatifs à se conformer au droit international dans des situations de CANI, mais que ce manque de conformité peut être favorisé par des normes de droit pénal interne excessives, comme la peine de mort dans le cas syrien : « the non-recognition of the combatant privilege on the part of rebel fighters – and, in particular, their exposure to such heavy sentences solely on the basis of their taking part in the armed conflict – greatly reduces their incentive to comply with LOAC ».

<sup>119</sup> Melzer, *supra* note 117; Kreß et Mégret, *supra* note 116.

<sup>120</sup> Kreß et Mégret, *supra* note 116 aux pp 38-42.

<sup>121</sup> Eliav Lieblich, « Internal Jus ad Bellum » (2015) 67:3 *Hastings Law J* 687-748.

<sup>122</sup> Kreß et Mégret, *supra* note 116.

une attribution du privilège de belligérance aux combattants illégaux, mais qui serait accompagné d'un droit interne de recourir à la force armée. Selon cette proposition, les combattants des groupes armés ne peuvent pas être imputables du fait d'avoir commis ce qui serait dans un autre contexte un meurtre, mais peuvent l'être pour avoir pris les armes illégalement, c'est-à-dire en violation du *Jus contra bellum internum*<sup>123</sup>. D'un côté, ces combattants auraient un incitatif à se conformer aux principes du droit international humanitaire pour éviter tous recours en droit pénal, et de l'autre côté les États bénéficieraient d'une protection *ad bellum* interne. On verrait donc une dichotomie *Jus ad bellum/Jus in bello* en droit des CANI équivalente à celle en droit international.

Ainsi, l'idée du *Jus contra bellum internum* et le privilège de belligérance permettrait un rapprochement entre les normes provenant du droit des CANI et celui des CAI, car dans les deux situations les combattants, qu'ils soient étatiques ou traditionnellement illégaux par leur affiliation avec des groupes armés non étatiques, bénéficieraient du statut de prisonnier de guerre et l'immunité de combattant. Mais comme cette proposition relève du *lex ferenda* et non du *lex lata*, cette différence de statut représente en soi une adéquation entre le droit régissant les CANI et les CAI.

Cette adéquation souligne, encore une fois, l'importance de l'exercice de qualification des CAT. Comme le rappelle Jordan Paust:

Counterfactual classification of an armed conflict as one that is not of an international character can pose threats of civil and criminal responsibility for soldiers who engage in detention and killing of persons on battlefield even when identical conduct would be permissible during an armed conflict of an international character<sup>124</sup>.

La classification d'un CAT peut effectivement avoir des répercussions sur le déroulement des hostilités, notamment sur le traitement des combattants, mais nous verrons qu'elle peut également avoir des conséquences sur le droit pénal international.

---

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Jordan J Paust, « NIAC Nonsense, the Afghan War, and Combatant Immunity » (2015) 44:3 Ga J Int Comp Law 555-576 à la p 575.

### 1.2.3. Droit pénal international

La dernière différence que nous aborderons entre le droit des CAI et le droit des CANI est liée au traitement pénal des infractions graves des Conventions de Genève et des crimes de guerre. Dans la régulation des CAI, les infractions graves sont énumérées à l'article 50 de la première Convention de Genève comme étant :

L'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire<sup>125</sup>.

En plus des infractions énumérées à l'article 50, le Protocole additionnel I vient détailler davantage ce qui est considéré comme une infraction grave à l'article 11 et plus spécifiquement à l'article 85<sup>126</sup>. L'article 3 commun et le Protocole additionnel II qui régissent les CANI ne contiennent quant à eux aucune disposition sur le traitement des infractions graves<sup>127</sup>.

Les Conventions de Genève attribuent la compétence universelle pour le traitement des infractions graves commises dans le cadre d'un CAI. Cette attribution est reflétée notamment dans l'article 49 de la première Convention où on affirme que chaque Partie contractante « aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité »<sup>128</sup>. Cette disposition rend donc explicite le critère de nationalité, et même si l'aspect territorial n'est pas mentionné,

---

<sup>125</sup> *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, R.T.N.U. 973, (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art. 50.

<sup>126</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 11-85; Lindsay Moir, « Grave Breaches and Internal Armed Conflicts » (2009) 7:4 J Int Crim Justice 763-788 à la p 764.

<sup>127</sup> Eve La Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Leiden, Cambridge University Press, 2008 aux pp 224-226; D Fleck, « Shortcomings of the Grave Breaches Regime » (2009) 7:4 J Int Crim Justice 833-854 aux pp 837-846.

<sup>128</sup> Convention de Genève I, *supra* note 125, art. 49.

il est largement compris en droit international que la compétence universelle s'applique peu importe où le crime a été commis<sup>129</sup>. Les États n'ont pas seulement la possibilité d'appliquer cette compétence, mais bien *l'obligation* de poursuivre les auteurs d'infractions graves.

Pour ce qui est du cas des CANI, il n'existe pas d'équivalent aux infractions graves prévues par le droit des CAI<sup>130</sup>. Les Conventions de Genève ne prévoient pas de telle disposition parce que, traditionnellement, ce type de conflit a lieu entre un État et un groupe armé non étatique sur le territoire de l'État territorial. Autrement dit, le traitement de ce qui est considéré comme une infraction grave dans le droit des CANI relève, dans ce cas-ci, de la prérogative souveraine et est réglé en droit interne<sup>131</sup>. Cette adéquation s'est reflétée dans la classification jurisprudentielle de certains conflits. En effet, comme il n'existe pas d'équivalent aux infractions graves dans le droit des CANI, certains ont démontré que le TPIY avait, dans les premières années, une tendance à qualifier le conflit armé yougoslave comme étant international afin de pouvoir traiter ces infractions<sup>132</sup>. La qualification internationale du conflit yougoslave permettait l'application de l'article 2 du Statut du tribunal, ce qui n'aurait pas été possible si le conflit était considéré comme un CANI. Cet exemple montre bien les effets concrets que peut avoir la qualification d'un CAT.

De plus, le fait qu'il n'existe pas de dispositions relatives au traitement des infractions graves dans le droit des CANI ne veut pas dire qu'il n'existe aucune opposabilité pour les violations du DIH commises dans des conflits internes. S'il existe un écart juridique dans le traitement des infractions graves entre le droit des CANI et celui des CAI, il existe

---

<sup>129</sup> Roger O'Keefe, « The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction » (2009) 7:4 J Int Crim Justice 811-832 à la p 813.

<sup>130</sup> Knut Dormann, Louise Doswald-Beck et Robert Kolb, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 à la p 18; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p 56; Marko Divac Öberg, « The Absorption of Grave Breaches into War Crimes Law » (2009) 91:873 Int Rev Red Cross 163-183 à la p 170.

<sup>131</sup> W Ferdinandusse, « The Prosecution of Grave Breaches in National Courts » (2009) 7:4 J Int Crim Justice 723-741.

<sup>132</sup> Rogier Bartels, « The Classification of Armed Conflicts by International Criminal Courts and Tribunals » (2020) 1:aop Int Crim Law Rev 1-74 aux pp 9-10; Marco Sassòli, « The Legal Qualification of the Conflict in the Former Yugoslavia : Double Standards or New Horizons for International Humanitarian Law ? » dans *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, London, Routledge, 2001, 560 aux pp 329-333.

cependant un certain rapprochement dans les cas de crimes de guerre. Ces crimes sont définis comme étant: « the violations of the rules of *jus in bello*, which entail, in international law, the personal criminal responsibility of the individuals who commit them »<sup>133</sup>. Georges Abi-Saab explique que: « In other words, international law attributes to these violations a penal consequence which goes beyond the traditional legal effect of violating its rules in terms of State responsibility<sup>134</sup>.

L'évolution du concept de crimes de guerre a atteint son paroxysme en droit pénal international avec l'adoption du Statut de Rome et la mise en place de la CPI. Alors que le Statut du TPIY ne prévoyait pas explicitement une compétence pour les crimes de guerre commis dans des CANI, le Statut de Rome au contraire étend plus largement la compétence de la CPI<sup>135</sup>. Pour ce qui était des autres tribunaux *ad hoc* comme le TPIR et le Tribunal spécial pour la Sierre Leone (TSSL) ceux-ci avaient compétence pour les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole additionnel II<sup>136</sup>. Même si ces tribunaux avaient une compétence restreinte dans le traitement des violations du DIH et spécifiquement des crimes de guerre, il reste néanmoins que leurs statuts reconnaissaient l'existence de ces crimes dans les situations de CANI<sup>137</sup>.

Le rapprochement entre les situations de CANI et de CAI dans le traitement des crimes de guerre s'est en effet renforcé grâce aux tribunaux *ad hoc*, mais s'est davantage développé avec l'article 8 du Statut de Rome. L'article 8 (2) (a) du Statut donne compétence à la CPI

---

<sup>133</sup> Georges Abi-Saab, « The Concept of War Crimes » dans *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, London, Routledge, 2001, 560 à la p 112.

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> William A Schabas, « Atrocity crimes (genocide, crimes against humanity and war crimes) » dans William A Schabas, dir, *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, 1<sup>re</sup> éd, Cambridge University Press, 2015, 199-213 à la p 203.

<sup>136</sup> Göran Sluiter, « Ad hoc International Criminal Tribunals (Yugoslavia, Rwanda, Sierra Leone) » dans William A Schabas, dir, *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, 1<sup>re</sup> éd, Cambridge University Press, 2015, 117-136 aux pp 122-123.

<sup>137</sup> Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 3e éd, Oxford, Oxford University Press, 2014 aux pp 406-410. L'auteur explique que dans les commentaires sur le statut du TPIY, le CICR en 1993 concluait que le concept de crimes de guerre était limité aux conflits internationaux. Cependant, le statut du TPIR et spécifiquement l'article 4 a étendu en 1994 la compétence du tribunal pour des violations du DIH dans les conflits internes. Cet avancement, en plus de la reconnaissance dans l'affaire Tadić du caractère coutumier du droit pénal applicable dans les CANI, a influencé selon Werle le développement du statut de Rome et l'élargissement en droit pénal du traitement accordé pour les violations du DIH dans les conflits internes.



pour toutes les infractions graves aux Conventions de Genève<sup>138</sup>. Comme nous l'avons vu, les infractions graves font partie du droit applicable pour les situations de CAI. Ensuite, l'article 8 (2) (b) concerne les autres violations graves des lois et coutumes applicables au CAI. Il faut donc en comprendre que les deux premiers articles du Statut de Rome sur les crimes de guerre s'appliquent pour des conflits internationaux ; l'article 8 (2) (a) est strictement basé sur les infractions graves, alors que 8 (2) (b) s'adresse aux violations du droit coutumier régissant ce type de conflit<sup>139</sup>. Il est intéressant de noter que le Statut de Rome encadre les infractions graves aux Conventions de Genève à l'article 8 (2) (a), c'est-à-dire dans la section traitant les crimes de guerre. Cette situation illustre, selon certains, l'absorption des infractions graves dans ce qui est considéré en droit pénal comme étant un crime de guerre<sup>140</sup>.

Pour ce qui est des crimes de guerre commis dans les situations de CANI, c'est l'article 8 (2) (c) qui traite des violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. On y énonce spécifiquement :

- i) Les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture; ii) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ; iii) les prises d'otages; iv) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables<sup>141</sup>.

L'article 8 (2) (c) aborde donc les violations graves du droit conventionnel des CANI, comme le fait l'article 8 (2) (a) pour les infractions graves des Conventions de Genève en droit des CAI. Quant aux violations graves du droit coutumier dans les conflits ne présentant pas un caractère international, c'est l'article 8 (2) (e) qui détermine les infractions qui sont considérées comme des crimes de guerre. Les infractions énumérées dans le Statut de Rome concernant les crimes de guerre sont plus nombreuses pour les

<sup>138</sup> Statut de Rome, *supra* note 90, art. 8.2.

<sup>139</sup> Werle, *supra* note 137 à la p 409; Bartels, *supra* note 132 à la p 25.

<sup>140</sup> Öberg, *supra* note 130.

<sup>141</sup> Statut de Rome, *supra* note 90, art. 8.2.

situations de CAI que pour celles de CANI<sup>142</sup>. Il en résulte une plus grande capacité pour la CPI de traiter des crimes de guerre qui sont commis dans les conflits internationaux.

Même s'il existe un rapprochement en droit coutumier entre le droit des CAI et celui des CANI, l'application des articles 8 (2) (b) et 8 (2) (e) – qui traitent respectivement des violations du droit coutumier en droit des CAI et des CANI – n'a pas la même portée spécifiquement parce qu'il existe des différences entre les deux régimes juridiques<sup>143</sup>. Comme Gerhard Werle le rappelle, « the scope of criminal conduct in non-international armed conflict is to some extent narrower than in international conflict because not all rules of international humanitarian law apply to non-international armed conflict »<sup>144</sup>. Ainsi, sous une perspective de qualification des CAT, la différence qui existe dans le traitement des crimes de guerre dans le droit des CAI et des CANI fait en sorte que la détermination de la nature d'un conflit peut influencer la capacité de la CPI par exemple à traiter ou non un crime de guerre.

Nous avons démontré, dans ce chapitre, que la qualification des CAT peut avoir un impact sur le traitement des combattants et sur l'application du droit pénal international. Nous verrons donc, dans la prochaine section, comment la doctrine et les jurisprudences internationales définissent les conflits transnationaux.

---

<sup>142</sup> La Haye, *supra* note 127 à la p 340.

<sup>143</sup> Djamchid Momtaz, « War Crimes in Non-international Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court » (1999) 2 Yearb Int Humanit Law 177-192 à la p 181. L'auteur affirme : « It is generally agreed that this progressive extension of international humanitarian law to non-international armed conflicts only concerns a certain number of principles and rules governing international armed conflicts, and its limited to the essence of the rules ».

<sup>144</sup> Werle, *supra* note 137 aux pp 408-409.

## CHAPITRE II

### QUALIFICATION DES CONFLITS TRANSNATIONAUX

Le premier chapitre de ce travail a permis d'analyser la relation juridique qui existe entre le droit régissant les CAI et celui des CANI. Nous avons vu qu'en droit coutumier, on retrouve une tendance, qui s'est concrétisée avec les jurisprudences du TPIY, à rapprocher le droit des CANI à celui des CAI. En effet, les principes fondamentaux du DIH que nous avons présenté s'appliquent désormais autant dans des conflits internationaux que non internationaux. Malgré cette tendance, il existe également quelques différences notables entre les deux régimes. Ces différences, qui ont aussi été développées dans le premier chapitre, soulignent l'importance de déterminer correctement la nature d'un conflit, puisque cet écart entre le droit des CAI et des CANI peut entraîner des répercussions sur la conduite des hostilités d'un conflit.

Maintenant que nous avons présenté les raisons qui justifient l'importance de la qualification des conflits armés, nous allons, dans ce chapitre, analyser si les CAT sont considérés comme des CAI ou des CANI. Pour illustrer les situations de CAT, nous utiliserons dans les prochaines pages l'exemple de l'État A qui intervient contre le groupe armé C se trouvant dans le territoire de l'État B<sup>145</sup>. Comme nous le savons, même si les CAT existent de manière factuelle, leur seul encadrement normatif découlent d'un écart de définition entre les CAI et les CANI et tombent spécifiquement entre l'article 2 et 3 des Conventions de Genève.

---

<sup>145</sup> Cet exemple est utilisé notamment dans Djemila Carron, *L'acte déclencheur d'un conflit armé international*, coll Genevoise, Genève, Schulless Éditions Romandes, 2016.

Dans la doctrine, il existe en général trois manières de définir les CAT<sup>146</sup>. La position majoritaire se réfère au consentement de l'État B pour déterminer si le conflit armé entre l'État A et le groupe armé C implique le droit des CAI ou des CANI. Autrement dit, la première position, qui sera présentée brièvement dans ce chapitre, est basée sur un argument concernant la violation ou non du *Jus ad bellum*. Cette position tente de démontrer qu'une intervention peut être légitime du point de vue du *Jus ad bellum*, en étant conforme notamment aux principes de non-intervention de la Charte des Nations Unies, et impliquer malgré tout le droit des CAI du fait de l'absence de consentement. La logique ici est de rattacher l'exercice de qualification des CAT à un argument de *Jus ad bellum* qui est spécifiquement positionné derrière des principes phares que sont la non-intervention et plus largement la souveraineté étatique.

Ensuite, les deux autres manières de déterminer la nature d'un CAT reposent en fait sur des interprétations de termes spécifiques que l'on retrouve dans les articles 2 et 3. Les termes « caractère international » et « surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » sont les notions qui sont étudiées dans la doctrine et qui posent certains problèmes pour la qualification des CAT.

En effet, la deuxième méthode utilisée pour qualifier la nature du conflit en question est d'utiliser une interprétation territoriale des articles 2 et 3 des Conventions de Genève. Cette position met l'accent sur l'aspect territorial du conflit et sur les références territoriales de ces articles.

Finalement, la troisième méthode de qualification des CAT est l'interprétation identitaire de ces articles. Cette interprétation, quant à elle, utilise comme objet qualificatif l'identité des Parties au conflit. Nous verrons que les deux interprétations utilisent les mêmes méthodologies analytiques qui sont littérales et contextuelles, mais qu'elles mènent pourtant à des conclusions totalement opposées l'une de l'autre.

---

<sup>146</sup> *Ibid* aux pp 353-375; Carron, *supra* note 11.

## 2.1. Consentement et *Jus ad bellum* comme méthodes de qualification des CAT

Sans vouloir aborder la distinction claire qui doit être faite entre le *Jus ad bellum* et le *Jus in bello*<sup>147</sup> et suivant le cadre du travail qui se réfère au DIH, il faut, malgré tout, présenter comment la position majoritaire dans la doctrine utilise une analyse basée sur le droit du recours à la force pour déterminer la nature d'un CAT. Devant l'exemple de l'État A qui intervient contre le groupe armé C dans le territoire de l'État B, les partisans de cette position vont se demander si l'État B consent à l'intervention de l'État A sur son territoire<sup>148</sup>. Si l'État B consent à l'intervention de l'État A sur son territoire, ce serait alors le droit des CANI qui s'appliquerait, considérant le fait qu'il n'existe pas de conflit à proprement interétatique. Marco Sassoli a expliqué que: « the law of international armed conflict applies when a state is directing hostilities against a transnational armed group on the territory of another state without the agreement of the latter state »<sup>149</sup>. Selon cette position, l'objet central qui permet de déterminer le droit applicable pour les situations de CAT est essentiellement le consentement de l'État territorial.

Pour opérationnaliser le test du consentement, les partisans de cette position ont fréquemment utilisé l'exemple d'Israël qui est intervenu contre le Hezbollah dans le territoire du Liban en 2006<sup>150</sup>. L'intervention d'Israël à la suite des attaques du Hezbollah n'était pas autorisée par les autorités libanaises et permettait donc l'application du droit des CAI<sup>151</sup>. L'argument qui était alors utilisé par Israël pour justifier leurs interventions au

---

<sup>147</sup> Keiichiro Okimoto, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Oxford ; Portland, Or, Hart Publishing, 2011. Okimoto explique que peu importe si un État viole le *jus ad bellum* ou non, il reste que le *jus in bello* s'applique également entre les Parties au conflit, indépendamment de la légitimité du recours à la force. Autrement dit, un État qui viole l'article 2.4 de la Charte des Nations Unies n'a pas moins de droits en *jus in bello* que l'État qui subit l'agression.

<sup>148</sup> Andreas Paulus et Mindia Vashakmadze, « Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict - A Tentative Conceptualization » (2009) 91:873 Int Rev Red Cross 95-126 à la p 112; Akande, *supra* note 6 aux pp 43-44; Arimatsu, *supra* note 69 à la p 184; Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, « A Taxonomy of Armed Conflict » dans *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus Post Bellum*, 2013, 256-314; Adil Ahmad Haque, « Whose Armed Conflict: Which Law of Armed Conflict » (2016) 45:3 Ga J Int Comp Law 475-494.

<sup>149</sup> Marco Sassòli, « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law » [2006] 6 Program Humanit Policy Confl Res Harv Occas Pap Ser 1-45 à la p 5.

<sup>150</sup> Voir par exemple Milanovic et Hadzi-Vidanovic, *supra* note 148 aux pp 36-37.

<sup>151</sup> Sassòli, *supra* note 149 à la p 5.

Liban était la légitime défense face à un groupe armé non étatique, en l'occurrence le Hezbollah, et non pas une volonté implicite d'intervenir contre l'État territorial. À ce sujet, Michael Schmitt rappelle que:

If the sanctuary State either proves unable to act or chooses not to do so, the State under attack may [...] non-consensually cross into the latter's territory for the sole purpose of conducting defensive operations. The victim State may not conduct operations directly against sanctuary State forces and must withdraw as soon as its defensive requirements have been met<sup>152</sup>.

Selon certains juristes, ce conflit démontre bien l'écart de définition qui existe entre les CAI et les CANI et spécifiquement des termes de l'article 2 et 3 des Conventions de Genève<sup>153</sup>.

La question du consentement provient du principe de souveraineté et d'intégrité territoriale, et est reflétée par l'article 2.4 de la Charte des Nations Unies. On y mentionne que « les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État »<sup>154</sup>. C'est dans cette optique que s'est développée la position du consentement pour déterminer la nature d'un CAT. Selon cette position une intervention peut être autorisée indépendamment du fait qu'il y ait violation de l'intégrité territoriale ou de l'indépendance politique. Ce qui importe ici c'est de définir le concept de consentement et de déterminer qui sont les personnes ou entités aptes à le donner.

Les critères qui permettent de valider le consentement à une intervention sont énumérés à l'article 20 du *Projet d'articles sur la responsabilité des États* de la Commission du droit international (CDI)<sup>155</sup>. Le premier critère est que celui-ci doit être clairement établi et doit

---

<sup>152</sup> Michael N Schmitt, « Change Direction 2006: Israeli Operations in Lebanon and the International Law of Self-Defense » (2007) 29:2 Mich J Int Law 127-164 aux pp 161-162.

<sup>153</sup> Geoffrey S Corn, « Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict » (2007) 40:2 Vanderbilt J Transatl Law 295-356.

<sup>154</sup> Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, RT Can 1945 no.7, art. 2.4.

<sup>155</sup> Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001; voir Assemblée générale, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. off., A/RES/56/83, 28 janvier 2002, art. 20; Eliav Lieblich, « Intervention and Consent: Consensual Forcible Interventions in Internal Armed Conflicts as International Agreements » (2011) 29:2 Boston Univ Int Law J 337-382 à la p 363; Isabella Wong, « Authority to Consent to the Use of Force in Contemporary International Law: the Crimean and Yemeni Conflicts » (2019) 6:1 J Use Force Int Law 52-82 aux pp 56-58.

être vérifiable durant le déroulement de l'action autorisée<sup>156</sup>. Ensuite, il doit être donné par des autorités compétentes, c'est-à-dire par des individus qui, par leur fonction dans l'organe étatique, sont habilités à donner une telle autorisation. Sur cette question, la CDI est restée relativement vague et n'a pas explicitement déterminé quelles personnes ou quelles entités avaient compétence pour donner un tel consentement. La CDI a simplement affirmé que « ces questions dépendent des règles du droit international qui se rapportent à la manifestation de la volonté de l'État, ainsi qu'aux règles de droit interne auxquelles renvoie, dans certains cas, le droit international »<sup>157</sup>.

Si cette méthode de qualification basée sur le consentement a le mérite de se conformer aux principes fondamentaux du droit international, elle soulève malgré tout plusieurs problèmes que nous devons soulever. En effet, il existe des situations de *unreconciled consent* comme l'explique Ashley Deeks, c'est-à-dire des situations où le consentement délivré par l'État territorial est inconsistant avec certaines obligations internationales<sup>158</sup>. Le problème le plus marquant sous-tend la question de la reconnaissance de l'organe habilité à donner ou non l'autorisation à une intervention sur son territoire. Dans une situation de CANI où, par exemple, le groupe armé non étatique réussit à partiellement renverser le gouvernement légitime, quel consentement doit être pris en compte pour une intervention étrangère ? Autrement dit, comment reconnaît-on le gouvernement légitime ?

Cette question a largement été traitée par Louise Doswald-Beck dans l'étude de plusieurs jurisprudences quant à savoir si c'est le contrôle *de facto* ou *de jure* de l'État qui permet de déterminer la légitimité d'un gouvernement, et celle-ci conclut : « it is clear from these case that *de facto* control over the nation was the principal criterion in assessing the existence of a government »<sup>159</sup>. Pour elle, ce qui assure la légitimité d'un gouvernement c'est le contrôle *de facto* et non pas *de jure* de l'État. Malgré cela, comme certains juristes l'ont démontré, il existe d'autres critères pour déterminer les personnes ou entités habilitées

---

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*, art. 20.5.

<sup>158</sup> Ashley S Deeks, « Consent to the Use of Force and International Law Supremacy » (2013) 54:1 Harv Int Law J 1-60 à la p 21.

<sup>159</sup> L Doswald-Beck, « The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government » (1986) 56:1 Br Yearb Int Law 189-252 à la p 236.

à donner le consentement à une intervention<sup>160</sup>. Dans le cadre d'un conflit armé, David Wippman affirme:

Most states continue to accord substantial deference to the will of a recognized, incumbent government, even after it arguably lost control of a substantial portion of the state, so long as the government retains control over the capital city and does not appear to be in imminent danger of collapse<sup>161</sup>.

Pour cet auteur le critère de contrôle *de facto* ne doit pas prendre en considération l'ensemble du territoire ni même la majorité du territoire, mais bien spécifiquement la capitale de l'État.

En cas de manque de contrôle *de facto* de la part d'un gouvernement, Doswald-Beck explique que c'est la reconnaissance du gouvernement par la communauté internationale qui lui attribue sa légitimité<sup>162</sup>. Or, la question de la reconnaissance ne trouve pas toujours un consensus et peut mener à des situations où le gouvernement d'un État est reconnu par certains et non pas par d'autres. C'est le cas notamment en Libye où le GNA (*Government of National Accord*) est dans une situation de CANI contre les forces de Khalifa Haftar, la LNA (*Libyan National Army*), dans l'est du territoire libyen. En effet, les troupes de la LNA, qui sont supportées par la Russie, les Émirats arabes unis et l'Égypte, ont réussi à prendre le contrôle de la majorité du territoire<sup>163</sup>. En début 2020, le LNA contrôlait l'est et le sud de la Libye, ainsi que la capitale Tripoli avant de se retirer au mois de juin<sup>164</sup>.

Si on opérationnalise cette situation selon la méthode de qualification des CAT basée sur le consentement et que l'on garde à l'esprit les critères de légitimation d'un gouvernement pouvant donner l'autorisation à une intervention, on peut se retrouver face à certains

---

<sup>160</sup> Max Byrne, « Consent and the Use of Force: An Examination of 'Intervention by Invitation' as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen » (2016) 3:1 J Use Force Int Law 97-125 aux pp 11-14.

<sup>161</sup> David Wippman, « Military Intervention, Regional Organizations, and Host-State Consent Symposium: The United Nations, Regional Organizations, and Military Operations » (1996) 7:1 Duke J Comp Int Law 209-240 à la p 220.

<sup>162</sup> Doswald-Beck, *supra* note 159 à la p 199.

<sup>163</sup> Aljazeera, « Libya: Haftar's LNA says pulling back from Tripoli front lines » (20 may 2020), en ligne : < <https://www.aljazeera.com/news/2020/05/libya-haftar-lna-pulling-tripoli-front-lines-200520180907058.html> >.

<sup>164</sup> BBC News, « Libya conflict: GNA regains full control of Tripoli from Gen. Haftar » (4 june 2020), en ligne : < <https://www.bbc.com/news/world-africa-52920373> >.



problèmes. La Russie, les Émirats arabes unis et l'Égypte pourraient par exemple intervenir militairement en territoire libyen et appliquer le droit des CANI, car ceux-ci reçoivent l'autorisation de la LNA – qui représentent selon eux le gouvernement légitime étant donné le contrôle *de facto* du territoire et la prise de Tripoli. Autrement dit, certains États pourraient, en premier lieu, reconnaître la LNA comme le gouvernement légitime capable de donner son consentement à une intervention (conformément aux critères de l'article 20 du *Projet d'articles sur la responsabilité des États*) parce que le groupe en question répond aux critères présentés plus haut, c'est-à-dire le contrôle *de facto* et selon certains le contrôle de la capitale.

Ensuite, comme l'intervention de ces États se ferait avec le consentement de l'État territorial et du gouvernement légitime nouvellement reconnu comme étant la LNA, ceux-ci appliqueraient le droit des CANI. On se retrouve donc devant une ambiguïté dans l'application du droit entre les différents États intervenant, et ce dépendamment du consentement, mais surtout de la reconnaissance du gouvernement habilité à donner un tel consentement. L'une des conséquences majeures de cette situation se réfère aux différences entre le droit des CANI et des CAI que nous avons abordées plus haut. Par exemple, la Russie, les Émirats arabes unis et l'Égypte, dans l'éventualité d'un déploiement de leur force étatique, pourraient ne pas attribuer le privilège de belligérance aux troupes du GNA, puisqu'on leur attribuerait le statut de groupe armé non étatique. Ainsi, dans cet exemple, il existerait un écart de protection des combattants qui pourrait parfois être perçu comme des combattants étatiques et, dans d'autres cas, comme non étatiques. Cet écart proviendrait alors directement de l'exercice de reconnaissance du gouvernement légitime.

Un autre exemple qui permet d'illustrer ce type de problème est le cas de l'Afghanistan après l'intervention américaine de 2001 et le statut des Talibans. Durant ce conflit, les États-Unis n'ont pas reconnu l'absence de consentement à intervenir malgré le contrôle *de facto* du territoire afghan par les Talibans. Les forces talibanes contrôlaient la majorité du territoire et remplissaient les critères de légitimation d'un gouvernement tel que présenté par Doswald-Beck. La question du statut des Talibans a véritablement mis en lumière la

difficulté que pose la reconnaissance d'un gouvernement légitime<sup>165</sup>. Selon Rudiger Wolfrum et Christiane Philipp: « The *Taliban* met the requirement of a regular force. They were organised under the authority of a central command of a government, namely the *de facto* government of the *Taliban* »<sup>166</sup>. L'analyse de ces auteurs démontre en effet que les Talibans étaient le gouvernement légitime de l'Afghanistan.

Le problème dans ce cas-ci est que les Américains n'ont pas attribué le privilège de belligérance aux forces talibanes même s'ils représentaient les forces étatiques. Les conséquences sont que les autorités américaines n'ont pas attribué le statut de prisonnier de guerre aux Talibans. Certains juristes croient que cette situation était une erreur de qualification du conflit<sup>167</sup>. Une qualification qui est basée sur le consentement du gouvernement légitime implique plus implicitement que la qualification repose en fait sur la reconnaissance de l'entité capable de donner son consentement.

En somme, comme nous l'avons vu avec les exemples de la Libye et de l'Afghanistan, cette méthode de qualification pose deux problèmes généraux. Le premier est que le droit applicable est déterminé par la reconnaissance du gouvernement légitime capable de donner son consentement à une intervention. Cet exercice de reconnaissance est subjectif et repose sur des critères qui sont parfois acceptés et parfois rejetés par des États désireux de reconnaître ou non un gouvernement à des fins politiques ou simplement pour permettre l'application, dans le cadre d'un conflit armé, d'un droit qui leur est plus avantageux. Selon Christine Byron le problème de reconnaissance fait en sorte que l'autorisation ou la demande d'un gouvernement légitime à intervenir sur le territoire peut être infondée. Elle affirme: « the request may not be genuine at all, and be a mere device used by the

---

<sup>165</sup> Rudiger Wolfrum et Christiane E Philipp, « The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law » (2002) 6 Max Planck Yearb U N Law 559-601. Après avoir développé sur la question de la reconnaissance, les auteurs identifient des périodes durant lesquelles les Talibans avaient une certaine reconnaissance de la part de plusieurs États.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.598; voir également Marco Sassoli, « Query: Is There a Status of Unlawful Combatant Issues in International Law and Military Operations » (2006) 80 Int Law Stud US Nav War Coll 57-68 à la p 58 (« The law of international armed conflict covered the conflict in Afghanistan, because it was directed against the Taliban, representing *de facto* government of that State »).

<sup>167</sup> Jordan J Paust, « War and Enemy Status after 9/11: Attacks on the Laws of War Symposium » (2003) 28:2 Yale J Int Law 325-336 à la p 328; Paust, *supra* note 124. Jordan Paust explique que selon lui le conflit afghan est un CAI et que les troupes talibanes auraient dû bénéficier du statut de prisonnier de guerre. Paust utilise une interprétation des articles 2 et 3 des Conventions de Genève, qui comme nous le verrons favorise des critères territoriaux.

neighbouring state to mask an invasion, or be made by an individual not constitutionally capable of speaking for the state »<sup>168</sup>.

Ensuite, cette méthode peut mener à une application du DIH susceptible de varier dépendamment des acteurs impliqués et ce, durant la même période. Par exemple, les troupes de la LNA peuvent bénéficier du statut de prisonnier de guerre dans des cas où le droit des CAI est appliqué par les acteurs qui en font la capture. Les mêmes troupes se trouvant dans une même situation pourraient ne pas bénéficier de ce statut si c'est le droit des CANI qui est appliqué par d'autres acteurs. Autrement dit, cette méthode mène à une application variable du DIH et certaines normes de la conduite des hostilités pourraient être appliquées de manières différentes.

Finalement, bien que cette manière de qualifier les CAT soit majoritaire dans la doctrine, elle repose, selon nous, trop largement sur des critères subjectifs et non factuels pour déterminer correctement le droit applicable dans ces types de conflits. Comme nous rejetons le concept de consentement comme unique facteur qualificatif et plus généralement les questions *ad bellum* pour analyser si c'est le droit des CANI ou des CAI qui s'applique dans les CAT, nous verrons, dans les prochaines sections, les deux autres positions doctrinales. L'interprétation territoriale et identitaire que nous verrons plus bas utilisent strictement des arguments *in bello* et spécifiquement les articles 2 et 3 des Conventions de Genève.

## 2.2. Interprétation territoriale des articles 2 et 3 des Conventions de Genève

Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'article 2 des Conventions de Genève détermine le champ d'application des CAI. On y mentionne qu'un CAI est un « conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes »<sup>169</sup>. Le caractère du conflit est donc essentiellement inter-étatique.

---

<sup>168</sup> Christine Byron, « Armed Conflicts: International or Non-International » (2001) 6:1 J Confl Secur Law 63-90 à la p 82.

<sup>169</sup> Convention de Genève IV, *supra* note 5, art. 2

L'article 3, qui permet d'identifier le champ d'application des CANI, souligne deux critères qui semblent être cumulatifs, c'est-à-dire un « conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes »<sup>170</sup>. Nous avons vu, dans le premier chapitre, que les critères d'application du droit des CANI et des CAI étaient différents, le premier requiert un niveau d'intensité et d'organisation minimale, alors que le dernier existe aussitôt qu'il y a recours à la force entre deux États.

Comme nous avons établi que la méthode de qualification des CAT basée sur le consentement de l'État territorial posait certaines difficultés, il faut désormais analyser le contenu des articles 2 et 3 pour identifier des éléments qui nous permettraient de qualifier ces conflits. Cependant, le réel problème est que les CAT traditionnels possèdent des éléments constitutifs qui pourraient permettre l'application de l'article 2 tout comme de l'article 3.

En effet, l'État A qui intervient contre le groupe armé C dans le territoire de l'État B pourrait être considéré comme un CAI parce que le conflit est « international », considérant l'implication des forces de l'État A et le territoire de l'État B. Au contraire, on pourrait également affirmer que cette situation de CAT est un CANI puisque que le conflit a lieu entre l'État A et le groupe armé C (et donc « ne présentant pas un caractère international »), et se déroulant sur le territoire de l'État B (« surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes »).

Les partisans de l'interprétation territoriale croient que l'aspect géographique prévaut sur les autres critères et que, de ce fait, les CAT permettent le déclenchement du droit des CAI. Cette position considère que :

Tout recours à la force armée d'un État sur le territoire d'un autre entraîne un CAI entre ces deux États [...]. Elle correspond à une vision traditionnelle du CAI qui s'ancre elle-même dans une conception classique du droit international public comme d'un droit entre entités étatiques souveraines définies, notamment par un critère territorial<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>171</sup> Carron, *supra* note 145 à la p 321. L'autrice développe les arguments de cette position sous l'appellation d'interprétation territoriale et de position souverainiste.

Cette position, qui défend l'aspect territorial comme facteur déterminant de la qualification des conflits armés, repose sur une analyse littérale et contextuelle des articles 2 et 3 des Conventions de Genève.

### 2.2.1. Analyse littérale

D'un point de vue littéral, cette territorialité provient des termes « entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » de l'article 2, qui est jumelée à la conception d'État en droit international public. L'État en droit international public est constitué, comme nous le savons, d'une population, d'un gouvernement légitime et d'un territoire<sup>172</sup>. L'implication du territoire de l'État B sous-tend donc implicitement l'implication de l'État B comme entité souveraine et ainsi l'application de l'article 2<sup>173</sup>.

Ensuite, pour certains partisans de cette position, l'article 3 doit être compris comme s'appliquant strictement durant des guerres civiles et non pas durant des situations de CANI extraterritorial<sup>174</sup>. En délimitant l'application de l'article 3 à des guerres civiles, ceux-ci viennent clarifier la dichotomie CAI/CANI sur une base territoriale. D'ailleurs la définition des CANI donnés par Christopher Greenwood va dans ce sens:

A non-international armed conflict is a confrontation between the existing government authority and groups of persons subordinated to this authority or between different groups none of which act on behalf of the government, which is carried out by force of arms within national territory and reaches the magnitude of an armed confrontation or a civil war<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Patrick Daillier et al, *Droit international public*, LGDJ, 2009.

<sup>173</sup> La question des éléments constitutifs de l'État comme facteur qualificatif des CAT est traitée dans le troisième chapitre du travail.

<sup>174</sup> Sasha Radin, « Global Armed Conflict: The Threshold of Extraterritorial Non-International Armed Conflicts » (2013) 89 Int Law Stud Ser US Nav War Coll [i]-743 à la p 703. Pour l'auteur, les CAT sont en fait des CANI extraterritoriaux, car selon elle l'aspect territorial n'est pas important dans l'exercice de qualification de ces conflits. Comme nous le verrons, Radin est partisane de l'approche interprétative basée sur l'identité des Parties au conflit.

<sup>175</sup> Greenwood, *supra* note 74 à la p 54.

La définition de Greenwood vient cadrer l'application du droit des CANI à l'intérieur de l'État territorial. En effet, selon lui, un CANI existe lorsqu'il y a confrontation entre les autorités gouvernementales et un groupe armé à l'intérieur du territoire national. Cette interprétation est la même que Jean Pictet dans les Commentaires de l'article 3 des Conventions de Genève. Il y explique qu'un CANI est un « conflit qui présente bien des aspects d'une guerre internationale, mais qui se produit à l'intérieur d'un même État »<sup>176</sup>. Les Commentaires du deuxième Protocole additionnel vont dans le même sens :

Le conflit armé non international se distingue du conflit armé international par la nature juridique des sujets qui s'affrontent : les Parties au conflit ne sont pas des États souverains, mais le gouvernement d'un seul d'entre eux, aux prises avec une ou plusieurs factions armées dans les limites de son territoire<sup>177</sup>.

La question géographique est donc clairement limitée aux frontières d'un seul État. L'essentiel de l'argument des partisans de l'interprétation territoriale, qui leur permet de rejeter l'application de l'article 3 et catégoriser les CAT comme étant des CAI, est présenté par Jordan Paust de manières simplifiées. Il explique qu'un conflit transfrontalier ou transnational ne peut pas impliquer qu'un seul territoire<sup>178</sup>. Il en est ainsi parce qu'un CANI implique le territoire d'un État et seulement les forces armées de cet État. Or, l'implication d'un autre État dans ce qui semble constituer une guerre civile ne peut qu'internationaliser le conflit au regard de l'article 2 et 3 des Conventions de Genève, soit par la participation de deux forces armées étatiques ou de deux territoires. D'ailleurs pour Mary Ellen O'Connell, l'élément le plus important pour qualifier un conflit armé comme étant un CAI est le fait de traverser une frontière<sup>179</sup>. La traversée d'une frontière par des forces armées est un CAI, indépendamment du fait que les forces armées en question interviennent contre un groupe armé non étatique.

---

<sup>176</sup> Commentaires des Conventions de Genève, *supra* note 71, p. 42.

<sup>177</sup> Pilloud et al, *supra* note 68 à la p 1343.

<sup>178</sup> Paust, *supra* note 124 à la p 558 (« Necessarily, a cross-border and transnational armed conflict will not occur within one country »).

<sup>179</sup> Mary Ellen O'Connell, « Saving lives through a definition of international armed conflict », Actes du Colloque de Bruges, *Conflits armés, Parties aux conflits armés et DIH : les catégories juridiques face aux réalités contemporaines*, 10e colloque de Bruges, 22-23 octobre 2009, p. 24 (« For the purpose of determining an IAC, it is the crossing of a recognized international border that matters most »).

Au-delà des sources doctrinales, plusieurs jurisprudences ont abordé la question territoriale. En effet, le TPIR, dans l'affaire *Musema*, a développé une définition des CANI semblable à celle présentée par Greenwood. La Cour explique: « non-international armed conflicts are situations in which hostilities break out between armed forces or organized armed groups within the territory of a single State »<sup>180</sup>. Les termes « surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » de l'article 3 sont limités par leur caractère singulier, c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir plusieurs territoires impliqués dans le conflit armé pour bénéficier d'une qualification de CANI.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de district de la Floride dans l'affaire *United States of America v. Manuel Antonio Noriega* définit l'application territoriale de l'article 3 de manière limitée. Selon la Cour, les termes mentionnés à l'article 3 doivent être compris de sorte qu'ils s'appliquent seulement pour les guerres civiles ou internes ayant une nature purement domestique<sup>181</sup>. Même si la Cour ne définit pas ce qu'elle entend par « nature purement domestique », il semble que cette notion met l'accent davantage sur la dichotomie internationale de l'article 2 et interne de l'article 3.

Parmi toutes les jurisprudences qui ont analysé le champ d'application des articles 2 et 3, celle qui est la plus citée provient de la Cour suprême d'Israël. En effet, celle-ci a dû s'adonner à l'exercice de qualification des CAT dans son affaire *Public Committee Against Torture v. Government*. Dans cette affaire, la Cour devait évaluer les obligations qu'ont les troupes israéliennes face à des organisations terroristes. En développant le champ d'application du droit des CAI, la Cour conclut: « These laws apply to every case of an armed conflict of an international character – i.e., one that crosses the borders of the state – whether the place where the armed conflict is occurring is subject to a belligerent occupation or not »<sup>182</sup>. Ainsi, les notions « surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » de l'article 3 délimitent le conflit à l'intérieur de l'État où celui-ci a

<sup>180</sup> *Procureur c. Alfred Musema, Jugement* (2000), TPIR, ICTR-96-13-A, para. 248.

<sup>181</sup> *United States of America v. Manuel Antonio Noriega, Jugement* (1990), United States District Court for the Southern District of Florida, 746 F. Supp. 1506, p. 1534. La Cour explique « Article 3 of Geneva Convention I, which provides for the humane treatment of civilians and other non-participants of war, applies to armed conflicts not of an international character, i.e., internal and civil wars of a purely domestic nature ».

<sup>182</sup> *Public committee against torture in Israel v. Government of Israel*, (2006) HCJ 769/02, aux para. 17-18

lieu. Comme le conflit traité par la Cour suprême n'est pas délimité à l'intérieur d'un seul territoire, c'est le droit des CAI qui s'applique.

De plus, l'approche de cette Cour est basée sur les capacités militaires des groupes armés non étatiques qui peuvent parfois excéder les capacités des États. Elle ajoute dans son jugement:

The fact that the terrorist organizations and its members do not act on behalf of a state does not make the struggle merely an internal matter of the state. Indeed, in today's reality a terrorist organization may have a considerable military capacity, sometimes exceeding even the capacity of states. Dealing with these dangers cannot be limited merely to the internal affairs of a state<sup>183</sup>.

Contrairement aux tests de contrôle global et effectif, proposé respectivement par le TPIY dans l'affaire Tadić<sup>184</sup> et par la CIJ dans l'affaire Nicaragua<sup>185</sup>, la Cour suprême d'Israël soutient qu'un groupe armé non étatique n'a pas besoin d'un lien quelconque avec l'État territorial pour que l'intervention de forces étatiques soit considérée comme un CAI. Autrement dit, même si l'État territorial n'exerce aucun contrôle sur le groupe armé non étatique en conflit armé avec un autre État, l'intervention de ce dernier permet le déclenchement du droit des CAI par le fait de traverser la frontière.

La manière dont la Cour qualifie le conflit entre les forces israéliennes et des « organisations terroristes » dans le cas *Public Committee Against Torture v. Government* a certainement influencé la conclusion des juges dans l'affaire *Physicians for Human Rights v. Prime Minister*. La Cour suprême d'Israël, dans ce jugement, a aussi établi que le conflit armé existant entre les troupes israéliennes et l'organisation du Hamas relevait du droit des CAI<sup>186</sup>. Selon elle, « the normative arrangements that govern the armed conflict between the State of Israel and the Hamas organization are complex. They revolve around the international laws relating to international armed conflict »<sup>187</sup>. On peut donc comprendre

---

<sup>183</sup> *Ibid.*, para. 21. Pour une critique du jugement de la Cour, voir : Roy S Schondorf, « The Targeted Killings Judgment » (2007) 5:2 J Int Crim Justice 301-309; Arimatsu, *supra* note 69 aux pp 185-186.

<sup>184</sup> Affaire Tadić, *supra* note 4.

<sup>185</sup> Affaire Nicaragua, *supra* note 15.

<sup>186</sup> *Physicians for human rights v. Prime Minister*, (2009) HCJ 201/09, para. 14.

<sup>187</sup> *Ibid.*, La Cour ajoute: « The classification of the armed conflict between the State of Israel and the Hamas organization as international conflict raises several difficulties. But in a host of judgment we have regarded this conflict as an international conflict ».



que les deux jurisprudences israéliennes présentées ici limitent strictement le sens de « surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » à une position géographique unique.

Quant aux termes « ne présentant pas un caractère international », sa signification est tout autant ambiguë. Tom Farer a d'ailleurs mentionné que: « One of the most assured things that might be said about the words "armed conflict not of an international character" is that no one can say with assurance precisely what meaning they were intended to convey »<sup>188</sup>.

Malgré le manque de précision, ces termes semblent indiquer que l'article 3 s'applique lorsque le conflit n'est pas international et représentent ainsi la négation de l'article 2 et des notions « surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ». Tout conflit armé, qui satisfait les critères d'intensités et d'organisations du groupe armé non étatique, pourrait être qualifié de CANI s'il n'implique pas « deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ». L'interprétation littérale de l'article 3 permet une définition des CANI semblable à celle des guerres civiles traditionnelles.

Sur la question du caractère non international de l'article 3, la Cour suprême des États-Unis a développé, dans l'affaire *Hamdan v. Rumsfeld*, un raisonnement sur l'application des Conventions de Genève dans le cadre de la guerre contre le terrorisme de l'administration américaine<sup>189</sup>. Le développement de la Cour quant aux champs d'application de l'article 3 est intéressant et cadre bien avec l'interprétation identitaire présentée plus bas. Malgré cela, la Cour explique que l'article 3 doit être compris en « contradistinction » avec l'article 2, c'est-à-dire à dire que si le conflit armé n'est pas international et n'implique pas l'article 2, c'est l'article 3 qui s'applique. La Cour présente cette analyse afin d'éviter un écart de protection entre les deux articles dans des cas de CAT, puisque l'article 3 pose des garanties minimales<sup>190</sup>. Elle explique en effet :

---

<sup>188</sup> Tom Farer, « Humanitarian Law and Armed Conflicts: Toward the Definition of International Armed Conflict » (1971) 71:1 Columbia Law Rev 37-72 à la p 43; Stewart, *supra* note 14 à la p 318.

<sup>189</sup> Cour Suprême des États-Unis, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S 557 (2006), no. 05.184, section D. ii

<sup>190</sup> Corn, *supra* note 153; Matthew Happold, « Hamdan v Rumsfeld and the Law of War United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments » (2007) 7:2 Hum Rights Law Rev 418-432; Michael W Lewis, « International Myopia: Hamdan's Shortcut to Victory » (2007) 42:3 Univ Richmond Law Rev 687-730.

The Court of Appeals thought, and the Government asserts, that Common Article 3 does not apply to Hamdan because the conflict with Al-Qaeda, being "international in scope", does not qualify as a "conflict not of an international character". That reasoning is erroneous. The term "conflict not of an international character" is used here in contradistinction to a conflict between nations. [...] [This] kind of conflict is distinguishable from the conflict described in Common Article 2 chiefly because it does not involve a clash between nations<sup>191</sup>.

Cet extrait illustre bien les différentes manières d'interpréter les articles 2 et 3. L'opinion de la Cour d'appel, consistant à souligner le caractère international du conflit entre les États-Unis et Al-Qaeda, était conforme avec l'interprétation territoriale. À l'inverse, le jugement de la Cour suprême, qui a renversé la décision de la cour d'appel et qui qualifie le conflit comme étant un CANI, est une position découlant de l'interprétation identitaire.

Le raisonnement de l'interprétation territoriale, permettant de qualifier les CAT comme des CAI, est lié aux éléments constitutifs de l'État<sup>192</sup>. L'enjeu de l'Afghanistan était un bon exemple, car on se retrouvait devant une situation où les forces armées de l'État A (les États-Unis) intervenaient contre le groupe armé C (Al-Qaeda) dans le territoire de l'État B (l'Afghanistan). Dans une telle situation, il était difficile de nier l'implication des États-Unis ou de l'Afghanistan, c'est-à-dire de deux Hautes Parties contractantes.

Bien que, d'un point de vue normatif, la qualification du conflit en Afghanistan était ambiguë, Paust explique que d'un point de vue descriptif les éléments internationaux du conflit étaient évidents. Selon lui, l'envergure du déploiement de troupes armées provenant des États-Unis et de l'OTAN en territoire afghan était suffisante pour considérer le conflit comme un CAI. Il ajoute:

Clearly the gravity of the armed conflict and its international character, involving direct participation by the armed forces from forty-three countries in addition to those of the *de jure* government of Afghanistan, have been markedly evident. These internationalizing features with respect to the Afghan war have been recognized as being among the most important elements to be taken into account when making realistic and policy-serving decision regarding

<sup>191</sup> Hamdan v. Rumsfeld, *supra* note 189, section D. ii.

<sup>192</sup> La question des différents éléments de l'État comme facteur de qualification des CAT est traitée dans le chapitre III.

whether an armed conflict is merely a NIAC within the meaning of Common Article 3, or is an IAC within the meaning of Common Article 2<sup>193</sup>.

Pour l'auteur, les éléments matériels et descriptifs du conflit doivent être pris en considération pour déterminer le droit applicable dans ce type de situation. Selon lui, les termes « conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes » de l'article 2 s'appliquent pour des situations de CAT, spécifiquement pour le conflit afghan.

### 2.2.2. Analyse contextuelle

En laissant de côté l'interprétation littérale et en examinant le développement des articles 2 et 3 dans leur contexte, les partisans de l'interprétation territoriale posent certaines analyses intéressantes. Il faut mentionner avant tout que l'observation contextuelle de la création de l'article 3 est conforme à la méthode d'interprétation normative proposée par l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>194</sup>. L'une des analyses les plus pertinentes du développement de l'article 3, de la Conférence diplomatique et des travaux préparatoires provient d'Anthony Cullen. Selon lui:

It is clear from the *travaux préparatoires* of the Geneva Conventions that the intended scope of applicability for common Article 3 was far narrower than that which is currently the case. The delegates involved in drafting the provision understood "armed conflict not of an international character" as having essentially the same meaning as civil war<sup>195</sup>.

L'analyse des travaux préparatoires démontre aussi que la formulation même de l'article 3 était différente à un certain point durant les négociations de la Conférence internationale de la Croix-Rouge à Stockholm<sup>196</sup>. Le champ d'application des CANI ne devait pas avoir

<sup>193</sup> Paust, *supra* note 124 à la p 561.

<sup>194</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 27 janvier 1980, 1155 R.T.N.U. 331, (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), art. 31. L'article mentionne qu'un « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

<sup>195</sup> Cullen, *supra* note 9 à la p 49.

<sup>196</sup> Commentaires des Conventions de Genève, *supra* note, 71, p. 35

son propre article, mais devait plutôt se référer à une nouvelle disposition de l'article 2. La version originale était formulée ainsi: « Dans tous les cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, notamment dans les cas de guerres civiles, conflits coloniaux, guerre de religion, qui surgiraient sur le territoire d'une ou plusieurs des Hautes Parties contractantes [...] »<sup>197</sup>.

Cette proposition a été rejetée pour plusieurs raisons. La première est que les termes « guerres civiles, conflits coloniaux, guerre de religion » semblaient impliquer des cas d'insurrection et de trouble internes qui, dans les circonstances finales, ne sont pas considérés comme des conflits armés<sup>198</sup>. Ensuite, les termes « qui surgiraient sur le territoire d'une ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » suggèrent que l'application de l'article peut s'étendre de façons extraterritoriales. Si cet article avait été adopté, le débat existant sur la qualification des CAT aurait alors été différent, puisqu'un CANI qui se déroule sur plusieurs territoires est conforme à la définition d'un CAT.

Selon certains, la proposition a été rejetée spécifiquement parce qu'une guerre civile et la notion « surgiraient sur le territoire d'une ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » sont incompatibles<sup>199</sup>. La définition généralement acceptée d'une guerre civile se limite à l'intérieur d'un seul territoire, c'est-à-dire le territoire où le conflit a lieu<sup>200</sup>. Une analyse contextuelle du développement du champ d'application démontre donc que les CANI devaient bénéficier d'une application strictement interne. Or, l'idée d'élargir ce champ au-delà d'un seul territoire ne pouvait que rapprocher le champ des CANI avec celui des CAI au détriment de l'objectif initial des délégations.

---

<sup>197</sup> *Ibid.*

<sup>198</sup> Bartels, *supra* note 3 aux pp 80-83; David A Elder, « The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949 » (1979) 11:1 Case West Reserve J Int Law 37-70; Moir, *supra* note 3 à la p 23 (« It was felt that the Article would cover all forms of insurrection, rebellion and civil disorder, compelling a government in the throes of internal conflict to apply conventions concluded for the regulation of war, granting belligerent status to insurgents who may be no more than a small group of rebels »).

<sup>199</sup> Bartels, *supra* note 3 à la p 83.

<sup>200</sup> Nicholas Sambanis, « What Is Civil War? Conceptual and Empirical Complexities of an Operational Definition » (2004) 48:6 J Confl Resolut 814-858.

Dans le même ordre d'idée, Derek Jinks reconnaît que l'interprétation contextuelle des articles 2 et 3 est conforme avec l'approche territoriale et surtout conforme avec l'objectif des délégations durant la rédaction des Conventions de Genève. Selon lui:

The great strength of this view is that it reflects, even if only in a very general way, the circumstance directly contemplated in the treaty drafting process. It is clear that, at the time the Conventions were drafted, the paradigmatic civil war was the sort of non international armed conflict the treaty makers had in mind<sup>201</sup>.

L'auteur n'est pas le seul à reconnaître que l'application des CANI devait, au départ, être limitée à l'intérieur d'un seul territoire et aux situations de guerre civile<sup>202</sup>. Cependant, le champ d'application en question s'est développé depuis plusieurs années, au point où certains auteurs croient que désormais les CANI peuvent s'appliquer pour les situations de CAT. Comme nous le verrons, ces auteurs favorisent une interprétation des articles 2 et 3 en fonction de l'identité des parties au conflit et non pas l'aspect géographique.

En résumé, les partisans de l'interprétation territoriale sont en faveur d'une application du droit des CANI strictement limitée aux conflits internes. Cela signifie donc que les CAT déclenchent le droit des CAI, étant donné l'implication de deux États. Le premier État utilise ses forces armées, alors que pour le deuxième, c'est son territoire qui est impliqué. D'un point vu littéral, cette situation est conforme avec l'article 2 et souligne le caractère

---

<sup>201</sup> Derek Jinks, « The Applicability of the Geneva Conventions to the Global War on Terrorism The Laws of War: Past, Present, and Future » (2005) 46:1 Va J Int Law 165-196 à la p 188. Bien que l'auteur reconnaît qu'il est vrai que les rédacteurs du champ d'application des CANI avaient en tête une application de ce droit strictement pour des cas de guerre civile, celui-ci croit malgré tout que les CANI peuvent désormais s'appliquer de manières extraterritoriales ou pour des situations de CAT. Comme nous le verrons plus bas, l'auteur semble donc favoriser une interprétation identitaire des articles 2 et 3. Voir Derek Jinks, « September 11 and the Laws of War » (2003) 28:1 Yale J Int Law 1-50.

<sup>202</sup> Sean D Murphy, « Evolving Geneva Convention Paradigms in the "War on Terrorism": Applying the Core Rules to the Release of Persons Deemed "Unprivileged Combatants" » [2007] 239 George Wash Univ Law Sch Public Law Leg Theory Work Pap 54 à la p 10 (« A fair reading of the negotiating history suggest that this common Article 3 paradigm was principally designed to address the situation of an armed conflict *internal* to a single state. [...] Thus, common Article 3 contemplates an armed conflict between a state and non-state actor, but does so largely in the context of the classic civil war »); Richard Baxter, « Jus in Bello Interno: The Present and Future Law » dans Detlev F Vagts et al, dir, *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, First edition, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2013, 259-276 à la p 260 (« The Conference ultimately came around to the view that the most that states could be expected to accept would be a short statement of the basic humanitarian principles that should be given effect in civil conflicts. The result was Article 3 [...] »); Best, *supra* note 62 à la p 169 (« The Red Cross movement therefore [...] had their extension to civil wars in the centre of its sights »).

international du conflit. Pour ce qui est d'une perspective contextuelle, la qualification des CAT comme étant des CAI correspond à l'objectif initial des articles 2 et 3, soit d'appliquer le droit des CAI pour des situations internationales et le droit des CANI pour des cas de guerres civiles.

Finalement, cette position est la cible de plusieurs critiques. La première est que le droit des CAI attribue un privilège de belligérance aux parties au conflit. Or « il semble impossible qu'un État A intervenant dans un État B contre un GA [groupe armé] C accorde ces privilèges aux membres des forces rebelles »<sup>203</sup>. Nous reviendrons plus bas sur l'utilité ou non d'attribuer un tel privilège aux groupes armés non étatiques, car s'il est démontré qu'une telle attribution permettrait une meilleure conformité au DIH de la part de ces groupes, la critique perdrait alors tout son sens.

Ensuite, comme nous le verrons, les partisans de l'interprétation identitaire rejettent l'interprétation territoriale sur la base d'un lien strict entre la lecture des termes « caractère international » de l'article 2 et « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » de l'article 3. Les propos de Djemila Carron illustrent bien cette lecture :

Du fait de l'absence d'une définition générique de « conflit armé » et de la centralité de l'identité des parties dans l'exercice de qualification, admettre ce critère territorial dans la définition des CANI n'aurait pas pour effet de passer les CAT dans la catégorie de CAI, mais bien d'exclure ces affrontements du DCA [droit des conflits armés]. Les CAT n'étant pas des conflits armés entre États, ils ne seront jamais des CAI<sup>204</sup>.

Ces propos soulèvent des questions encore plus centrales, par exemple comment peut-on établir qu'un État est Partie au conflit ? À titre illustratif, comment peut-on affirmer que l'État B (l'État territorial) n'est pas partie au conflit s'il ne prend pas part aux hostilités, malgré le fait que son territoire et sa population sont affectés par le conflit entre l'État A et le groupe armé C ? Nous répondrons à ces critiques dans la dernière section du texte, après avoir présenté de manières détaillées l'interprétation identitaire.

---

<sup>203</sup> Carron, *supra* note 145 à la p 361.

<sup>204</sup> *Ibid.*

### 2.3. Interprétation identitaire des articles 2 et 3 des Conventions de Genève

La deuxième manière d'interpréter les articles 2 et 3, défendue par une grande partie de la doctrine, soutient que les CANI peuvent avoir une application extraterritoriale et que le droit encadrant ce type de conflit est également applicable pour les situations de CAT<sup>205</sup>. Il existe plusieurs raisons pour lesquels ces juristes défendent cette position. Pour ce qui est des termes « caractère non international », ceux-ci croient qu'un conflit entre un État et un groupe armé situé sur le territoire d'un autre État ne peut constituer un conflit international (ou « entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ») parce que le groupe armé n'est pas une Haute Partie contractante<sup>206</sup>. Autrement dit, l'article 2 ne peut s'appliquer seulement lors de conflits entre deux États. L'article 3, quant à lui, est conçu pour encadrer les conflits existants entre un État et un non-État (groupe armé non étatique). Pour eux, la dichotomie CAI/CANI repose sur l'identité des Parties au conflit et non pas sur l'aspect territorial<sup>207</sup>.

#### 2.3.1. Analyse littérale

Cette position est basée sur une interprétation littérale étroite des articles 2 et 3. Les termes « surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » de l'article 3 peuvent se référer à n'importe quel État, pas nécessairement le territoire de l'État qui participe au conflit<sup>208</sup>. Selon cette vision, la situation dans laquelle l'État A est en conflit

---

<sup>205</sup> Milanovic et Hadzi-Vidanovic, *supra* note 148; Paulus et Vashakmadze, *supra* note 148; Laurie R Blank et Benjamin R Farley, « Characterizing US Operations in Pakistan: Is the United States Engaged in an Armed Conflict » (2010) 34:2 Fordham Int Law J 151-189; Akande, *supra* note 6; Radin, *supra* note 174; Claus Kress, « Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts » (2010) 15:2 J Confl Secur Law 245-274.

<sup>206</sup> Sassòli, *supra* note 149 à la p 4. L'auteur, en abordant la question du conflit armé entre les États-Unis et le groupe Al Qaeda, explique : « Only states can be parties to the Conventions. Al-Qaeda (or any transnational armed group) is not a state. Therefore, the Conventions do not apply to a conflict between the United States and this non-state actor ».

<sup>207</sup> Carron, *supra* note 145 à la p 362.

<sup>208</sup> Milanovic et Hadzi-Vidanovic, *supra* note 148 aux pp 30-31; Michael N Schmitt, « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict » (2014) 90 Int Law Stud Ser US Nav War Coll 1-19 à la

armé avec le groupe armé C situé dans le territoire de l'État B serait donc un CANI, car le seul territoire impliqué est le territoire de B. Cela fait en sorte que pour appliquer l'article 3 dans ce cas-ci précisément, le conflit n'a pas besoin d'être positionné à l'intérieur de l'État A. Les critères sont remplis puisque le conflit a effectivement lieu dans le territoire d'une Haute Partie contractante, c'est-à-dire le territoire de l'État B, et ce indépendamment du fait que ce dernier participe ou non aux hostilités. Il ne faut donc pas comprendre les termes « Hautes parties contractantes » de l'article 3 comme synonyme de partie au conflit.

Pour certains juristes, le fait de comprendre la mention « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » de l'article 3 comme une référence stricte à des situations de guerre civile est problématique et artificiel. Ceux-ci estiment que le conflit a lieu entre l'État A et le groupe armé C, et que l'État B n'est pas impliqué, car il ne participe pas aux hostilités. Un des partisans de cette position écrit : « Characterizing the situation as an armed conflict between states, when the real conflict is between the state and a non-state actor is an artificial solution which is in many respects a symptom of the larger difficulty with the position of non-state actors in international law »<sup>209</sup>. Ainsi, selon les partisans de l'interprétation identitaire, le fait de limiter l'application du droit des CANI seulement aux guerres civiles représente une adéquation entre la qualification descriptive et normative des conflits armés.

Pour pallier cette adéquation, il est reconnu, dans une certaine partie de la doctrine, que l'article 3 peut avoir une portée extraterritoriale<sup>210</sup>. Selon Kress, cette portée extraterritoriale reflète la réalité des conflits. L'un de ses arguments se réfère au *jus ad bellum*. Il affirme que l'intervention de l'État A peut se faire en vertu du principe de légitime défense seulement pour répondre à l'incapacité de l'État territorial d'empêcher l'organisation d'un groupe armé sur son territoire. L'auteur explique qu'il n'y aurait alors aucune raison de qualifier le conflit comme international<sup>211</sup>. Il ajoute que l'application de

---

p 13; Jelena Pejic, « The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye » (2011) 93:881 Int Rev Red Cross 189-226 aux pp 200-201.

<sup>209</sup> Schondorf, *supra* note 13 à la p 26; Kress, *supra* note 205 à la p 255.

<sup>210</sup> Elizabeth Holland, « The Qualification Framework of International Humanitarian Law: Too Rigid to Accommodate Contemporary Conflicts Note » (2011) 34:1 Suffolk Transnatl Law Rev 145-182 à la p 161; Vité, *supra* note 74 aux pp 89-91.

<sup>211</sup> Kress, *supra* note 205 aux pp 255-257.



l'article 3 implique des règles de ciblage plus réalistes pour les États qui veulent cibler des troupes non étatiques en fonction de combat continue<sup>212</sup>.

La position identitaire estime que, non seulement les règles de ciblage sont plus réalistes lorsqu'un CAT est qualifié de CANI, mais qu'en plus, les États sont réfractaires à appliquer le droit des CAI dans le cadre de conflits impliquant un groupe armé non étatique. D'un point de vue pragmatique, les partisans de cette approche rejettent l'application du droit des CAI, parce qu'elle ne reflète, selon eux, ni la réalité du conflit ni la volonté des États.

L'aspect extraterritorial des CANI est effectivement soulevé dans la doctrine, mais également dans certaines jurisprudences. L'affaire *Hamdan v. Rumsfeld* de la Cour suprême des États-Unis est un exemple fréquemment cité. Comme nous l'avons mentionné, la Cour devait déterminer si le conflit armé entre les États-Unis et al-Qaeda était international ou non international. La Cour a rejeté l'idée que l'article 2 s'appliquait dans un tel conflit et a affirmé que l'article 3 devait être compris en *contradistinction* avec l'article 2<sup>213</sup>. De cette manière, elle a rejeté la position selon laquelle un conflit armé qui ne remplit pas les critères de l'article 2 ne veut pas nécessairement impliquer l'article 3. La Cour a ainsi conclu que l'article 3 devait s'appliquer dans des situations de CAT sur la base de l'identité des parties au conflit et non pas sur un quelconque aspect territorial.

Un autre exemple intéressant est le statut du TPIR. Bien que ce tribunal relève de la sphère du droit pénal international, le champ d'application territoriale du statut peut nous éclairer sur l'aspect extraterritorial d'un CANI. En effet, le statut attribue la compétence au TPIR pour traiter des crimes survenus dans des situations de CANI qui pouvaient se dérouler sur le territoire d'un État voisin<sup>214</sup>. L'article 7 du statut qui attribue la compétence *ratione loci* mentionne que la compétence du TPIR « s'étend au territoire du Rwanda, y compris son espace terrestre et son espace aérien, et au territoire d'États voisins en cas de violations graves du droit international humanitaire commises par des citoyens rwandais »<sup>215</sup>. Comme le conflit rwandais était un CANI, il faut comprendre que dans certains cas, notamment le

---

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, *supra* note 189, section D. ii; Pejic, *supra* note 208 aux pp 200-202.

<sup>214</sup> Zegveld, *supra* note 24 à la p 136.

<sup>215</sup> Conseil de sécurité des Nations Unies, *Statut du tribunal international pour le Rwanda*, S/RES/955, (1994), art. 7.

statut du TPIR, l'article 3 peut avoir une portée extraterritoriale. Dans ce cas-ci, l'article 3 s'applique pour des situations de CANI qui « déborde » sur le territoire d'un autre État (*spillover*)<sup>216</sup>.

L'intervention d'un État voisin contre un groupe armé non étatique est aussi traitée par la CPI dans l'affaire *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*. Bien que la Cour se penche sur la question de l'internationalisation d'un CANI, elle souligne néanmoins qu'une intervention d'un État contre un groupe armé dans le territoire d'un autre État ne peut être considérée comme un CAI que si le groupe armé non étatique agit sous le contrôle de l'État territorial. La CPI explique :

It is widely accepted that when a State enters into conflict with a non-governmental armed group located in the territory of a neighbouring State and the armed group is acting under the control of its own State, 'the fighting falls within the definition of an international armed conflict between the two States'. However, if the armed group is not acting on behalf of a government, in the absence of two States opposing each other, there is no international armed conflict<sup>217</sup>.

La Cour mentionne ainsi que, si un groupe armé agit sous le contrôle de l'État territorial, l'intervention d'un autre État contre ce groupe armé représenterait un CAI. Comme nous l'avons expliqué, cette situation sort du cadre de notre recherche, car nous ne cherchons pas à analyser les critères d'internationalisation d'un conflit non international face aux tests de contrôle du groupe armé. Par contre, la deuxième partie de cette affirmation est pertinente pour nous, puisque la Cour reconnaît qu'un conflit entre un groupe armé non étatique et un État voisin doit être considéré comme étant un CANI. L'argument soutenu par la CPI ici est de rejeter l'application de l'article 2 et notamment les termes « surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ». Pour la Cour, comme le conflit entre le groupe armé non étatique et l'État voisin n'est pas un conflit international («

---

<sup>216</sup> Pour une analyse spécifique des CANI qui « débordent » (*spillover*) voir : Robin Geiss, « Armed violence in Fragile States: Low-Intensity Conflicts, Spillover Conflicts, and Sporadic Law Enforcement Operations by Third Parties » (2009) 91:873 16; Schmitt, *supra* note 208; Radin, *supra* note 174; Melzer, *supra* note 37 à la p 168.

<sup>217</sup> *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Jugement* (2012), CPI, ICC-01/04-01/06, para. 541.

surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes »), il faut donc le qualifier de non international.

Sous cette perspective, l'interprétation de l'article 2 est limitée à sa plus simple expression et l'affirmation de la CPI dans l'affaire *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* peut être résumée ainsi:

If the conflict is not taking place between two States – either between actual State armed forces, or between armed groups that are under the effective control of a State or belong to a party to the conflict – it is necessary a non-international armed conflict if it reaches the required level of intensity<sup>218</sup>.

Selon l'interprétation identitaire, il faut donc comprendre que ce qui compte pour déterminer la nature d'un conflit n'est pas l'aspect géographique, mais plutôt une analyse des parties aux conflits. En effet, les frontières ne représentent pas un élément de qualification des CAT, car ce qui est pertinent dans l'encadrement des hostilités et la détermination du droit applicable c'est l'identité des parties prenant part au conflit<sup>219</sup>.

En plus de ces auteurs, le CICR souligne aussi la possibilité d'une application extraterritoriale des CANI. Selon un point de vue plus pragmatique, le CICR explique que les États qui interviennent contre un groupe armé dans le territoire d'un autre État ne devraient pas être à l'abri des obligations du DIH seulement pour des considérations territoriales. Pour le CICR, il est contre l'esprit général du DIH d'appliquer le droit des CANI à l'intérieur d'une seule frontière, car cela exclut *de facto* l'application du DIH pour les États à l'extérieur de la frontière en question<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Tamas Hoffmann, « Squaring the Circle ? International Humanitarian Law and Transnational Armed Conflicts » dans Djamchid Momtaz et Michael J Matheson, dir, *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Leiden, Nijhoff, 2010, 217-273 à la p 253.

<sup>219</sup> Zegveld, *supra* note 24 à la p 136 (« The conclusion is that internal conflicts are distinguished from international conflicts by the parties involved rather than by the territorial scope of the conflict »); Orna Ben-Naftali et Keren Michaeli, « Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel » (2007) 101:2 Am J Int Law 459-465 à la p 463 (« In international law, however, it is not the border that determines the nature of a dispute, but rather the identity of the parties »).

<sup>220</sup> Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport du CICR, Genève, 2015, p. 18. (« Les États prêtant assistance qui participent à un conflit armé non international extraterritorial ne devraient pas être en mesure de se protéger des opérations une fois qu'ils sont devenus parties à un tel conflit armé au-delà de leurs frontières. Cela serait contraire à l'objectif du DIH consistant à conférer les mêmes droits – et, bien entendu, les mêmes obligations – à toutes les parties à un conflit »).

Le problème d'une telle analyse du CICR, dont nous traiterons plus bas, est que la question ici n'est pas de déterminer si le DIH s'applique ou pas, à l'occurrence le droit des CANI comme *lex specialis* ou le droit international des droits humains comme *lex generalis*. La question est plutôt de savoir si c'est le droit des CANI ou des CAI qui s'applique. Une interprétation restrictive de l'article 3 et de son critère territorial ne permettrait pas de libérer les États intervenants de toutes obligations à l'égard du DIH comme semble l'affirmer le CICR. Au contraire, une telle interprétation de l'article 3 permettrait l'application du droit des CAI qui, comme nous l'avons vu, est plus contraignant que celui des CANI.

Ainsi, nous avons vu que cette approche évacue l'aspect territorial de son interprétation des articles 2 et 3, et qu'elle favorise l'identité des parties au conflit comme objet de qualification. La position, essentiellement, est qu'un CAT ne peut être un CAI parce que les Parties au conflit, dans notre cas d'espèce, sont l'État A et le groupe armé C (l'État B ne faisant pas Partie du conflit, même s'il se déroule sur son territoire). La suite logique du raisonnement est de déterminer les critères qui font en sorte que l'État territorial est partie ou non au conflit. Selon l'interprétation identitaire, dans quels cas peut-on établir que l'État B est une Partie au conflit et que celui-ci a lieu « entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » ?

La réponse à cette interrogation se réfère à la notion de « entre » deux États. En effet, pour que l'article 2 s'applique, les hostilités dans un CAT doivent impliquer un État qui agit « contre » un autre État<sup>221</sup>. Le terme « entre » sous-tend l'idée qu'il doit y avoir recours à la

---

<sup>221</sup> Carron, *supra* note 145 aux pp 321-322 (« Un État sur le territoire d'un autre qui ne viserait pas spécifiquement ce deuxième État ne déclenche pas un CAI - cette action n'étant pas un recours à la force armée *entre* États ou *contre* un État »); Dino Kritsiotis, « The Tremors of Tadic » (2010) 43:2 *Isr Law Rev* 262-300 à la p 280 (« Another way of putting this is to challenge whether the armed force [...] can truthfully be said to be a resort to armed force 'between' the States concerned, or of one State using armed force *against* another »); Blank et Farley, *supra* note 205 à la p 163 (en discutant de la qualification de l'intervention américaine au Pakistan: « The United States and Pakistan are indeed both High Contracting Parties, but they are not engaged in hostilities against each other »); Françoise J Hampson, « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Treaty Body » (2008) 90:871 *Int Rev Red Cross* 549-572 à la p 553 (« There have to be objective reasons for believing that the party in question is in fact engaged in armed conflict. This is usually manifested by evidence of an *animus belligerendi* »); Pour une critique de l'*animus belligerendi*, voir: Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3<sup>e</sup> éd, Cambridge University Press, 2001 à la p 14 (The thesis that an *animus belligerendi* is intrinsic to the definition of war is enticing but insupportable »).

force de la part d'un État « contre » un autre État. Selon certains auteurs, un État intervient *contre* un autre État, dans le cadre d'un CAT, lorsque celui-ci cible « l'État-entité »<sup>222</sup>. On se réfère à l'État-entité pour évacuer toutes autres cibles qui ne déclencheraient pas le droit des CAI, notamment un individu/bien visé pour ses qualités, des groupes armés non étatiques ou un État tiers<sup>223</sup>. Autrement dit, l'article 2 s'appliquerait lorsque l'État intervenant frappe l'État territorial volontairement, c'est-à-dire avec l'intention hostile de cibler celui-ci. Pour les partisans de l'approche identitaire, toutes les interventions qui seraient contre une autre cible que l'État territorial ne représentent pas une situation de CAI.

La question de cet *animus belligerendi* est centrale parce qu'elle permet d'exclure des erreurs de ciblage. Prenons par exemple un État qui lance une frappe aérienne sur un village en croyant attaquer le campement d'un groupe armé non étatique. Selon cette position, ce type d'erreur ne peut déclencher un CAI, puisque l'intention hostile était dirigée contre le groupe armé non étatique et non pas contre l'État territorial<sup>224</sup>. Les termes « surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes » de l'article 2 signifient donc que, non seulement, un État doit intervenir « contre » un autre État, mais aussi « volontairement ». Ainsi, l'élément central qui permet de déterminer si l'État agit *contre* un autre État (« entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ») est l'intention hostile/*animus belligerendi*. L'exemple de l'État qui intervient contre un groupe armé dans le territoire d'un autre État ne peut pas déclencher le droit des CAI, puisque les interventions de l'État ne sont pas *contre* l'État territorial, mais contre le groupe armé. Nous reviendrons sur la question de l'intention hostile dans la troisième section du travail, mais nous soutenons qu'une telle position pose plusieurs problèmes.

---

<sup>222</sup> Carron, *supra* note 145 aux pp 321-322.

<sup>223</sup> *Ibid* aux pp 346-388. Pour Carron, ces trois cibles sont les exceptions à une qualification de CAI. Pour elle, un CAT n'est pas un CAI, parce qu'un groupe armé non étatique ne représente pas une cible dont la nature est conforme avec l'article 2 des Conventions de Genève.

<sup>224</sup> *Ibid* à la p 315 (« Un exemple intéressant est celui des attaques menées par la Syrie contre des rebelles syriens aux frontières de son territoire en octobre 2012 et qui atteignirent, par accident, des civils en Turquie [...]. À notre avis, les opérations syriennes ne déclenchent pas un CAI entre la Syrie et la Turquie puisque ces actions relevaient d'une erreur de ciblage ». ; Marco Roscini, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014 à la p 136 (« There is no international armed conflict when the extraterritorial resort to armed force is the result of error [...] »).

### 2.3.2. Analyse contextuelle

Comme nous l'avons mentionné, l'importance de l'élément territorial dans cette méthode de qualification est limitée. Certains auteurs croient que la référence au territoire d'une Haute Partie contractante dans l'article 3 ne servait qu'à limiter l'application des Conventions de Genève pour les États qui les ont ratifiés<sup>225</sup>. En effet, pour les partisans de cette position, les États ont ajouté, durant les Conférences diplomatiques, les termes « Haute Partie contractante » pour se conformer au paradigme volontariste et aux principes du droit international public.

Mais, considérant que pratiquement tous les États ont ratifié les Conventions, l'aspect territorial perd son importance, puisque tous les territoires étatiques sont des « Hautes Parties contractantes ». Un conflit armé ne peut donc qu'avoir lieu sur le territoire d'une Haute Partie contractante, rendant ainsi illusoire cette mention de l'article 3. En effet, Nils Melzer explique :

Today, in view of the practically universal ratification of the Geneva Conventions, and the interpretation by the International Court of Justice of the provisions expressed in Article 3 CG I to IV as an emanation of a general principle of law namely 'elementary considerations of humanity', the purported territorial requirement of this article must be regarded as immaterial<sup>226</sup>.

Cette vision de l'article 3 est également partagée par d'autres juristes qui analysent l'article 1 du Protocole additionnel II<sup>227</sup>. Même si les critères d'application du deuxième Protocole sont plus nombreux que ceux de l'article 3<sup>228</sup>, la référence au territoire de l'une des Hautes

---

<sup>225</sup> Vité, *supra* note 74 aux pp 89-90; Jinks, *supra* note 201 à la p 41.

<sup>226</sup> Melzer, *supra* note 37 à la p 259.

<sup>227</sup> Lubell, *supra* note 74 à la p 102; Marco Sassoli, « Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism Symposium » (2004) 22:2 *Law Inequal J Theory Pract* 195-222 aux pp 200-201.

<sup>228</sup> L'article 3 commun aux Conventions de Genève pose deux critères : « ne présentant pas un caractère international » et « surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes ». L'article 1 du Protocole additionnel II ajoute comme critère : « sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous le contrôle d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle [...] ». Protocole additionnel II, *supra* note 10, art. 1.

Parties contractantes peut subir la même critique. Sassoli se penche sur la question dans l'un de ses textes :

Does this imply that conflict between a High contracting Party and an armed group, which do not occur on the territory of that High contracting Party, but on the territory of another State, are not non-international armed conflict? Or, does it simply recall that according to the principle of the relative force of treaties, those treaty rules apply only on the territories of States that have accepted them? From the perspective of the aim and purpose of IHL, the latter interpretation must be correct, as there would otherwise be a gap in protection, which could not be explained by States' concerns about their sovereignty<sup>229</sup>.

On retrouve cette observation dans la doctrine mais également dans les documents du CICR. En effet, le CICR reconnaît que les termes « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » ont perdu leur importance, considérant que les Conventions de Genève ont universellement été ratifiées. Il explique: « indeed any armed conflict between governmental armed forces and armed groups or between such groups cannot but take place on the territory of one of the Parties to the Convention »<sup>230</sup>. L'aspect géographique n'avait donc pas pour objectif de limiter l'application du droit des CANI, mais de différencier les États qui ont ratifié les Conventions de Genève de ceux qui ne l'ont pas fait.

De plus, on ne retrouve aucune indication dans l'article 3 ou dans les travaux préparatoires, soutenant que l'aspect territorial ait été inséré pour limiter son application à l'intérieur d'un seul territoire<sup>231</sup>. D'ailleurs, l'aspect territorial des conflits non internationaux devait, au départ, avoir une application extraterritoriale explicite. Durant la XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Stockholm, les dispositions encadrant les conflits n'ayant pas un caractère international se retrouvaient dans un paragraphe de l'article 2 commun aux Conventions de Genève. Il y était écrit: « in all cases of armed conflict not of an international character which may occur in the territory of one or more of the High

<sup>229</sup> Sassoli, *supra* note 227 à la p 201.

<sup>230</sup> CICR, *How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law*, CICR Opinion Paper, 2008, p.3.

<sup>231</sup> Pejic, *supra* note 208 à la p 199 (« There is nothing in the drafting history of Common Article 3 on the basis of which it may be concluded that the territorial clause was deliberately formulated to limit its geographical application to the territory of a single state »).

Contracting Parties »<sup>232</sup>. Les termes « which may occur in the territory of one or more of the High Contracting Parties » soulignent bien que l'application du droit des CANI ne dépendait pas de l'aspect territorial et que le conflit pouvait avoir lieu au-delà d'une frontière. Les seuls termes pertinents étaient alors « not of an international character ».

Pour Sandesh Sivakumaran, cette proposition d'article, qui a été mis de l'avant durant la XVIIe Conférence de 1948, était une réponse aux suggestions de la *Preliminary Conference of National Red Cross Societies* de 1946 concernant l'encadrement des conflits non internationaux<sup>233</sup>. Selon cette proposition le droit des CANI s'appliquait: « in the case of armed conflicts within the borders of a State [...] »<sup>234</sup>. L'idée au départ était d'établir une limitation territoriale stricte pour les CANI, spécifiquement à l'intérieur d'un seul État. Malgré cela, le fait que la Conférence de 1948 n'ait pas adopté la proposition précédente représente, pour Sivakumaran, un rejet clair de cette limitation territoriale et sous-tend une application extraterritoriale du droit des CANI<sup>235</sup>.

Pour ce qui est de la question des CAT, celle-ci a été traitée plus précisément par le CICR et un groupe d'expert en 1970. En prenant conscience du nombre grandissant de CANI et l'impact que peut avoir l'implication d'un État tiers dans le déroulement des hostilités, il a été proposé que l'intervention d'un nouvel État dans un CANI viendrait internationaliser le conflit et permettrait l'application du droit des CAI<sup>236</sup>. Autrement dit, la proposition s'alignait avec l'interprétation territoriale que nous avons présentée plus haut. La suggestion cependant n'était pas basée sur une interprétation des termes de l'article 2 ou 3 des Conventions de Genève, mais plutôt sur les conséquences possibles d'une telle approche, soit l'application d'un droit plus conforme à la réalité du conflit. En effet, l'analyse était que: « in an increasing number of non-international armed conflicts one or

---

<sup>232</sup> CICR, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II, section B, Federal Political Department, Berne, 1950-1951, p. 120.

<sup>233</sup> Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, 1 edition, Oxford, Oxford University Press, 2014 aux pp 230-232.

<sup>234</sup> CICR, *Report on the Work of the Preliminary Conference of National Red Cross Societies for the study of the Conventions and of various Problems relative to the Red Cross*, Genève, 1946, p. 15.

<sup>235</sup> Sivakumaran, *supra* note 236 aux pp 230-232 (« The fact that a civil war may cross an international border was expressly considered at the relevant time and it was not simply presumed that civil wars would be confined to the territory of a single state »).

<sup>236</sup> ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 aux paras 402-404.



other of the Parties, and sometimes both, received assistance from a foreign State. Such outside intervention increased the scale of hostilities and the number of victims »<sup>237</sup>. Pour appliquer un régime normatif conscient de ce type d'intervention étrangère, la proposition était :

When, in case of non-international armed conflict, one or the other Party, or both, benefits from assistance of operational armed forces afforded by a third State, the Parties to the conflict shall apply the whole of the international humanitarian law applicable in international armed conflicts<sup>238</sup>.

Cette suggestion a été rejetée par la Conférence d'experts du CICR de 1971. Les raisons pour lesquelles la proposition n'a pas été acceptée font encore une fois référence à l'attribution d'un privilège de belligérance aux forces des groupes armés non étatiques. Si le simple fait d'intervenir dans un CANI permettrait à l'État intervenant de changer le CANI en CAI et d'attribuer ce privilège aux rebelles, alors tous les groupes armés tenteront de chercher du support à l'international<sup>239</sup>. L'argument est résumé ainsi :

If the ICRC proposal were adopted, then as soon as a foreign State sent its troop over the border to help the rebels, thereby trespassing to begin with on the territorial rights of the neighbouring State, the State which suffered such aggression would have to treat its own rebels as prisoners of war [...]. Consequently all that would be needed to legitimize the activities of the rebels and to qualify them as prisoners of war, should be taken, would be a perfect synchronization of the activities of the foreign State with those of the rebel movement or even simply the despatch of a small detachment of its troops over the border. No government could accept that<sup>240</sup>.

Cette vision des CAT est conforme avec l'interprétation identitaire et la crainte qu'ont les partisans d'une telle approche à attribuer le privilège de belligérance aux membres des groupes armés non étatiques. En effet, le rejet de la proposition d'internationaliser un CANI par l'intervention d'un État tiers ne repose pas sur des arguments liés à l'interprétation littérale ou contextuelle des articles 2 et 3, mais essentiellement sur la crainte d'allouer le

---

<sup>237</sup> ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Genève, 1971, p. 50.

<sup>238</sup> *Ibid.*

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 51-52.

<sup>240</sup> *Ibid.*

statut de prisonnier de guerre et l'immunité de combattant à ceux qui sont normalement non privilégiés. Il semble que le point de départ de leur analyse et l'objectif de ses partisans sont la non-attribution de ce privilège et que les interprétations des termes des articles 2 et 3 ne servent qu'à normaliser cet objectif.

Au final, tous ces développements argumentaires ne font que souligner les multiples façons de déterminer le droit applicable durant les conflits armés extraterritoriaux ou transnationaux. Nous avons vu que selon l'interprétation territoriale les articles 2 et 3 des Conventions de Genève ont établi des critères géographiques. Les partisans de cette position défendent l'idée que l'intervention de l'État A contre le groupe armé C dans le territoire de B doit être considéré comme un CAI. À l'inverse, l'interprétation identitaire de ces articles mène à la conclusion que les CAT sont des CANI. On se retrouve ainsi devant deux possibilités d'interprétations qui s'appuient sur des méthodes analytiques similaires, c'est-à-dire littérales et contextuelles. Pourtant, malgré l'utilisation d'analyses littérales et contextuelles semblables, nous avons démontré que les interprétations territoriales et identitaires soutiennent une application du DIH directement opposée l'une de l'autre.

#### 2.4. Analyse du conflit armé au Yémen

Pour démontrer l'ambiguïté des articles 2 et 3 des Conventions de Genève sur l'application du DIH dans les CAT, nous allons analyser le conflit armé au Yémen du point de vue de l'approche territoriale et identitaire. Nous verrons qu'il est possible de conclure que c'est le droit des CAI qui s'applique autant que celui des CANI et ce, malgré le fait que leur application peut avoir des conséquences différentes.

La situation au Yémen est complexe et implique une multitude d'acteurs. Les parties au conflit sont les Houthis; les forces gouvernementales du président Hadi soutenues par l'Arabie Saoudite; et le Southern Transitional Council (STC) qui est nouvellement supporté

par les Émirats arabes unis<sup>241</sup>. Depuis 2014, les Houthis contrôlent Sanaa, la capitale de l'État et le Nord-ouest du territoire, alors que le STC quant à lui contrôle Aden au sud de l'État. Le conflit au Yémen a fait plus de 20000 pertes civiles et plus de 16 millions de déplacés, ce qui fait de lui l'une des crises humanitaires les plus urgentes<sup>242</sup>.

Au-delà des considérations *ad bellum*<sup>243</sup>, il faut se questionner à savoir si ce conflit implique le droit des CANI ou celui des CAI. Du point de vue de l'interprétation territoriale, on peut affirmer que la situation au Yémen est conforme aux dispositions de l'article 2. En effet, l'intervention de l'Arabie Saoudite contre les forces Houthis<sup>244</sup> en territoire yéménite permet le déclenchement du droit des CAI, puisque les frappes aériennes saoudiennes permettent l'implication de « deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ». Dans ce cas-ci, l'Arabie Saoudite est partie au conflit, tout comme le Yémen. Le caractère international est donc apparent par le fait qu'au moins deux États sont Parties au conflit.

De plus, les partisans de l'approche territoriale peuvent rejeter l'application de l'article 3 et la disposition « ne présentant pas un caractère international ». Pour eux, l'article 3 ne s'applique qu'en situation de guerre civile. Or, l'intervention de l'Arabie Saoudite et des Émirats arabes unis pour supporter différents acteurs fait perdre le statut de guerre civile au conflit.

Selon un autre type d'argument, certains analystes pourraient ajouter que, comme les Houthis contrôlent une large partie du territoire, dont la capitale Sanaa, ceux-ci pourraient être considérés comme le gouvernement *de facto*. Dans une telle situation, l'intervention

---

<sup>241</sup> Human Rights Watch, « Yemen: events of 2019 », en ligne : < <https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/yemen> >; Mohammed Mukhashaf « UAE carries out air strikes against Yemen government forces to support separatists » (August 29, 2019), Reuters, en ligne : < <https://www.reuters.com/article/us-yemen-security/uae-carries-out-air-strikes-against-yemen-government-forces-to-support-separatists-idUSKCN1VJ17F> >.

<sup>242</sup> Amnesty international, « Yemen War: No End in Sight » (24 March 2020), en ligne : < <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/yemen-the-forgotten-war/> >.

<sup>243</sup> Certains auteurs estiment que l'intervention de la coalition saoudienne en territoire yéménite est illégitime. Voir : Tom Ruys et Luca Ferro, « Weathering the Storm: Legality and Legal Implications the Saudi-led Military Intervention in Yemen » (2016) 65:1 Int Comp Law Q 61-98.

<sup>244</sup> Aljazeera, « Saudi-led coalition attacks Houthi positions in Yemen's Sanaa » (13 septembre 2020), en ligne : < <https://www.aljazeera.com/news/2020/9/13/saudi-led-coalition-attacks-houthi-positions-in-yemens-sanaa> >.

saoudienne contre les troupes Houthis, nouvellement reconnues comme les forces étatiques, doit être comprise comme une intervention contre l'État du Yémen. Dans de telles circonstances, la qualification du conflit comme étant un CAI deviendrait alors incontestée. Mais, comme nous rejetons la question de la reconnaissance de l'État pour qualifier la nature d'un CAT, nous ne développerons pas davantage cette perspective.

D'un autre côté, l'interprétation identitaire pourrait qualifier le conflit comme étant un CANI. Le raisonnement est que, comme l'Arabie Saoudite et les Émirats arabes unis agissent contre un groupe armé et non pas contre les forces gouvernementales yéménites, le conflit déclenche l'article 3. Cette analyse peut être résumée ainsi :

In this context, the present armed conflict of the Saudi-led coalition acting on the directions of the Hadi government on one side, against the Houthi rebels on the other, can be characterized as a non-international armed conflict because the Houthis are considered an organized nonstate group that has gained control of the national capital and exiled the Hadi government. However, only if it can be proven that Iran is in control of the Houthis can it be possible for this armed conflict to be characterized as an international armed conflict<sup>245</sup>.

Selon cette approche, l'article 3 s'applique spécifiquement parce que ses dispositions sont respectées. Le conflit n'a pas de « caractère international » étant donné que l'intervention de la coalition ne s'attaque pas à l'État territorial, mais plutôt le groupe armé non étatique. Aussi, le conflit surgit « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes.

Il est donc possible de construire une argumentation juridique légitime se basant sur diverses interprétations des articles 2 et 3 des Conventions de Genève pour déterminer deux qualifications différentes. La question maintenant est d'analyser quelles sont les conséquences sur le fait d'appliquer le droit des CAI ou celui des CANI dans le conflit au Yémen.

L'un des enjeux les plus importants et qui concerne en particulier les populations civiles est le traitement pénal de certains crimes de guerre par la CPI. L'exemple le plus pertinent est le crime consistant à affamer délibérément les civils. Bien que cette action soit réprimée

---

<sup>245</sup> Waseem Ahmad Qureshi, « The Crisis in Yemen: Armed Conflict and International Law » (2020) 45:1 N C J Int Law [i]-268 à la p 248.

par les Conventions de Genève autant pour les CAI<sup>246</sup> que pour les CANI<sup>247</sup>, il reste néanmoins que la CPI a compétence pour traiter ce crime seulement dans le cadre de conflits internationaux. L'article 8 (2) (b) (xxv) établit la compétence de la CPI dans le cadre d'un conflit international pour : « Le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, y compris en empêchant intentionnellement l'envoi des secours prévus par les Conventions de Genève »<sup>248</sup>. Cette adéquation dans la compétence de la CPI quant à la dichotomie CAI/CANI a d'ailleurs fait l'objet d'une proposition d'amendement de la part de la Suisse<sup>249</sup>.

Cet exemple est pertinent pour notre cas d'espèce puisque la famine de la population civile au Yémen est l'un des problèmes les plus urgents pour les organisations humanitaires. Le World Food Program estime à 20.1 millions de personnes en situation d'insécurité alimentaire<sup>250</sup>. Selon certains analystes, les causes de cette famine sont directement liées au conflit armé. En effet, ceux-ci affirment que les attaques militaires et les blocus des ports et des aéroports rendent difficiles, voire impossibles, la production agricole et l'acheminement de l'aide humanitaire<sup>251</sup>. Certains affirment même que la coalition menée par l'Arabie Saoudite est responsable de la crise actuelle et qu'il existe des preuves d'un crime consistant à affamer la population<sup>252</sup>.

---

<sup>246</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 54.1. (« Il est interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre »).

<sup>247</sup> Protocole additionnel II, *supra* note 10, art. 14. (« Il est interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre. Il est par conséquent interdit d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage à cette fin des biens indispensables à la survie de la population civile »).

<sup>248</sup> Statut de Rome, *supra* note 90, art. 8.2.b.xxv.

<sup>249</sup> International Criminal Court, *Report of the Working Group on Amendments*, Assembly of States Parties, 18<sup>th</sup> session, 3 December 2019, ICC-ASP/18/32 (« At the first meeting, on 10 May 2019, Switzerland provided updates on its proposal of amendments to article 8 of the Rome Statute on the "Inclusion of starvation as a war crime in non-international armed conflict (NIAC) into the Rome Statute". Switzerland explained that intentionally using starvation of civilians as a method of warfare was the prime example of a serious violation of international humanitarian law in both types of armed conflict, which Rome Statute, however, only criminalized in international armed conflict (IAC) »).

<sup>250</sup> World Food Program, *Yemen: situation report no.8*, 31 August 2020, en ligne : < <https://www.wfp.org/publications/yemen-0> >.

<sup>251</sup> Laura Graham, « Prosecuting Starvation Crimes in Yemen's Civil War » [2020] Case West Reserve J Int Law 21 à la p 278.

<sup>252</sup> *Ibid*; Global Rights Compliance, *Accountability for Mass Starvation: Starvation in Yemen*, Policy Brief, no. 4, 3 September 2019, en ligne : < <https://starvationaccountability.org/wp-content/uploads/2019/09/WPF-GRC-POLICY-BRIEF-Accountability-for-Starvation-Yemen-Sept-2019.pdf> >.

Devant une telle situation, les différences entre la qualification d'un conflit comme étant un CAI ou CANI deviennent plus claires. Si le conflit au Yémen est considéré comme un CAI grâce à une interprétation territoriale des articles 2 et 3 des Conventions de Genève, alors la CPI aurait compétence pour traiter les crimes énoncés à l'article 8 (2) (b) (xxv) de son statut. Devant une telle éventualité, les personnes responsables pour le crime consistant à affamer la population civile yéménite pourraient être poursuivies. À l'inverse, si le conflit devait être qualifié de CANI par l'utilisation de l'approche identitaire, alors la CPI n'aurait pas compétence pour traiter un tel crime.

Dans un autre ordre d'idées et au-delà de toutes considérations en droit pénal international, le fait de déterminer le droit applicable dans le conflit au Yémen a aussi des implications sur le statut des personnes qui participent aux hostilités. Comme nous l'avons présenté dans la première partie du travail, les forces des groupes armés non étatiques ne possèdent pas de privilège de belligérance. Donc, dans l'éventualité où le conflit devait être considéré comme non international, les groupes armés non étatiques auraient l'obligation de se conformer au DIH sans toutefois avoir les privilèges de combattant.

Ainsi, si les Houthis étaient considérés comme les forces gouvernementales – parce qu'ils contrôlent une large partie du territoire et la capitale – alors leurs troupes auraient le privilège de combattant, et ce au détriment des autres acteurs comme le STC et les forces pro-Hadi. À l'inverse, si les Houthis ne bénéficiaient pas de la reconnaissance internationale et devaient être considérés comme le groupe armé non étatique, alors ceux-ci n'auraient pas ce privilège. Indépendamment de la question de la reconnaissance du gouvernement, le droit des CANI fait une distinction entre les forces étatiques et les combattants qui ne sont pas privilégiés.

Au contraire, le droit des CAI peut permettre à certains groupes non étatiques de bénéficier de ce privilège, à la condition d'être conformes à l'article 4 (A) (2) de la troisième Convention de Genève. Il est mentionné à l'article 4 que sont prisonniers de guerre « les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit [...] »<sup>253</sup>. Ici,

---

<sup>253</sup> Convention de Genève III, *supra* note 100, art. 4.

il n'est pas question d'élargir l'interprétation des termes « appartenant à une Partie au conflit », au point d'aborder le droit de la responsabilité des États<sup>254</sup>. Cependant, il est compris que cette notion s'applique lorsqu'un État offre un support politique, financier, militaire ou logistique à un groupe armé<sup>255</sup>. Dans de telles situations, le groupe armé non étatique peut être identifié comme « appartenant à une Partie au conflit » et bénéficier des privilèges de combattant. Le raisonnement peut être résumé ainsi :

It seems clear that an organized armed group cannot independently become a party to an international armed conflict. The armed group must "belong" to state A which is already a party to an international armed conflict in order to become "part" of a party, as opposed to a "party", to an international armed conflict. When an armed group "belong" to state A, what happens is that the armed group is assimilated into the term "Party" within the meaning of Article 4 (A) (2)<sup>256</sup>.

Il faut désormais se questionner si ce type d'application du DIH peut s'appliquer pour les groupes armés au Yémen. Dans le cas des Houthis, ceux-ci bénéficient d'un soutien logistique de la part de l'Iran, notamment l'approvisionnement des armes qui leur permettent de poursuivre les hostilités<sup>257</sup>. Le STC et les troupes pro-Hadi, de leur côté, sont soutenus par l'Arabie Saoudite et les Émirats arabes unis qui participent activement au conflit. Peut-on alors affirmer que si le conflit au Yémen était considéré comme international – impliquant, de ce fait, l'application complète de la troisième Convention de Genève – les groupes armés auraient l'opportunité de se qualifier comme « appartenant à une Partie au conflit » ? Si c'était le cas, alors la qualification du conflit comme étant un

---

<sup>254</sup> Nous ne voulons pas adresser les tests d'attribution développés par la CIJ et le TPIY, car nous pensons que l'article 4 de la troisième Convention de Genève est suffisamment détaillé pour déterminer les personnes bénéficiant des droits qui en découlent. Voir : Keiichiro Okimoto, « The Relationship between a State and an Organised Armed Group and Its Impact on the Classification of Armed Conflict » (2013) 5:3 *Amst Law Forum* 33-51 à la p 50 (« The application of the law of state responsibility is not necessary, and IHL, as the *lex specialis* in armed conflict situation, provides sufficient guidance to examine the nature and degree of the relationship required between a state and an organised armed group in order to consider that organised armed group as part of an existing international armed conflict »).

<sup>255</sup> ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Vol. V: Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, Geneva, ICRC, 1971, p. 17-22.

<sup>256</sup> Okimoto, *supra* note 254 à la p 49.

<sup>257</sup> Washington Post, « How Iranian weapons are ending up in Yemen » (30 November 2016), en ligne : < <https://www.washingtonpost.com/news/checkpoint/wp/2016/11/30/how-iranian-weapons-are-ending-up-in-yemen/> >.

CAI permettrait à certains de ces groupes de bénéficier du statut de prisonnier de guerre, ce qui serait impossible dans l'éventualité où le conflit était qualifié de CANI.

En somme, les deux interprétations des Conventions de Genève que nous avons présentées reposent sur des analyses doctrinales et jurisprudentielles bien développées. Pourtant, l'exemple du conflit au Yémen démontre bien que l'utilisation de l'une ou l'autre de ces approches mène à des conclusions différentes autant sur le déroulement des hostilités que sur le traitement pénal de certaines infractions.

Dans le prochain chapitre, nous verrons comment s'est construite l'approche identitaire et nous proposerons une critique de certains des postulats que l'on retrouve dans sa structure argumentative.



## CHAPITRE III

### INDÉTERMINATION ET INTERPRÉTATION DES NORMES

Nous avons vu, dans les deux premières sections de ce mémoire, que le droit applicable dans les situations de CAT n'est pas aussi prédéterminé que certains observateurs externes pourraient le penser. En effet, nous avons vu que les termes des articles 2 et 3 des Conventions de Genève – ceux qui contiennent les champs d'applications des CANI et des CAI – sont vagues<sup>258</sup> au point de permettre deux interprétations différentes qui mènent à des conclusions toutes aussi différentes. L'interprétation territoriale peut mener à l'application du droit des CAI dans les conflits transnationaux, tandis que l'interprétation identitaire, à l'inverse, peut déclencher le droit régulant les CANI dans le même type de situation. Ces deux constructions argumentatives soulignent le caractère indéterminé des normes et s'alignent avec les théories de l'indétermination en droit international.

Dans cette section, nous allons, dans un premier temps, présenter l'approche théorique que nous allons utiliser pour la critique sur l'interprétation identitaire. Il sera question ici de développer les thèses sur l'indétermination des normes et présenter pourquoi nous

---

<sup>258</sup> Lawrence B Solum, « The Interpretation-Construction Distinction » (2010) 27:1 Const Comment 95-118; Jeremy Waldron, « Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues » (1994) 82:3 Calif Law Rev 509-540; Adil Ahmad Haque, « Indeterminacy in the Law of Armed Conflict » (2019) 95 Int Law Stud Ser US Nav War Coll [i]-160. Ces auteurs font une différence entre des termes vagues et ambigus. L'ambigüité signifie qu'une norme peut être comprise différemment indépendamment du contexte, par exemple dans le cas où un mot peut avoir plusieurs significations sémantiques. Un terme qui est vague peut varier selon le contexte. Les termes conflits armés par exemple peuvent avoir une signification différente selon un CAI ou CANI puisque le champ d'application leur est différent.

utiliserons le même type de méthodologie que les *Critical Legal Studies* (CLS) et les *New Approach to international Law* (NAIL).

Ensuite, nous entrerons concrètement dans l'étape de la critique interne et externe de l'interprétation identitaire. Ce que nous entendons par critique interne et externe est résumé par certains auteurs : « an "internal" critique unveils the internal inconsistency of "mainstream" international law, an "external" critique points towards the ideological and political bias of supposedly neutral legal rules »<sup>259</sup>. En effet, la critique interne permettra de souligner certaines incohérences à l'intérieur de la structure argumentaire de cette méthode d'interprétation. Nous verrons que la construction du terme « identitaire » – qui permet d'établir si un État est Partie ou non au conflit – utilise en fait peu d'éléments constitutifs de l'État en droit international public. L'autre aspect de la critique vise le concept d'*animus belligerendi* et l'intention de ciblage des Parties au conflit comme facteur de détermination du droit applicable dans les CAT.

La troisième partie de ce chapitre est dédiée à la critique externe. Nous tenterons de démontrer que le développement d'une structure argumentaire basée sur l'identité des Parties au conflit pour déterminer le droit applicable est largement influencé par l'orientation idéologique de l'interprète. Ce travail juridique, comme disait Duncan Kennedy<sup>260</sup>, repose en fait sur les biais structurels pouvant influencer l'interprétation des articles 2 et 3 des Conventions de Genève. Finalement, nous verrons que l'utilisation de l'interprétation identitaire et l'application du droit des CANI dans des situations de CAT ne permettent pas un encadrement des hostilités qui est conforme avec l'esprit général du DIH.

---

<sup>259</sup> Andreas L Paulus, « International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law? » (2001) 14:4 *Leiden J Int Law* 727-756 à la p 731; B S Chimni, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*, 2<sup>e</sup> éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 à la p 259.

<sup>260</sup> Kennedy, *supra* note 21 à la p 158 (« Legal work, as I am using the term, whether aimed at cores or frames or at penumbras or conflicts or gaps, is undertaken "strategically". The worker aims to transform an initial apprehension of what the system of norms requires, given the facts, so that a new apprehension of the system, as it applies to the case, will correspond to the extra-juristic preferences of the interpretive worker ») ; Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Revised ed. edition, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1998; Duncan Kennedy, « Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology » (1986) 36:4 *J Leg Educ* 518-562.

Enfin, la dernière section du travail est une proposition d'interprétation des articles 2 et 3 qui se rapproche de l'interprétation territoriale, mais qui est plus restrictive sur certains critères. Cette proposition s'inspire de différentes thèses déjà soulevées dans la doctrine et dans certains débats entre juristes.

### 3.1. Théories de l'indétermination des normes

Pour comprendre l'apport des théories critiques sur les thèses de l'indétermination, il faut brièvement présenter les positions dominantes défendues par certains auteurs positivistes avant les remises en question des CLS. Nous ne dresserons pas la genèse des positions doctrinales sur l'indétermination des normes, mais nous présenterons globalement les thèses d'importants auteurs positivistes afin de démontrer les différences idéologiques qui se sont installées avec le développement des CLS.

#### 3.1.1. Approche positiviste classique

Si l'indétermination des normes est l'un des points centraux communs aux CLS et aux NAIL il faut néanmoins mentionner que ce concept a été soulevé par plusieurs juristes positivistes avant le développement de ces approches critiques. En étudiant les sources du droit et les sources de leurs caractères contraignants, ces juristes ont observé que les normes sont parfois suffisamment indéterminées, qu'il faut procéder à un exercice interprétatif pour évaluer leurs applications. Cette indétermination provient d'ambiguïtés dans la signification des mots et du langage utilisés pour décrire une règle ou une norme. Ces ambiguïtés langagières que l'on retrouve dans le processus de création et d'application des normes ont été l'objet d'analyse chez des auteurs comme H.L.A Hart et Hans Kelsen. En réutilisant des termes comme « texture ouverte » pour parler de l'indétermination<sup>261</sup>, Hart reconnaît que :

---

<sup>261</sup> Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press aux pp 7-22. L'auteur explique que le concept de « texture ouverte » provient de Friedrich Waismann.; F Waismann, « Verifiability » (1945) 19 Proc Aristot Soc Suppl Vol 119-150 (« The absence of a conclusive verification is directly due to the open texture of the terms concerned »).

In every legal system a large and important field is left open for the exercise of discretion by courts and other officials in rendering initially vague standards determinate, in resolving the uncertainties of statutes, or in developing and qualifying rules only broadly communicated by authoritative precedents<sup>262</sup>.

Selon lui, les ambiguïtés des règles et des normes peuvent donc être résolues par le pouvoir discrétionnaire des juges ou des autorités juridiques. Or, Hart rappelle que l'interprétation d'une norme est cadrée par le noyau ou la signification intrinsèque des termes qui sont utilisés dans la règle<sup>263</sup>. Autrement dit, « malgré cette texture ouverte des concepts et des règles, il existerait pour chacun d'entre eux un paradigme, une signification standard qui constituerait le cœur de sa définition »<sup>264</sup>. Les possibilités d'interprétation sont ainsi limitées à l'essence du noyau de la norme.

Hart n'est pas le seul positiviste analytique à avoir analysé le caractère indéterminé des normes. En effet, en développant sa théorie pure du droit Hans Kelsen remarque :

Indeterminacy of the legal act can also be the unintended consequence of properties of the norm to be applied by the act in question. First of all, there is ambiguity of a word or a phrase used in expressing the norm; the linguistic sense of the norm is not unequivocal, and whoever is to apply the norm is faced with several possible readings<sup>265</sup>.

Ici, Kelsen rejoint Hart en expliquant que l'interprétation des normes ne peut permettre une application de la règle à l'extérieur du cadre normatif établi par la signification de la norme elle-même. Pour lui, l'interprétation est un exercice de compréhension de la norme en fonction du langage et des termes utilisés ou de la volonté des autorités qui ont créé la

---

<sup>262</sup> H L A Hart, *The Concept of Law*, Third edition, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012 à la p 136.

<sup>263</sup> H L A Hart, « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer » (1956) 105:7 *Univ Pa Law Rev* 953-975 à la p 968 (« The contention is that since most legal expressions gave a certain hard core of meaning and then a penumbra of vagueness, or since many notions like that of a right are ambiguous, it follows that to start on the analysis of this aspect of these concepts is to attempt a Sisyphean task involving the recording of myriads of divergent usages of forms. Surely this is enormously to exaggerate the degree of irrational chaos which permeates our thought and language in the law »).

<sup>264</sup> Remi Bachand, « Indetermination et l'Interpretation chez les positivistes analytiques: Un échange avec Austin, Kelsen, Hart et ... Dworkin » (2005) 37:1 *Ott Law Rev* 35-70 à la p 47.

<sup>265</sup> Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford University Press à la p 79; Voir en particulier: Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2009 à la p 349 (« Hence every law-applying act is only partly determined by law and partly undetermined »).

règle<sup>266</sup>. Dans tous les cas, l'interprétation est plutôt un choix de possibilités qui s'inscrivent dans le cadre établi par la norme, il s'agit donc d'évaluer la portée de la norme sans déroger de ses possibilités préétablies<sup>267</sup>.

Ces deux auteurs sont considérés comme des figures historiques dominantes du positivisme juridique traditionnel<sup>268</sup>. Ils ont contribué au développement de certaines branches à l'intérieur même de l'approche positiviste<sup>269</sup>. Malgré ces multiplicités de thèses sur les sources du droit, John Gardner a tenté de livrer un postulat de base pour l'ensemble de l'approche : « In any legal system , whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where the merits, in the relevant sense, include the merits of its sources) »<sup>270</sup>. Les partisans de cette approche classique ont donc cherché à détacher les sources du droit de toutes considérations extra-juridiques pour en faire une science « neutre ».

---

<sup>266</sup> Kelsen, *supra* note 265 aux pp 350-352.

<sup>267</sup> *Ibid* à la p 351 (« If "interpretation" is understood as cognitive ascertainment of the meaning of the object that is to be interpreted , then the result of a legal interpretation can only be the ascertainment of the frame which the law that is to be interpreted represents, and thereby the cognition of several possibilities within the frame »).

<sup>268</sup> John Gardner, « Legal Positivism: 5 1/2 Myths » (2001) 46 Am J Jurisprud 199-228 à la p 200; D Dyzenhaus, « The Genealogy of Legal Positivism » (2004) 24:1 Oxf J Leg Stud 39-67 aux pp 40-42.

<sup>269</sup> Voir les différentes positions sur les *Hard/Easy cases* et les *exclusive* et *inclusive legal positivism*. W J Waluchow, « The Many Faces of Legal Positivism » (1998) 48:3 Univ Tor Law J 387-449 aux pp 392-395; E Philip Soper, « Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute » (1976) 75:3 Mich Law Rev 473-519 aux pp 484-488; Jules L Coleman, « Negative and Positive Positivism » (1982) 11:1 J Leg Stud 139-164; Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Reprinted, Oxford, Oxford Univ Press, 2002; Joseph Raz, « Facing Up: A Reply » (1988) 62:Issues 3 & 4 South Calif Law Rev 1153-1236 à la p 1204. Pour une critique des travaux de Hart et des postulats positivistes en général, voir: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Bloomsbury Academic, 2013; Ronald Dworkin, « Hard Cases » (1974) 88:6 Harv Law Rev 1057-1109.

<sup>270</sup> Gardner, *supra* note 268 à la p 199; Nous aurions pu ajouter aussi le résumé de l'approche dans Soper, *supra* note 269 à la p 474 (« The conceptual core of the positivist's theory [...] is the claim that legal validity is determined by references to a master test - a standard or set of standards external to the judge that can in theory be identified empirically and that serves as the ultimate justification of the claim that the judge's decision in any particular case is in accordance with the "law " »).

### 3.1.2. *Critical Legal Studies et New Approach of International Law*

Si la tendance positiviste a dominé la doctrine juridique après les écrits de Austin<sup>271</sup>, Hart et Kelsen, certains juristes ont, à partir des années 1970, tenté de révéler certaines incohérences dans la pensée juridique libérale. En effet, comme l'explique Alan Hunt, le mouvement des CLS a positionné l'ordre libéral et le positivisme juridique au centre de son analyse :

The liberalism against which the critical theory directs its critical energies is the liberal theory which has generated the philosophy of legalism and the associated jurisprudence of legal positivism that has so decisively implanted itself in both the academic, the political and popular discourse of contemporary capitalist democracies<sup>272</sup>.

Les auteurs marquants chez les CLS, tels que Unger<sup>273</sup>, Kennedy<sup>274</sup>, Trubek<sup>275</sup> et Tushnet<sup>276</sup> ont remis en question la neutralité du droit et exposé certaines particularités du raisonnement juridique comme étant influencées par des considérations politiques et idéologiques. Selon eux, c'est l'indétermination des normes qui permet cette influence. L'exercice de détermination des normes, selon David Kairys, se fait en fonction des valeurs et des jugements basés sur des aspects sociaux, politiques, idéologiques ou même religieux<sup>277</sup>. Autrement dit, la portée d'une règle peut être établie en fonction des

---

<sup>271</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, coll Cambridge texts in the history of political thought, Cambridge; New York, NY, Cambridge University Press, 1995.

<sup>272</sup> Alan Hunt, « The Theory of Critical Legal Studies » (1986) 6:1 Oxf J Leg Stud 1-45 à la p 4.

<sup>273</sup> Roberto Mangabeira Unger, « The Critical Legal Studies Movement » (1982) 96:3 Harv Law Rev 561-675.

<sup>274</sup> Kennedy, *supra* note 260; Duncan Kennedy, « The Structure of Blackstone's Commentaries » (1978) 28:2 Buffalo Law Rev 205-382 (« The Blackstone serves [...] as a relatively easy object for the method of discovering hidden political intentions beneath the surface of legal exposition »); Duncan Kennedy, « Legal Formality » (1973) 2:2 J Leg Stud 351-398.

<sup>275</sup> David M Trubek, « Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism Critical Legal Studies Symposium » (1984) 36: Issues 1 & 2 Stanford Law Rev 575-622.

<sup>276</sup> Mark V Tushnet, « Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles » (1982) 96:4 Harv Law Rev 781-827 (« The theory shows us an institution at the heart of liberalism that contains the potential for destroying liberalism by revealing the institution's inconsistencies and its dialectical instability »).

<sup>277</sup> David Kairys, « Law and Politics » (1983) 52:2 George Wash Law Rev 243-262 à la p 248.

préférences des juges, mais cette influence politique ou idéologique est cachée derrière l'apparence de neutralité de la norme. Cette position peut être résumée ainsi :

The critique of legal order presents a challenge to legal scholarship. If law is indeterminate, all scholarship on what the law is becomes a form of advocacy rather than a "neutral" or "scientific" activity. If there is no distinct form of legal reasoning, scholarly argumentation about the law blends into political and ideological debate. If the stuff of legal doctrine is, by its nature, contradictory, then legal argumentation can find no grounding in the materials of law itself<sup>278</sup>.

La méthodologie des CLS utilisée pour démontrer que le droit n'est pas neutre et que la détermination des normes est influencée par des tendances politiques personnelles est de souligner des contradictions à l'intérieur du raisonnement juridique<sup>279</sup>. Cette contradiction interne provient de l'exercice d'interprétation. Le raisonnement est que si une norme peut être interprétée de multiples façons, alors on pourrait supposer que les constructions argumentaires qui découlent de la norme soient tout aussi contradictoires<sup>280</sup>.

Certaines contradictions peuvent également être perceptibles d'un point de vue externe. Duncan Kennedy explique qu'une critique externe : « accepts the notion that the law as a whole, or some part of it, is coherent, but criticizes it either because it has a suspect origin or because it has bad effects »<sup>281</sup>. La critique externe établit donc un lien entre la norme et son application ou son origine. Autrement dit, on cherche à démontrer l'adéquation entre l'objectif affiché d'une règle et les conséquences de sa mise en pratique. Par exemple, on peut affirmer que le raisonnement positiviste, qui soutient l'ordre juridique libéral, ne permet pas une application neutre du droit et n'est en fait qu'un moyen de légitimer un modèle social, économique et culturel qui reproduit des rapports de domination<sup>282</sup>. Il y a

<sup>278</sup> Trubek, *supra* note 275 à la p 578.

<sup>279</sup> Kennedy, *supra* note 260 à la p 152 (« it still seems appropriate to me to describe these debates as reflecting the internal contradictions of modernist legal consciousness, and the same contradictions seem to me manifest in modern liberalism and conservatism »).

<sup>280</sup> Alan Hunt, « The Critique of Law: What Is "Critical" about Critical Legal Theory? » (1987) 14:1 J Law Soc 5-19 à la p 14; Kennedy, *supra* note 260 à la p 556 (« the popular conception of law is internally contradictory, embracing the notions that (a) "the law is the law", a determinate result-producing technique, and (b) the law is intrinsically an affair of justice, so that it is always "for the best", and lacking any theory at all of how conflicts between (a) and (b) are to be resolved »).

<sup>281</sup> Kennedy, *supra* note 260 à la p 92.

<sup>282</sup> *Ibid* aux pp 244-262.

donc contradiction entre l'idée socialement construite de l'ordre libéral et la réalité qui découle de son régime normatif.

Ces théories critiques ont largement influencé les écrits de David Kennedy, considéré comme l'un des fondateurs des *New Stream* ou des NAIL<sup>283</sup>. L'objet d'analyse des NAIL n'est pas nécessairement le contenu du droit international, mais plutôt la structure du discours (*discourse*) du droit international<sup>284</sup>. Selon Kennedy, cette orientation permet de révéler certaines « hidden ideologies, attitudes and structures which lie behind discourse, rather than upon the subject matter of legal talk »<sup>285</sup>.

Pour les NAIL, le contenu du droit international est contradictoire. C'est le discours, le processus dialectique ou plus largement le langage juridique qui permettent de se dégager de ces contradictions. Kennedy explique que le droit international est construit sur des sources, des processus et des substances, dont chacun repose sur des binarités opposées (*hard/soft law* dans la doctrine des sources; participation/juridiction dans le processus du droit international; autonomie souveraine/communauté internationale dans la substance)<sup>286</sup>. Cela fait en sorte qu'il est possible de bâtir une argumentation juridique basée par exemple sur des principes de droit dans la doctrine des sources, et qu'il soit en même temps possible de construire un contre argument qui repose également sur ces principes<sup>287</sup>. Devant ces contradictions internes, ce sont les processus dialectiques et l'utilisation d'un langage juridique qui permettent d'arriver à la construction d'un discours en droit international. Kennedy souligne que c'est « l'interminabilité » du droit international qui rend possible la construction de tels discours<sup>288</sup>.

---

<sup>283</sup> Anne Orford, « The Destiny of International Law » (2004) 17:3 *Leiden J Int Law* 441-476 à la p 474; Chimni, *supra* note 259 à la p 246.

<sup>284</sup> David Kennedy, « Theses about International Law Discourse » (1980) 23 *Ger Yearb Int Law* 353-391 à la p 388; Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, New York, NY, Oxford University Press, 2016 à la p 145.

<sup>285</sup> Kennedy, *supra* note 284 à la p 355.

<sup>286</sup> David Kennedy, *International Legal Structure*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft Mbh & Co, 1987.

<sup>287</sup> Voir par exemple : *Pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus*. *Ibid*; Remi Bachand, « Critique en droit international: Reflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Mieville » (2006) 19:2 *Rev Quebecoise Droit Int* 1-34 à la p 12.

<sup>288</sup> David Kennedy, « A New Stream of International Law Scholarship » (1988) 7:1 *Wis Int Law J* 1-50 à la p 39 (« The resulting field of rhetorical maneuver can extend itself virtually to infinity, so long as the specters of social power and aspiration can be kept safely, tamely, at bay. In short, my doctrinal



Tout comme Kennedy, Koskenniemi cherche à démontrer que l'indétermination des normes ne provient pas de facteurs externes, mais représente plutôt une propriété interne au droit<sup>289</sup>. Selon lui, cette indétermination fait en sorte que « the legal argument inexorably, and quite predictably, allowed the defense of whatever position while simultaneously being constrained by a rigorously formal language »<sup>290</sup>. Le droit international est donc suffisamment construit pour défendre une certaine légitimité et suffisamment indéterminé pour cacher ce que Koskenniemi appelle des biais structurels<sup>291</sup>. D'ailleurs, ce dernier explique :

International law is singularly useless as a means for justifying or criticizing international behaviour. Because it is based on contradictory premises it remains both over- and underlegitimizing: it is overlegitimizing as it can be ultimately invoked to justify any behaviour (apologism), it is underlegitimizing because incapable of providing a convincing argument on the legitimacy of any practice (utopianism)<sup>292</sup>

Les travaux de Kennedy et Koskenniemi ont donc démontré que l'indétermination normative permet d'utiliser le droit international à des fins politiques, et ce derrière une apparence d'objectivité et de légitimité<sup>293</sup>.

En somme, nous avons présenté les différentes positions de ces approches critiques et l'évolution des théories sur l'indétermination, car nous voulons utiliser la même méthodologie pour notre critique de l'interprétation identitaire. En effet, il sera question de déconstruire la position identitaire pour révéler certaines incohérences internes et démontrer qu'il est possible à partir de chacun des arguments d'arriver à une conclusion inverse. Finalement, nous présenterons comment cette position est basée sur des biais structurels ou des préférences idéologiques personnelles, et ne permet pas une application adéquate du DIH.

---

investigations have convinced me that the interminability of international law is the subtle secret of its success »).

<sup>289</sup> Martti Koskenniemi, « Letter to the Editors of the Symposium » (1999) 93:2 Am J Int Law 351-361 à la p 354; Chimni, *supra* note 259 à la p 253.

<sup>290</sup> Koskenniemi, *supra* note 289 à la p 354.

<sup>291</sup> Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 1 edition, New York, Cambridge University Press, 2006 aux pp 562-617.

<sup>292</sup> *Ibid* à la p 67.

<sup>293</sup> Paulus, *supra* note 259 à la p 732.

### 3.2. Critique interne

L'objectif de la critique interne n'est pas d'invalider une méthode d'interprétation des articles 2 et 3 basée sur l'identité des Parties au conflit. Le but recherché est plutôt d'ouvrir une discussion sur certaines incohérences dans les arguments qui permettent d'appliquer le droit des CANI pour des situations de CAT. Comme nous le verrons, ces incohérences reposent premièrement sur la conception de l'État qui semble s'éloigner du concept traditionnel en droit international public. Ensuite, nous tenterons de démontrer que la question de l'intention des Parties à cibler ou non l'État territorial comme élément de qualification des conflits est une logique contraire au DIH et est empruntée au droit pénal international.

#### 3.2.1. Conception de l'État et application du DIH

Les différences fondamentales qui existent entre les approches territoriales et identitaires semblent reposer sur des conceptions différentes de l'État. Les termes « entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » de l'article 2 sont interprétés différemment selon chacune des approches et on remarque que la notion « entre » implique parfois deux États et parfois un seul. Autrement dit, la différence repose sur la signification de ce que représente un conflit « entre » deux ou plusieurs États. Ici, en déconstruisant le concept d'État et ses éléments constitutifs, nous démontrerons que l'approche identitaire comprend la notion « entre deux ou plusieurs États » comme étant « deux ou plusieurs gouvernements ». Nous verrons qu'il s'est produit un glissement entre le concept positiviste de l'État en droit international public (composé de plusieurs éléments) et le concept de l'État utilisé par l'interprétation identitaire.

Avant tout, il faut rappeler que les partisans de l'approche identitaire soutiennent qu'un CAT n'est pas un conflit international parce que l'État A (l'État intervenant) n'intervient pas contre l'État B (l'État territorial), mais plutôt contre le groupe armé non étatique C. Cette logique permet donc l'application de l'article 3 des Conventions de Genève et

l'application du droit des CANI puisque l'État B n'est pas Partie au conflit. Dans cette section de la critique, c'est spécifiquement l'affirmation selon laquelle l'État B n'est pas Partie au conflit que nous tenterons de remettre en doute.

Le concept d'État en droit international public est bien défini et ses critères sont relativement bien développés. Ceux-ci sont généralement reconnus comme étant une population, un territoire et un gouvernement, auxquels peuvent s'ajouter d'autres éléments souvent débattus parmi les juristes<sup>294</sup>. Cette définition de l'État provient de la Convention de Montevideo de 1933. Il y est mentionné à l'article 1: « The State as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other States »<sup>295</sup>.

Comme nous l'avons vu, la question de la reconnaissance de l'État par la communauté internationale comme étant un élément constitutif a été rejetée plus haut, car ce critère repose largement sur des considérations subjectives et politiques<sup>296</sup>. Dans tous les cas, ce critère est immatériel pour notre critique, puisque nous cherchons à remettre en doute, grâce à une analyse objective et factuelle, le postulat selon lequel l'État territorial, dans un conflit entre l'État A et le groupe armé C, n'est pas Partie au conflit. Pour ce faire, nous tenterons de démontrer comment un conflit armé dans une telle situation affecte le territoire, la population et le gouvernement de l'État territorial et rend donc impossible l'application de l'article 3 des Conventions de Genève.

---

<sup>294</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012 aux pp 127-128; James R Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007 aux pp 45-93; J D van der Vyver, « Statehood in International Law » (1991) 5:1 Emory Int Law Rev 9-102; Jean d'Aspremont, « The International Law of Statehood: Craftsmanship for the Elucidation and Regulation of Births and Deaths in the International Society » (2013) 29:2 Conn J Int Law 201-226.

<sup>295</sup> *Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États*, 26 décembre 1933, 165 R.T.S.N. 19, (entrée en vigueur le 26 décembre 1934), art. 1.

<sup>296</sup> Carron, *supra* note 145 aux pp 121-122 (« Pour la définition de CAI, il est important de soutenir une définition de l'État qui se base sur les trois critères objectifs déjà énoncés et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, accorder une importance à la reconnaissance de la qualité d'État pourrait introduire des arguments politiques et/ou de *jus ad bellum* en DCA [droit des conflits armés], arguments qui selon nous n'ont pas leur place en *jus in bello* »).

### 3.2.1.1. Critère territorial

Pour ce qui est du critère territorial, il faut souligner que, désormais, l'ensemble des territoires où se trouvent des populations sont divisés entre États et font partie plus largement de l'intégrité territoriale de l'un ou l'autre de ces États<sup>297</sup>. La source conventionnelle de ce principe phare en droit international public est l'article 2.4 de la Charte des Nations Unies. Les dispositions de cet article ont été interprétées par la Déclaration sur les principes de droit international. On y affirme: « Every State shall refrain from any action aimed at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of any other State or country »<sup>298</sup>. Selon Jure Vidmar, cette interprétation de l'article 2.4 vient dissocier le principe d'intégrité territoriale et le contexte de l'utilisation de la force<sup>299</sup>.

La question de l'intégrité territoriale est pertinente, car certains observateurs diront que le critère territorial de l'État ne peut être pris en compte pour déterminer la nature d'un conflit armé si l'État territorial donne son consentement<sup>300</sup>. Dans ce cas-ci, on ne pourrait affirmer qu'un conflit est international sur la base d'une atteinte à l'intégrité territoriale spécifiquement parce que le consentement à l'intervention empêche toute violation de ce principe. En effet, l'octroi d'un consentement élimine la possibilité d'une atteinte à l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique. Mais est-ce que le concept d'intégrité territoriale est utilisé dans les articles 2 et 3 pour définir la nature d'un conflit ? Quelle est l'importance de ce concept dans la qualification d'un conflit ?

---

<sup>297</sup> Jure Vidmar, « Territorial Integrity and the Law of Statehood » (2012) 44:4 *George Wash Int Law Rev* 697-748 aux pp 706-707 (« the world's territory is completely divided between States. All permanently populated territories have a parent State which is, in turn, protected by the principle of territorial integrity »); Anne Peters, « Statehood after 1989: 'Effectivités' between Legality and Virtuality » dans James Crawford et Sarah Nouwen, dir, *Select Proceedings of the European Society of International Law, Volume 3, 2010*, London, Hart Publishing, 2012, 171-184.

<sup>298</sup> *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés AG 2625 (XXV), Doc off, 25<sup>e</sup> session, A/RES/2625 (1970).

<sup>299</sup> Vidmar, *supra* note 282 à la p 707 (« This elaboration interprets the territorial integrity of States more broadly than Article 2.4 of the U.N Charter and liberates the principle from the context of the use of force »).

<sup>300</sup> La question du consentement a déjà été traité plus haut. Voir : Assemblée générale, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. off., A/RES/56/83, 28 janvier 2002, art. 20

L'article 2 des Conventions de Genève mentionne : « conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ». L'État A qui intervient dans le territoire de l'État B implique naturellement le territoire de ce dernier (un des éléments constitutifs de l'État). Dans l'article 2, il n'est pas directement question d'atteinte à l'intégrité territoriale pour que le conflit ait lieu « entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ». Autrement dit, qu'il y ait consentement ou non de l'État territorial n'empêche pas le fait que le territoire de l'État B soit impliqué dans le conflit, ce qui rend la situation conforme à l'article 2 (« surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes »). De plus, il y est mentionné que l'article 2 s'applique même dans l'éventualité où il n'y a pas de résistance militaire de l'État territorial.

Cet exercice peut également être fait avec l'article 3. Par exemple, est-ce que les termes « conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes » de l'article 3 doivent être compris plutôt comme « conflit armé ne portant pas atteinte à l'intégrité territoriale ». Il semble que l'article 3 s'applique sur une base factuelle, c'est-à-dire dans le cas où l'intervention d'un État n'implique pas les éléments constitutifs de deux ou plusieurs États (« ne présentant pas un caractère international »). Donc, qu'il y ait intervention d'un État sur le territoire d'un autre État, on se retrouverait, malgré tout, devant une situation à caractère international, et ce indépendamment de certaines considérations politiques telles que le consentement de l'État territorial.

L'envers de la médaille, dans une telle analyse, est que l'intégrité territoriale est effectivement utilisée pour définir des situations d'agression. La résolution 3314 précise : « Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this definition »<sup>301</sup>. Il faut cependant mentionner que le concept d'agression est un concept *ad bellum* et sort donc de notre cadre de recherche<sup>302</sup>. Dans tous les cas, même si l'intégrité territoriale est invoquée en *jus ad*

<sup>301</sup> *Definition of Aggression*, Rés AG 3314 (XXIX), Doc off, 29e session, A/RES/3314 (1974).

<sup>302</sup> Francois Bugnion, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire » (2002) 84:847 Int Rev Red Cross 523-546.

*bellum* et non pas en *jus in bello* (parce qu'absente des articles 2 et 3 comme nous l'avons affirmé), l'intervention d'un État sur le territoire d'un autre État sans son consentement mènerait à l'application du droit des CAI. À l'inverse, si l'État intervient avec le consentement de l'État territorial, il ne peut y avoir d'agression puisqu'il n'y a pas atteinte à l'intégrité territoriale. Cela n'empêche pas l'application du droit des CAI en *jus in bello*, de par l'implication de deux États (les forces armées de A et le territoire de B).

Ainsi, au-delà du concept d'intégrité territoriale, nous pensons que les situations de CAT, telles que nous les avons présentées, impliquent le territoire de l'État territorial et font de lui un État Partie au conflit.

### 3.2.1.2. Critère de population

Quant au critère de la population, les impacts d'une intervention de l'État A sur le territoire de l'État B sont réels et les implications ne sont pas que sémantiques. Ces interventions peuvent avoir des conséquences importantes sur les personnes ne participant pas directement aux hostilités et qui vont à l'encontre de l'esprit général du DIH. On peut penser, en observant l'exemple de l'État A qui lance une attaque aérienne contre le groupe armé non étatique situé dans le territoire de l'État B, qu'une telle intervention n'affecte que le groupe armé en question. Or, il arrive régulièrement qu'une attaque finisse par tuer des personnes ne participant pas aux hostilités, autrement dit des civils situés dans l'État B<sup>303</sup>.

L'un des exemples intéressants est l'intervention américaine au Pakistan et spécifiquement les attaques de drones contre les Talibans dans nord de l'État. En effet, on compte environ 381 attaques de drones de la part de la CIA en territoire pakistanais entre 2004 et 2014 qui ont fait entre 2537 et 3646 morts<sup>304</sup>. Parmi ces cibles, on compte entre 416 et 951 personnes

---

<sup>303</sup> Thomas W Smith, *Human Rights and War Through Civilian Eyes*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2017; Gregory S McNeal, « Targeted Killing and Accountability » (2013) 102:3 Georgetown Law J 681-794; Neta Crawford, *Accountability for Killing: Moral Responsibility for Collateral Damage in America's Post-9/11 Wars*, Illustrated edition, Oxford, Oxford University Press, 2013; Daniel Rothbart et Karina V Korostelina, *Why They Die: Civilian Devastation in Violent Conflict*, University of Michigan Press, 2011, (« According to United Nations reports published in 1998, civilians account for at least 75 percent of all war deaths in wars of the late twentieth century »).

<sup>304</sup> McNeal, *supra* note 303 aux pp 754-755.

civiles qui ont été tuées<sup>305</sup>. Pourtant, l'intervention américaine contre le groupe armé a été considérée comme un CANI et la plupart des attaques de drones ont été autorisés par les autorités pakistanaises<sup>306</sup>.

Si l'on analyse l'article 2 des Conventions de Genève et que l'on interprète les termes « entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes » comme étant un conflit impliquant deux ou plusieurs États, il est difficile de rejeter l'application de l'article 2 à l'exemple du Pakistan. Comment affirmer que l'intervention d'un État contre la population d'un autre État – qu'il y ait intention de la cibler ou non, et avec ou sans le consentement de l'État territorial – n'implique pas l'article 2 (entre deux ou plusieurs États) ? Le raisonnement est que si la population est une partie intégrante de l'État, alors l'intervention d'un État contre la population d'un autre État doit être comprise comme une intervention contre ce dernier, indépendamment qu'il y ait erreur de frappe ou non.

Dans un autre ordre d'idée, l'argument que nous voulons soutenir est que, même si une frappe aérienne est conforme au principe de proportionnalité, de nécessité militaire et qu'elle est légitime au regard du DIH, il n'empêche en rien qu'une telle attaque mène à des dommages collatéraux. Il est difficile, selon nous, de soutenir qu'un événement dans lequel une bombe de l'État A qui tue un civil de l'État B puisse ne pas déclencher le droit des CAI en vertu de l'article 2. De plus, la majorité des dommages collatéraux causés par les frappes américaines par exemple sont attribuables à des erreurs d'identifications des cibles et non pas à un calcul utilitariste presque conforme aux principes de proportionnalité<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> *Ibid.*

<sup>306</sup> Blank et Farley, *supra* note 205 aux pp 176-183 (« The government of Pakistan is reportedly not only involved in the targeting decisions for drone strikes - either by receiving notification prior to an impending strikes or by actually nominating targets to be attacked by US drones - but it has also reportedly bargained with the US government to allow expansion of drone strikes »); Robert P Jr Barnidge, « A Qualified Defense of American Drone Attacks in Northwest Pakistan under International Humanitarian Law » (2012) 30:2 Boston Univ Int Law J 409-448 à la p 435; Theresa Reinold, « State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11 » (2011) 105:2 Am J Int Law 244-286 à la p 280.

<sup>307</sup> McNeal, *supra* note 303 à la p 754 (« When collateral damage has occurred, 70% of the time it was due to failed "positive identification" of a target. 22% of the time it was attributable to weapons malfunction, and a mere 8% of the time it was attributable to proportionality balancing »); Gregory S McNeal, « Are Targeted Killings Unlawful? A Case Study in Empirical Claims without Empirical Evidence » dans Claire Finkelstein, Jens David Ohlin et Andrew Altman, dir, *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 331.

### 3.2.1.3. Critère gouvernemental comme seul élément constitutif de l'État ?

Le dernier critère constitutif de l'État abordé dans cette section est celui du gouvernement. Le point implicitement soutenu par les partisans de l'approche identitaire est que, même si la population et le territoire d'un État sont directement impliqués dans un CAT, celui-ci n'est pas considéré comme faisant partie du conflit. Cela implique nécessairement que le seul critère constitutif conforme aux termes « entre deux ou plusieurs États » et qui permet d'impliquer un État au conflit est le gouvernement. Il s'est donc produit un glissement dans le raisonnement de l'approche identitaire où le concept prédéterminé de l'État en droit international public est substitué par un concept d'État seulement composé du critère gouvernemental. Pourtant, le DIH ne fait pas mention d'une conception alternative de l'État où le seul critère permettant de qualifier une Partie au conflit est le gouvernement.

Même si nous suivons cette logique et que nous admettons que le seul critère de l'État qui doit être pris en considération pour qualifier un CAT comme un CAI est le gouvernement, il est, malgré tout, possible d'attacher l'aspect gouvernemental aux critères de population et de territoire par le principe de responsabilité de protéger. L'argument que nous soutenons est que si le territoire et la population d'un État sont affectés par un conflit armé, alors le gouvernement de cet État est lui aussi indirectement impliqué par sa responsabilité de protéger. En effet, dans le *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS), les auteurs rappellent que les autorités étatiques ont la responsabilité de protéger leur population et leur intégrité territoriale<sup>308</sup>. Thomas H. Lee explique que le rapport de la Commission a établi trois piliers sur la responsabilité de protéger:

- (1) a sovereign state has a basic responsibility to protect civilians within its border;
- (2) the rest of the world has a responsibility to ensure that every state honors its responsibility to protect;
- and (3) if a state fails in its responsibility,

---

<sup>308</sup> International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Responsibility to Protect*, International Development Research Centre, Ottawa, 2001.



than other states may use armed force to protect the lives of the civilians at risk instead<sup>309</sup>.

Il est important de retenir, dans l'affirmation de Lee et le rapport de la Commission, qu'un État doit protéger la population se trouvant à l'intérieur de son territoire. Les motifs concernant l'intervention humanitaire pour des questions de responsabilité de protéger ont été critiqués par plusieurs auteurs, spécifiquement parce que de telles interventions peuvent mener à des pertes civiles<sup>310</sup>. Dans tous les cas, le point à souligner est que le gouvernement, en tant qu'élément constitutif du concept d'État, est impliqué dans le cas où la population située dans son territoire est directement ou indirectement ciblée par l'intervention étrangère dans le cadre d'un CAT.

Le concept « État », dans l'application de la responsabilité de protéger, doit être compris comme étant composé par les autorités étatiques. Autrement dit, c'est le gouvernement qui se doit de protéger sa population et son intégrité territoriale. Le raisonnement est que si un conflit transnational a lieu à l'intérieur d'un État et qu'il affecte son territoire et sa population, il faut également établir que le gouvernement de cet État est impliqué par le prolongement de sa responsabilité.

Avant de conclure, il est important de rappeler que les arguments du *Jus ad Bellum* ne peuvent servir à qualifier la nature d'une intervention et à déterminer le droit applicable dans un CAT. Nous pensons que la légitimité d'une intervention militaire ne change rien au droit applicable et ne devrait en aucun cas influencer le *Jus in bello*. La raison est que les arguments en *Jus ad bellum* peuvent parfois relever de la politique juridique, alors que le DIH doit bénéficier d'une application objective. À titre illustratif, une intervention peut être, par exemple, en violation du principe d'intégrité territoriale et être à la fois légitime parce qu'elle est conforme au concept élargi de responsabilité de protéger. La nature de l'intervention dans de telles circonstances dépendrait de considérations subjectives, ce qui est contraire au fonctionnement du DIH<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Thomas H Lee, « The Law of War and the Responsibility to Protect Civilians: A Reinterpretation » (2014) 55:2 Harv Int Law J 73 aux pp 283-284.

<sup>310</sup> Mary Ellen O'Connell, « Responsibility to Peace: A Critique of R2P » (2010) 4:1 J Interv Statebuilding 39-52; Roland Paris, « The 'Responsibility to Protect' and the Structural Problems of Preventive Humanitarian Intervention » (2014) 21:5 Int Peacekeeping 569-603.

<sup>311</sup> Nous développons davantage notre position sur les questions du *jus ad bellum* dans la section 3.4.

Pour finir, les CAT, qui se déroulent entre l'État A et le groupe armé non étatique C situé dans le territoire de l'État B, invoquent au moins l'un des trois critères constitutifs de l'État territorial. Si ces critères sont impliqués, pourquoi est-ce que les partisans de l'approche identitaire rejettent l'idée que l'article 2 doit s'appliquer ? Pourtant, le conflit comprend « deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ». Est-ce que ces trois critères doivent être cumulatifs pour inclure l'État territorial ? Si la réponse est non, dans quelle situation peut-on affirmer que le CAT en question implique l'État territorial en vertu de l'article 2 ? Nous verrons que certains auteurs estiment que c'est l'*animus belligerendi* qui doit être pris en compte.

### 3.2.2. *Animus belligerendi* et l'intention des Parties

La question de l'*animus belligerendi* est centrale pour la suite du raisonnement. Si les termes « entre deux ou plusieurs États » doivent être compris comme étant « contre deux ou plusieurs États », il semblerait qu'il faille que l'État intervenant ait l'intention de cibler l'État territorial. Comme nous avons vu que l'approche identitaire rejette l'idée que l'État B soit partie au conflit, malgré le fait que certains de ses éléments constitutifs soient impliqués, il faut désormais s'interroger sur la place de l'intention des parties dans la détermination du droit applicable. Pour qu'un conflit soit considéré comme international, pour les partisans de l'interprétation identitaire, il faut que l'État intervenant ait l'intention de recourir à la force contre l'État territorial<sup>312</sup>. Autrement dit, il faut que l'État intervenant ait l'intention de cibler le territoire, la population ou le gouvernement de l'État B.

Selon Christopher Greenwood, l'un des premiers juristes à défendre le concept d'*animus belligerendi* est Arnold McNair<sup>313</sup>. Ce dernier estimait qu'un conflit international pouvait avoir lieu par l'entremise d'une déclaration de guerre ou par l'utilisation de la force contre un État délibérément. Greenwood a résumé la position ainsi: « The creation of a state of

<sup>312</sup> Carron, *supra* note 145 à la p 443 (« En d'autres termes, pour qu'un CAI existe, l'État intervenant doit avoir l'intention d'user de la force contre un autre État »).

<sup>313</sup> Christopher Greenwood, « The Concept of War in Modern International Law » (1987) 36:2 Int Comp Law Q 283-306 à la p 286; Arnold D McNair, « The Legal Meaning of War, and the Relation of War to Reprisals » (1925) 11 Trans Grotius Soc 29-52 à la p 45.

war required the manifestation by one of the belligerents of an *animus belligerendi*, an intention to create a state of war between itself and its opponent »<sup>314</sup>. Comme nous l'avons déjà mentionné, les fondements d'une telle analyse reposent sur l'idée qu'un conflit armé international implique qu'un État doit agir *contre* un autre État<sup>315</sup>. Dans de telles circonstances, la question de l'*animus belligerendi* permet de différencier des actions pouvant potentiellement déclencher un CAI, de celles découlant d'une erreur de ciblage par exemple.

De plus, il existe certains termes à l'intérieur de l'article 2 des Conventions de Genève qui se réfèrent à l'*animus belligerendi* de manières différentes. Djemila Carron y fait une différence entre l'*animus* d'user de la force et l'*animus* d'être dans un conflit armé international<sup>316</sup>. Elle explique que les termes « même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une [des parties au conflit] » de l'article 2 permettent de rejeter le critère d'intention, spécifiquement parce que les Conventions de Genève peuvent s'appliquer indépendamment de la volonté des parties au conflit à reconnaître son existence<sup>317</sup>. Selon elle, l'*animus* d'être dans un CAI n'est pas pertinent pour déterminer la nature d'un conflit armé. Le cas où l'État A attaque l'État B entraîne un CAI, et ce malgré le fait que l'État A n'ait pas l'intention de reconnaître l'état d'un CAI.

Par contre, Carron nous rappelle que l'État A doit avoir l'intention de recourir à la force contre l'État B. L'*animus* d'user de la force, dans ce cas-ci, est pertinent, car cela permet d'exclure les erreurs de ciblage et les erreurs dans l'emploi de la force (par exemple l'écrasement d'un avion militaire)<sup>318</sup>. En effet, l'auteur souligne qu'une frappe de l'État A sur un quartier résidentiel de l'État B, mais qui cherchait ultimement à frapper le groupe armé non étatique C, ne peut être considéré comme un CAI<sup>319</sup>. La raison est que l'État A n'avait pas l'*animus* de frapper l'État B, mais plutôt le groupe armé C. La frappe résultait donc d'une erreur et non pas d'une intention hostile. Cette position s'aligne avec

---

<sup>314</sup> Christopher Greenwood, « War, Terrorism, and International Law » (2003) 56:1 *Curr Leg Probl* 505-530 à la p 513.

<sup>315</sup> Voir *supra* note 221.

<sup>316</sup> Carron, *supra* note 145 aux pp 392-407.

<sup>317</sup> *Ibid* aux pp 398-399.

<sup>318</sup> *Ibid* à la p 394.

<sup>319</sup> *Ibid* aux pp 314-316.

l'interprétation identitaire, car elle rejette l'application de l'article 2 dans des situations de CAT et favorise l'application de l'article 3.

Bien que cette vision de l'*animus belligerendi* soit partagée par plusieurs auteurs<sup>320</sup>, nous pensons qu'elle soulève plusieurs enjeux. En premier lieu, il semble que ces auteurs ne prennent pas en considération des situations où l'attaque d'un État puisse simultanément affecter l'État territorial et le groupe armé non étatique. Mettons en pratique cette question d'*animus* avec un exemple spécifique: devant l'imminence d'une attaque de la part du groupe armé C sur l'État A, ce dernier lance une frappe aérienne sur le quartier général du groupe armé, tout en sachant que cette attaque provoquera des dommages collatéraux chez les personnes qui ne participent pas aux hostilités. Comment doit-on comprendre l'intention hostile dans une telle situation ? L'intention hostile de l'État A est de cibler le groupe armé non étatique, tout en ayant conscience que cette attaque causera des dommages collatéraux chez la population de l'État B. On pourrait affirmer que, dans une certaine manière, l'intention hostile est aussi dirigée contre la population civile, même en étant conforme au principe de précaution par exemple.

On remarque donc que l'utilisation de l'approche identitaire et la question d'intention hostile pour inclure l'État territorial comme partie au conflit peuvent être contradictoires dans certains cas. L'approche identitaire estime que les frappes de l'État A sur le groupe armé C n'impliquent pas le territoire de l'État B parce que A n'a pas l'intention de recourir à la force contre l'État territorial. Or, la situation dans laquelle des frappes aériennes sont lancées par l'État A afin de prévenir une attaque éventuelle du groupe armé C, tout en sachant qu'elles feront des dommages collatéraux à l'État territorial, démontre que l'*animus belligerendi* ne peut représenter le seul critère de qualification. Même si les frappes peuvent être conformes aux principes coutumiers du DIH, il reste que l'intention des parties à viser une cible ou non ne peut contrebalancer les effets concrets de certaines attaques lorsque vient le temps de déterminer la nature d'un conflit. L'idée ici n'est pas de

---

<sup>320</sup> Myres S McDougal & Florentino P Feliciano, « The Initiation of Coercion: A Multi-Temporal Analysis » (1958) 52:2 Am J Int Law 241-259; Georg Schwarzenberger, « Jus Pacis Ac Belli?: Prolegomena to a Sociology of International Law » (1943) 37:3 Am J Int Law 460-479 aux pp 471-475; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart & Co., 1952 aux pp 26-28; Kritsiotis, *supra* note 221 aux pp 280-282; Hampson, *supra* note 221.

se questionner sur la légalité d'une attaque, mais plutôt de démontrer que celle-ci permet de qualifier si le conflit est international ou non.

Ensuite, nous rejetons la pertinence d'un tel *animus* et ce, même pour des situations d'erreurs de ciblage. Si l'État A frappe l'État B par erreur de ciblage en voulant toucher le groupe armé non étatique par exemple, alors nous sommes d'avis que l'article 2 doit s'appliquer. Il faut rappeler que le droit des CAI ne requiert aucun seuil d'intensité comparativement au champ d'application des CANI. Aussi, si les hostilités devaient perdurer entre A et B – parce que B réplique militairement aux attaques de A – ce serait nécessairement le droit des CAI qui s'appliquerait. À l'inverse, si l'État B ne réplique pas – parce qu'il est conscient de l'erreur – et qu'il n'y a plus de recours à la force, alors du point de vue de l'encadrement des hostilités, la qualification du conflit perd son importance. Rappelons que l'article 2 mentionne que le droit des CAI s'applique même en cas d'absence de résistance militaire.

De plus, certains estiment que l'évolution du DIH depuis 1949 permet de rejeter les critères d'intention des parties pour favoriser une analyse factuelle des hostilités. Julia Grignon explique :

The introduction of the notion of “armed conflict” in 1949 was, on the contrary, an attempt to ground the applicability of IHL in a factual finding. Consequently, using the notion of *animus belligerendi* in this new context would be a step backwards and would not only be prejudicial to the implementation of IHL but would also be out of step with a general trend, which began in 1907, gathered momentum in 1949 and has grown stronger ever since, towards making a factual analysis in order to determine whether IHL applies to a given situation<sup>321</sup>.

Ainsi, selon l'auteurice, ce sont les éléments factuels du conflit qui permettent de déterminer le droit applicable, indépendamment d'autres éléments subjectifs comme l'intention des parties à recourir à la force ou non. Dans tous les cas, il n'y a aucun indice, dans les articles 2 et 3, qui laisse croire que l'intention des parties est pertinente pour la qualification des

---

<sup>321</sup> Julia Grignon, « The Beginning of Application of International Humanitarian Law: A Discussion of a Few Challenges » (2014) 96:893 Int Rev Red Cross 139-162 à la p 151.

conflits armés. Même que, comme l'a notamment reconnu Carron, certaines notions de l'article 2 nous permettent de rejeter des critères d'*animus*<sup>322</sup>.

Dans un autre ordre d'idée, il est intéressant d'analyser la question de l'*animus belligerendi* face aux critères constitutifs de l'État que nous avons abordé plus haut. L'intervention de A contre le groupe armé C dans le territoire de B peut être considérée comme un CAI (parce qu'un ou plusieurs éléments constitutifs de B sont impliqués), et ce même si l'*animus* de A est dirigé exclusivement contre le groupe armé. Ce raisonnement se rapproche d'ailleurs de l'interprétation territoriale des Conventions de Genève. Autrement dit, que l'État A ait l'intention ou non de frapper l'État B, il n'empêche qu'une attaque de A contre le groupe armé non étatique implique minimalement le territoire de B et potentiellement sa population et son gouvernement. Une telle intervention, comme le soutient l'approche territoriale, doit être considérée comme un CAI, et ce malgré l'*animus belligerendi* de A qui pourrait seulement être dirigé contre le groupe armé.

Pour pousser le raisonnement un peu plus loin, on pourrait affirmer que le concept d'*animus* mène à une logique d'application du DIH qui est contraire à ses buts et objectifs. Les partisans de ce concept soutiennent que ce sont les cibles d'un État (compris comme étant l'intention d'attaquer un point précis) qui permet de déterminer si le conflit est international ou non. Il a été mentionné que, si l'État A frappait B par erreur, le conflit ne pouvait être international puisque l'intention hostile de A était contre le groupe armé. Dans ce cas-ci le DIH (droit des CAI ou CANI) est appliqué en fonction de la cible de l'État A. Or, ce raisonnement pose problème, car le rôle du DIH est d'encadrer les hostilités et de déterminer les personnes pouvant être ciblées. Donc, d'une certaine manière, l'*animus belligerendi* (l'intention hostile envers une cible) dans ce cas-ci est un critère de détermination du droit applicable. Cette logique est inversée et ne peut fonctionner puisque c'est le DIH lui-même qui détermine le statut des personnes qui peuvent être ciblées, non pas le contraire. Le DIH ne doit pas être défini en fonction des cibles, ce sont les cibles qui doivent être définies par le DIH. L'utilisation du concept d'*animus* pour déterminer la nature d'un conflit armé risque de soumettre l'application du DIH à un raisonnement

---

<sup>322</sup> Carron, *supra* note 145 aux pp 397-402.

circulaire où les cibles d'une attaque déterminent le droit applicable, alors que le rôle du DIH est justement de déterminer les personnes pouvant être ciblées.

Finalement, la dernière critique, que nous souhaitons développer sur l'*animus belligerendi*, établit un parallèle avec le fonctionnement du droit pénal international. En effet, en droit pénal international, on peut évaluer une action répréhensible (*actus reus*) en fonction de l'intention de la personne (*mens rea*)<sup>323</sup>. Cet élément psychologique a été codifié à l'article 30 du Statut de Rome<sup>324</sup> qui prévoit: « Nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance »<sup>325</sup>. La question de l'intention, ici, est donc pertinente afin d'établir la responsabilité criminelle pour une action spécifique. L'objectif du *mens rea* est d'analyser une situation donnée, en l'occurrence l'*actus reus*, et d'évaluer si la nature d'un comportement est intentionnelle.

Il semble que cette logique de droit pénal international ait été transposée en DIH avec le concept d'*animus belligerendi*. Le concept de *mens rea*, en droit pénal, et celui d'*animus belligerendi* sont semblables, dans la mesure où ils analysent une action précise (l'*actus reus* en droit pénal et l'utilisation de la force en DIH) afin d'identifier un élément intentionnel. En effet, dans les deux raisonnements, on interprète une action en s'interrogeant sur les intentions des personnes. Dans les deux régimes juridiques, la mise en application du droit va varier en fonction du *mens rea* pour le droit pénal international et de l'*animus belligerendi* pour le DIH.

Or, ces concepts proviennent de deux régimes juridiques différents. Alors que le DIH encadre les hostilités, le droit pénal international, quant à lui, intervient en cas de crimes.

---

<sup>323</sup> *Procureur c. Zejnil Mucić et al., Jugement (1998)*, TPIY, IT-96-21-T, para. 424-425 (« It is apparent that it is a general principle of law that the establishment of criminal culpability requires an analysis of two aspect. The first of these may be termed the *actus reus* – the physical act necessary for the offence [...]. The second aspect of the analysis [...] relates to the necessary mental element, or *mens rea* »). Voir aussi : Mohamed Badar, « Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (2006) 6 Int Crim Law Rev; Werle, *supra* note 137 aux pp 175-287; Cassese, *supra* note 130 aux pp 159-178.

<sup>324</sup> Mohamed Elewa Badar, « The Mental Element In The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary From A Comparative Criminal Law Perspective » (2008) 19:3-4 Crim Law Forum 473-518; Gerhard Werle & Florian Jessberger, « Unless Otherwise Provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law » (2005) 3:1 J Int Crim Justice 35-55.

<sup>325</sup> Statut de Rome, *supra* note 90, art. 30.

Le DIH établit les règles alors que le droit pénal international s'applique s'il y a infraction à ces règles et conformément aux compétences des tribunaux. On ne peut donc pas transposer le raisonnement d'un régime juridique vers un autre, même dans l'optique de résoudre une indétermination normative et de développer une interprétation des Conventions de Genève.

Aussi, les seules dispositions du DIH qui se penchent sur la question de l'intention sont celles qui traitent des infractions graves des Conventions de Genève<sup>326</sup>. Les articles 2 et 3, qui permettent de déterminer la nature d'un conflit, ne requièrent en aucun cas un certain critère d'intention des États Parties. En fait, l'article 2 rejette explicitement le critère d'*animus* d'être en conflit armé en affirmant : « la présente Convention s'appliquera [...] même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ». Ainsi, l'intention des Parties au conflit ne peut servir d'élément de qualification des CAT.

Pour conclure, la structure argumentaire de l'approche identitaire peut être résumée en quelques étapes que nous avons critiqué séparément. Premièrement, cette interprétation des articles 2 et 3 rejette l'application du droit des CAI sur la base du postulat que l'État territorial n'est pas partie au conflit et que par conséquent l'article 2 ne peut s'appliquer. Ensuite, en déconstruisant le concept d'État nous avons remarqué qu'en fait, même si les éléments constitutifs de l'État territorial étaient impliqués au conflit, les partisans de l'approche identitaire rejettent la participation de ce dernier. Il en est ainsi parce que les termes « entre deux ou plusieurs États » sont compris implicitement comme « contre deux ou plusieurs États ». Troisièmement, leur raisonnement est que, comme l'intervention de l'État A ne se fait pas *contre* l'État B, mais plutôt *contre* le groupe armé non étatique, on se retrouve devant un CANI. Finalement, le terme « contre » implique nécessairement un critère d'*animus belligerendi* et c'est cet *animus* qui est l'élément principal dans la qualification des CAT pour l'interprétation identitaire. La prochaine section s'attardera, désormais, sur la critique externe de cette interprétation.

---

<sup>326</sup> Convention de Genève I, *supra* note 125, art. 50; Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 11, 85.



### 3.3. Critique externe

Nous avons présenté dans la critique interne plusieurs incohérences quant à aux positions défendues par l'interprétation identitaire des articles 2 et 3, spécifiquement en ce qui concerne la conception de l'État et la place de l'intention des parties dans le raisonnement. Dans la section qui suit, nous prendrons un pas de recul afin de développer une critique externe de cette approche. Nous nous rapprocherons des thèses sur l'indétermination des normes et sur l'interprétation juridique afin d'analyser si le développement de la position identitaire n'est pas influencé par des biais quelconques. Ensuite, nous analyserons les conséquences concrètes d'une telle position sur le déroulement des hostilités pour déterminer si les autres approches ne seraient pas préférables à la réalisation de l'objectif du DIH qui est de réduire les conséquences de la guerre.

#### 3.3.1. Rôle de l'interprète

L'interprétation juridique provient d'une large tradition d'interprétation du langage et du discours, notamment influencée par le structuralisme d'auteurs français et les théories sur l'herméneutique de l'École de Francfort<sup>327</sup>. Comme nous avons vu que l'indétermination des normes peut provenir d'une ambiguïté langagière, le concept d'interprétation s'est transposé dans l'univers du droit afin de résoudre cette indétermination et de changer son appréhension initiale. La définition du concept d'interprétation que nous utiliserons est donnée par Duncan Kennedy, celui-ci décrit le concept comme étant : « [An] externally motivated choice to work to develop one rather than another of the possible solutions to the legal problem at hand »<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> David Kennedy, « Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship » (1985) 21:2 N Engl Law Rev 209-290; Peter Goodrich, « Historical Aspects of Legal Interpretation » (1985) 61:3 Indiana Law J 331-354; Thomas C Heller, « Structuralism and Critique » (1984) 36:Issues 1 & 2 Stanford Law Rev 127-198; Simeon C R McIntosh, « Legal Hermeneutics: A Philosophical Critique » (1982) 35:1 Okla Law Rev 1-72.

<sup>328</sup> Duncan Kennedy, « Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation » (1996) 1996:3 Utah Law Rev 785-826 à la p 785.

Dans le présent mémoire, nous avons démontré que les articles 2 et 3 des Conventions de Genève sont suffisamment indéterminés pour permettre deux applications du droit différentes. Les juristes qui ont participé au débat concernant la qualification des CAT ont donc tenté de résoudre cette indétermination en proposant des interprétations opposées l'une de l'autre. Nous avons regroupé ces interprétations en deux approches, c'est-à-dire l'interprétation territoriale et identitaire. L'idée derrière cette démarche juridique est de changer l'ambiguïté initiale et de permettre une application plus claire du droit des conflits armés. La question ici est de savoir quelles ont été les motivations de ces juristes à proposer une interprétation au lieu d'une autre ? Si, comme Kennedy l'explique, le travail interprétatif est influencé par des orientations idéologiques et des questions de politique juridique, alors quelles sont-elles ?

Bien sûr, il nous est difficile de déterminer les motivations des juristes qui ont participé au développement de ces interprétations. Nous présumons que celles-ci sont liées aux conséquences potentielles de qualifier un CAT comme étant un CANI. Par contre, il nous est possible d'évaluer si le travail juridique de ces auteurs a réellement permis de résoudre cette indétermination. Autrement dit, est-ce que l'interprétation identitaire mène à une application plus claire du DIH dans les situations de CAT ou bien est-ce qu'elle vient ajouter des variables qui relèvent de considérations de politique juridique ? Nous souhaitons présenter dans cette section les éléments politiques de certains postulats de l'approche identitaire.

Certains concepts en droit international public se doivent d'être prédéterminés pour permettre une application égale du DIH. Or, il existe des principes, utilisés pour déterminer la nature d'un conflit, qui relèvent de considérations politiques, c'est le cas notamment du principe de souveraineté et d'intervention. D'ailleurs, Koskenniemi affirme :

“Sovereignty” and “intervention” are simply one of a great number of word pairs – principles and counter-principle, rules and exceptions – that allow international lawyers to argue in favour of some actors and against others as the situation may seem to require. [...] even as some rules might seem clear and uncontested, the legal system as whole will always remain open-ended so

as to enable the production of legal positions for almost whatever one needs to argue<sup>329</sup>.

C'est spécifiquement pour enrayer des éléments subjectifs de l'exercice de qualification des CAT que les arguments du *Jus ad bellum* – comme le consentement de l'État territorial – ont été rejeté. Les éléments objectifs pertinents se retrouvent directement dans les articles 2 et 3, c'est-à-dire les termes « Hautes Parties contractantes » ou plus largement le concept d'État. En effet, comme nous l'avons mentionné, le concept d'État est généralement reconnu comme étant bien défini en droit international public<sup>330</sup>. Pour résoudre l'indétermination quant aux champs d'application des articles 2 et 3, il suffit de déterminer si deux ou plusieurs États sont Parties au conflit.

Le problème est que le concept d'État n'est pas suffisant selon l'interprétation identitaire pour qualifier la nature d'un CAT. Encore une fois, pour qu'un CAT soit considéré comme un CAI, il faut que l'État A ait l'intention de frapper l'État territorial. La particularité d'une telle analyse est que d'un côté on rejette les arguments *ad bellum* sur la base que ces considérations sont trop politiques, mais que de l'autre côté on ajoute un critère d'*animus* qui, selon nous, est un élément absolument subjectif. Subjectif parce que le critère d'*animus* est généralement difficile à identifier; qu'il peut reposer sur différentes interprétations et qu'il peut s'attacher à un exercice de politique juridique.

En effet, nous pensons que le fait de rejeter les éléments de l'État comme unique facteur de qualification des CAT vient augmenter la complexité de la détermination du droit applicable. Il faut également ajouter que l'élimination de critères objectifs (éléments de l'État) au détriment de facteurs subjectifs (*animus belligerendi*) ne nous semble pas conforme avec l'objectif initial du concept d'interprétation qui est de clarifier ou de résoudre une indétermination normative. Le problème avec la qualification du droit applicable provient de l'ambiguïté des articles 2 et 3 des Conventions de Genève et de l'utilisation de certains concepts qui s'y retrouvent. Le rôle de l'interprétation juridique est donc de faciliter la mise en application de ses dispositions, indépendamment de

---

<sup>329</sup> Martti Koskeniemi, « The Many Faces of Sovereignty. Introduction to Critical Legal Thinking » (2017) *Kutafin Univ Law Rev* 283-291 aux pp 285-286.

<sup>330</sup> Voir *supra* note 294 et 295.

l'orientation de l'interprète. Nous soutenons que l'approche identitaire propose un cheminement interprétatif qui laisse une trop grande place à certaines politiques juridiques.

Depuis une autre perspective, nous sommes d'avis que les auteurs qui défendent l'interprétation identitaire utilisent une approche qui oriente le choix interprétatif en fonction des conséquences potentielles du droit applicable. Bien sûr, nous ne souhaitons pas analyser les motivations personnelles des partisans d'une telle approche, mais plutôt de déterminer les facteurs qui influencent cette orientation interprétative. Dans ce cas-ci, nous estimons que ces juristes partent du postulat que, selon eux, le droit des CANI aurait de « meilleures » conséquences sur la régulation des CAT que l'application du droit des CAI. Cette approche conséquentialiste ou ce que Robert Summers appelle « l'instrumentalisme pragmatique » permet aux juristes d'utiliser l'interprétation juridique afin d'orienter le droit en fonction des conséquences souhaitées par l'interprète<sup>331</sup>.

Comme ces juristes estiment que le droit des CAI serait plus bénéfique pour la régulation des CAT, il semble que leur « travail juridique » soit orienté vers une telle conclusion. L'objectif de ces auteurs serait donc de développer une structure argumentaire dont les conséquences seraient la qualification du conflit comme étant non-international.

À l'inverse, les partisans d'une approche territoriale interprètent les articles 2 et 3 de sorte que l'exercice qualificatif des CAT dépend seulement de la question à savoir si l'État territorial est impliqué au conflit ou non. Les arguments développés autour du concept d'*animus belligerendi* sont rejetés spécifiquement parce que ce critère n'est pas essentiel pour la détermination du conflit. On rappelle que pour l'approche territoriale, le conflit est international aussitôt qu'un État intervient militairement à l'intérieur d'un autre État. Ainsi, d'un point de vue de résolution de l'indétermination des articles 2 et 3, l'interprétation

---

<sup>331</sup> Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, revised ed. édition éd, Oxford, Clarendon Press, 1994; Neil MacCormick, « On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin » (1983) 58:2 N Y Univ Law Rev 239-258; Robert S Summers, « Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought - A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use » (1980) 66:5 Cornell Law Rev 861-948 (« Pragmatic instrumentalism [...] views law not as a set of general axioms or conceptions from which legal personnel may formally derive particular decisions, but as a body of practical tools for serving specific substantive goals »).

territoriale propose une structure argumentative qui repose sur des éléments clairs et qui facilite le travail de qualification des CAT.

### 3.3.2. Conséquences externes de l'interprétation identitaire

Comme nous l'avons mentionné, il semble que les auteurs qui défendent une interprétation identitaire des Conventions de Genève orientent leurs analyses en fonction des conséquences de qualifier un CAT comme un CAI. La première section du travail a permis de démontrer certaines différences entre le droit des CAI et celui des CANI, il s'agit donc de les mettre en pratique en utilisant l'interprétation identitaire. Jusqu'à maintenant, nous avons développé une critique interne de cette approche sans souligner ses avantages. Avant d'exposer certaines conséquences négatives de l'application du droit des CANI pour des situations de CAT, il nous faut présenter les avantages de l'approche identitaire. Les avantages en question sont liés au droit international des droits humains (DIDH) et à la protection des personnes qui participent aux hostilités.

#### 3.3.2.1. Droit international des droits humains

Premièrement, le débat concernant l'application du DIH dans les CAT, entre l'approche territoriale et identitaire, doit aussi prendre en compte les effets dérogatoires sur le DIDH<sup>332</sup>. L'avantage de l'approche identitaire et du droit des CANI est que l'application de ce dernier requiert plus de critères que dans les cas de CAI. En effet, comme nous avons vu, le droit des CANI s'applique lorsque les critères d'organisations et d'intensité sont remplis. Le droit des CAI, de son côté, s'applique lorsqu'il y a recours à la force entre deux États. Le champ d'application est donc plus simple pour le droit des CAI que celui des CANI. Ainsi, dans les situations de CAT, l'approche territoriale permet l'application de la

---

<sup>332</sup> Marco Sassoli & Laura M Olson, « The Relationship Between International Humanitarian and Human Rights Law where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts » (2008) 90:871 Int Rev Red Cross 599-628; Marko Milanovic, « Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case » (2007) 89:866 Int Rev Red Cross 373-394; Watkin, « Controlling the Use of Force », *supra* note 91.

*lex specialis* plus facilement que l'approche identitaire parce qu'elle estime que les conflits transnationaux déclenchent l'article 2. À l'inverse l'interprétation identitaire retarde le déclenchement du DIH et le régime dérogatoire du DIDH parce que ses critères sont plus nombreux<sup>333</sup>.

Non seulement la *lex specialis* pourrait s'appliquer différemment en fonction des critères d'application utilisés, mais elle pourrait en plus ne pas s'appliquer dans certaines situations. Cette différence dans la période de déclenchement de la *lex specialis* est importante d'un point de vue de la protection des droits humains, car une altercation pourrait être considérée comme un CAI (avec l'approche territoriale) dans certains cas, alors qu'elle pourrait ne pas impliquer le DIH (avec l'approche identitaire) parce que le critère d'intensité n'est pas rempli<sup>334</sup>. L'enjeu ici est que la *lex specialis* s'applique strictement pour des situations de conflits armés et non pas pour des situations de troubles internes.

### 3.3.2.2. Notion de ciblage et statut des combattants

Ensuite, si le droit des CAI est généralement plus protecteur que le droit des CANI, il est aussi plus permissif quant aux mesures de ciblage et de détentions. Claus Kress résume cette situation ainsi:

The *lex specialis* character of the targeting and detention rules of armed conflict law *vis-à-vis* the much more restrictive standards of international human rights law is much more firmly established in a situation of international armed conflict than it is with respect to all situations of non-international armed conflict<sup>335</sup>.

Malgré cela, certains estiment que le droit des CAI ne permet pas aux États Parties au conflit de cibler les membres de groupes armés non étatiques qui se trouvent en fonction de combat continue sur le territoire de l'État territorial. Comme Kress le rappelle, l'utilisation du droit des CANI permet une application plus réaliste des règles de ciblage, notamment le ciblage des personnes ayant une fonction de combat continue<sup>336</sup>. De ce fait,

<sup>333</sup> Voir *supra* section 1.2.1.

<sup>334</sup> Paulus & Vashakmadze, *supra* note 148 aux pp 99-100.

<sup>335</sup> Kress, *supra* note 205 à la p 258.

<sup>336</sup> *Ibid* à la p 256.

l'interprétation identitaire des articles 2 et 3 des Conventions de Genève mène au déclenchement d'un droit plus conforme à la réalité des hostilités, spécifiquement en matière de ciblage.

Une autre conséquence significative qui a influencé l'orientation interprétative des partisans de l'approche identitaire et à laquelle nous nous sommes attardés dans le premier chapitre du travail concerne le statut des personnes qui participent aux hostilités. En effet, les partisans de l'interprétation identitaire rejettent l'application du droit des CAI à notre cas d'espèce, parce que cette qualification pourrait, dans certaines circonstances, mener à l'attribution d'un privilège de belligérance à des parties au conflit. Cet argument est résumé par Andreas Paulus et Mindia Vashakmadze :

It nonetheless appears more appropriate to qualify a transnational armed conflict involving non-state parties not linked to another state as armed conflicts of non-international character. In a conflict between states, the armed forces of both sides have the combatant's privilege, namely the right to kill enemy combatants. Such rights are not accorded to non-state armed groups<sup>337</sup>.

Cette vision est partagée par d'autres juristes qui sont plus réticents à appliquer le droit des CAI spécifiquement pour ne pas attribuer un privilège de belligérance aux forces rebelles<sup>338</sup>. L'interprétation littérale des termes des articles 2 et 3 serait donc une tentative d'orienter le droit applicable dans le but d'en retirer les meilleures conséquences d'une perspective étatique : dans ce cas-ci l'application du droit des CANI et la non-attribution du privilège de belligérance pour les combattants non étatiques. D'ailleurs, cette position coïncide avec la tendance qu'ont les États à éviter toute attribution de ce privilège: « State opposition to granting dissident and insurgent belligerent forces legal privilege to engage in hostilities has been a constant feature of the LOAC even during era of amalgamation of

---

<sup>337</sup> Paulus & Vashakmadze, *supra* note 148 à la p 112.

<sup>338</sup> Kretzmer, *supra* note 18 à la p 33 (« In international conflicts combatants enjoy two related privileges - immunity from prosecution for fighting and POW status if apprehended by the enemy. For obvious reasons States were not prepared to accept that non-State actors involved in internal armed conflict should enjoy such privileges ») ; Lubell, *supra* note 74 aux pp 147-148; Milanovic et Hadzi-Vidanovic, *supra* note 148 à la p 33; Carron, *supra* note 145 à la p 361 (« À titre d'exemple, dans les CAI, les combattants bénéficient de privilèges, tout comme les prisonniers de guerre. Il semble impossible qu'un État A intervenant dans un État B contre un État C accorde ces privilèges aux membres des forces rebelles »).

IAC and NIAC »<sup>339</sup>. Déterminer le droit applicable de façon à ne pas attribuer un privilège aux forces rebelles semble être un exercice de qualification qui ne repose pas sur une analyse factuelle et objective du conflit.

Dans tous les cas, la qualification d'un conflit transnational comme étant un CAI ne permet pas l'attribution systématique d'un privilège de belligérance aux groupes armés non étatiques. En fait, l'obtention du privilège de belligérance requiert comme préalable que les groupes armés non étatiques en question appartiennent à une Partie au conflit<sup>340</sup>. Il faut également que les groupes armés remplissent ces conditions : « d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés; d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance; de porter ouvertement les armes; et de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre »<sup>341</sup>. Autrement dit, la qualification du conflit comme étant international ne change pas le statut des personnes qui participent aux hostilités. Les membres des groupes armés non étatiques ne reçoivent pas le privilège de belligérance simplement parce que le conflit est qualifié différemment. L'approche territoriale ne représente donc pas un désavantage du point de vue du statut des acteurs aux conflits.

### 3.3.2.3. Cour pénale internationale

Si, comme l'affirme certains juristes, l'approche identitaire établit quelques avantages en matière de ciblage, l'approche territoriale de son côté est plus bénéfique du point de vue du droit pénal international. En fait, l'un des avantages significatifs de l'interprétation des articles 2 et 3 basée sur l'aspect territorial est que le droit pénal international, par l'entremise de la CPI, a une plus grande compétence pour traiter des crimes de guerre commis dans un conflit international que dans les conflits non internationaux<sup>342</sup>. Le fait d'utiliser l'approche identitaire mène à l'application du droit des CANI pour les conflits

---

<sup>339</sup> Geoffrey Corn et Chris Jenks, « Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts » (2011) 33:2 Univ Pa J Int Law 313-362 à la p 328.

<sup>340</sup> Convention de Genève III, *supra* note 100, art. 4.

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> Nous avons abordé la question par exemple du crime d'affamer délibérément la population dans la section 2.4 du travail de recherche. Voir aussi: Federica D'Alessandra & Matthew Gillett, « The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict » (2019) 17:4 J Int Crim Justice 815-847.



transnationaux, ce qui fait en sorte que les crimes de guerre qui y sont commis ne relèvent pas tous de la compétence de la CPI. À l'inverse, l'approche territoriale mène à l'application du droit des CAI et permet à la CPI de traiter tous les crimes de guerre qui se trouvent au Statut de Rome. L'exemple pertinent que nous avons soulevé est que le crime d'affamer volontairement une population relève de la compétence de la Cour pour des situations de CAI, mais pas pour des situations de CANI.

#### 3.3.2.4. Encadrement des méthodes et moyens de guerre.

Au-delà du droit pénal international et des Conventions de Genève de 1949, il faut aussi mentionner que la qualification d'un conflit armé comme international ou non international peut également influencer l'application de ce que l'on appelle traditionnellement le droit de La Haye. Contrairement, au champ d'application des Conventions de Genève qui vise la protection des victimes des conflits armés, les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 ont pour objectif d'encadrer les méthodes et moyens de faire la guerre<sup>343</sup>. Ces normes ont, en partie, été transposées dans le premier Protocole additionnel de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux. Malgré cette nouvelle vague de codification, les normes encadrant les méthodes et moyens de conduire les hostilités bénéficient d'une plus grande élaboration pour le droit des CAI que celui des CANI.

Il en est ainsi parce qu'au départ le champ d'application des Conventions de La Haye concernait exclusivement des situations de conflits entre États. L'article 2 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 mentionne : « les dispositions contenues dans le Règlement visé à l'article 1<sup>er</sup> ainsi que dans la présente Convention, ne sont applicables qu'entre les Puissances contractantes et seulement si les belligérants sont tous partie à la Convention »<sup>344</sup>. L'encadrement des méthodes et moyens de mener la guerre

<sup>343</sup> Dinstein, *supra* note 103 aux pp 11-14; François Bugnion, « Droit de Genève et droit de La Haye » (2001) 83:844 *Int Rev Red Cross* 901-922; Maartje Abbenhuis, Christopher Ernest Barber & Annalise R Higgins, dir, *War, Peace and International Order?: The Legacies of the Hague Conferences of 1899 and 1907*, 1st edition éd, Abingdon, Oxon ; New York, NY, Routledge, 2017.

<sup>344</sup> *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Annexe à la Convention (IV) de La Haye, 1907, art. 2. Voir aussi : *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Annexe à la Convention (II) de La Haye, 1899, art. 2 (« Les dispositions contenues dans le Règlement visé à l'article premier ne sont obligatoires que pour les Puissances contractantes, en cas de guerre entre deux ou

ne visait au départ que les situations de CAI. Aujourd'hui, bien que plusieurs des principes de la conduite des hostilités représentent du droit coutumier, comme il a été mentionné dans l'affaire Tadić, il faut néanmoins rappeler que les Conventions de Genève normalisent et prohibent certaines pratiques seulement dans le cadre de conflits internationaux.

Les exemples d'une telle dichotomie sont visibles spécifiquement dans le premier Protocole additionnel. En effet, il existe une multitude de normes que l'on retrouve dans cette convention qui ne figurent pas dans le deuxième Protocole additionnel, celui encadrant les conflits à caractère non international. C'est le cas notamment pour les règles concernant l'utilisation de nouvelles armes<sup>345</sup>, le traitement des prisonniers de guerre<sup>346</sup>, la définition de l'espionnage<sup>347</sup>, la protection de l'environnement naturel<sup>348</sup>, etc. Toutes ces normes figurent dans le premier Protocole et n'apparaissent pas dans le deuxième.

De plus, nous pensons que l'utilisation de l'approche identitaire a des conséquences moins souhaitables que l'approche territoriale et ce, parce que l'application du droit des CANI encadre moins les conflits armés que le droit des CAI. Comme il a été mentionné, l'interprétation identitaire ne permet pas de résoudre l'indétermination des articles 2 et 3, et ne permet pas de se détacher réellement de la politique juridique (avec l'utilisation de concept subjectif comme l'*animus belligerendi*). En plus de ce constat, les conséquences de l'application du droit des CANI sont moins souhaitables que celles que l'on retrouve avec l'encadrement des hostilités pour les CAI. Depuis une perspective conséquentialiste ou avec l'utilisation d'un instrumentalisme pragmatique, il faut reconnaître qu'il est préférable d'utiliser une interprétation territoriale (et le droit des CAI) pour la réglementation des méthodes et moyens de guerre, et ce même si l'interprétation identitaire (et le droit des CANI) favorise le ciblage des membres de groupes armés non étatiques.

Finalement, nous défendons l'approche territoriale parce que ses critères sont mieux définis et que les conséquences qui en découlent sont plus protectrices, bien que plus permissives.

---

plusieurs d'entre elles. Ces dispositions cesseront d'être obligatoires du moment où, dans une guerre entre des Puissances contractantes, une Puissance non contractante se joindrait à l'un des belligérants »).

<sup>345</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 36.

<sup>346</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 44.

<sup>347</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 46.

<sup>348</sup> Protocole additionnel I, *supra* note 35, art. 55.

Dans la prochaine section, nous proposerons certaines modifications de cette approche pour la rendre plus restrictive d'un point de vue *ad bellum*, et améliorer la conformité des groupes armés non étatiques en matière de DIH.

### 3.4. Proposition d'une méthode d'interprétation territoriale stricte

Nous avons présenté les deux interprétations des Conventions de Genève qui sont le plus souvent soulevées dans la doctrine : l'interprétation territoriale et identitaire. Nous avons également démontré que ces approches possèdent des avantages et des inconvénients à appliquer le droit des CAI ou des CANI à des situations de CAT. L'objectif de cette section est de proposer des modifications à l'approche territoriale pour conserver ses avantages et réduire ses inconvénients. L'un des problèmes que les partisans de l'interprétation identitaire ont soulevés par rapport à l'approche territoriale est la question du ciblage des groupes armés non étatiques dans un cadre normatif conforme au droit des CAI<sup>349</sup>. Dans cette partie du travail, nous rejeterons davantage les enjeux du *Jus ad bellum* et du consentement<sup>350</sup>, et nous tenterons de répondre aux problèmes soulignés par les partisans de l'interprétation identitaire en attachant un *Jus contra bellum internum* à l'approche territoriale. Ce *Jus contra bellum internum* permettrait d'améliorer les problèmes de ciblage des groupes armés non étatique, tout en augmentant leur conformité au DIH.

#### 3.4.1. Relation entre le *Jus ad bellum* et le *Jus in bello*

D'abord, les raisons qui nous poussent à rejeter le raisonnement selon lequel les violations du *Jus ad bellum* représentent un critère de qualification des conflits armés transnationaux

---

<sup>349</sup> Dans les CANI, les membres des groupes armés non étatiques peuvent être ciblés du fait de leur fonction de combat continue. Dans un contexte de CAI, ceux-ci sont considérés comme des civils et peuvent être ciblés seulement lorsqu'ils participent directement aux hostilités. Claire Oakes Finkelstein, Jens David Ohlin & Andrew Altman, dir, *Targeted killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, 1st ed éd, Oxford, Oxford University Press, 2012 aux pp 50-51; Melzer, *supra* note 37 aux pp 330-332 (« In international armed conflict, civilians directly participating in hostilities may be described as 'unlawful' or 'unprivileged' combatants [...]. Such combatants would remain civilians and the suspension of their protection against direct attack remains tied exclusively to the qualification of their individual conduct as 'direct participation in hostilities' »).

<sup>350</sup> Voir les sections 2.1. et 3.2.1.

sont nombreuses. Premièrement, il faut rappeler que l'intervention d'un État sur le territoire d'un autre État représente une violation de l'article 2.4 de la Charte des Nations Unies, à l'exception que l'État territorial donne son consentement<sup>351</sup>. Dans de tels cas, il ne peut y avoir de violation d'atteintes à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État territorial. Le problème avec l'utilisation du consentement de l'État territorial comme facteur qualificatif du conflit armé est résumé de manières élaborées :

The doctrine of consent is subject to great conceptual and normative vagueness, allowing for a broad spectrum of interpretation, which manifests in its ability to provide a wide range of lawful justifications for uses of force [...]. Consent has the potential to be used not just for security but to assert the geopolitical dominance of powerful states, particularly those that possess the significant infrastructure necessary to fly armed drones<sup>352</sup>.

Même si certains auteurs ont tenté de clarifier la pratique des États concernant le consentement en *Jus ad bellum*<sup>353</sup>, il reste que ce concept dépend de considérations trop subjectives pour permettre de qualifier la nature d'un conflit armé. Il faut rappeler que la protection des personnes sujettes aux Conventions de Genève ne doit pas reposer sur des éléments de politique juridique, mais sur l'analyse de faits concrets.

La particularité de l'approche territoriale stricte que nous défendons est que, même si l'État territorial donne son consentement à une intervention militaire sur son territoire, le conflit doit malgré tout être qualifié comme étant international. Cette vision rompt avec la position majoritaire dans la doctrine sur la relation entre le *Jus ad bellum* et le *Jus in bello*<sup>354</sup>. Il existe deux explications qui nous permettent de défendre cette position.

---

<sup>351</sup> Stuart Casey-Maslen, *Jus ad Bellum: The Law on Inter-State Use of Force*, Oxford ; New York, Hart Publishing, 2020 à la p 39; A Henriksen, « Jus ad bellum and American Targeted Use of Force to Fight Terrorism Around the World » (2014) 19:2 J Confl Secur Law 211-250 à la p 219 (« Although State A's use of force in State B would *prima facie* constitute a violation of the prohibition on the use of force in Article 2(4) of the UN Charter, the use of force will be lawful if the latter consents »).

<sup>352</sup> Byrne, « Consent and the use of force », *supra* note 160 à la p 29.

<sup>353</sup> Doswald-Beck, *supra* note 159; Gregory H Fox, « Intervention by Invitation » dans Marc Weller, dir, *Oxf Handb Use Force Int Law*, 1st edition éd, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2017 816; Terry Gill, « Military Intervention with the Consent or at the Invitation of a Government » dans Terry Gill & Dieter Fleck, dir, *Handb Int Law Mil Oper*, Oxford, Oxford University Press, 2011 252.

<sup>354</sup> Voir *supra* section 2.1.

En premier lieu, il est reconnu, dans la doctrine, que le droit international établit une distinction claire entre le *Jus ad bellum* et le *Jus in bello*<sup>355</sup>. Comme les partisans de l'interprétation identitaire, nous pensons que la violation ou non du *Jus ad bellum* n'a aucune incidence sur la qualification d'un conflit armé<sup>356</sup>. Par contre, et contrairement à eux, le rejet du *Jus ad bellum* ne permet pas l'application du droit des CANI pour des interventions d'un État dans le territoire d'un autre État, mais plutôt le droit des CAI (parce que conforme avec l'article 2). S'il existe une distinction significative entre le *Jus ad bellum* et le *Jus in bello*, il faut alors que le *Jus in bello* soit déterminé par les articles 2 et 3 des Conventions de Genève et non pas par des questions *ad bellum*. Donc, l'interprétation territoriale stricte que nous défendons fait en sorte que, même si l'État territorial consent à une intervention sur son territoire, le conflit peut malgré tout être qualifié d'international, dépendamment si le conflit est conforme avec ces articles (spécifiquement parce que la violation ou non du *Jus ad bellum* ne doit pas influencer le *Jus in bello*).

Ensuite, si nous gardons à l'esprit que le *Jus ad bellum* ne peut représenter un critère de qualification des CAT, il faut se demander ce que l'on retrouve dans le *Jus in bello* qui permet de déterminer le droit applicable dans de telles situations ? Nous avons déjà adressé la question dans l'ensemble du deuxième chapitre<sup>357</sup>. En effet, l'interprétation territoriale stricte, que nous défendons, a une conception de l'État en droit international public qui fait en sorte que les termes « entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes » de l'article 2 impliquent directement l'État intervenant et l'État territorial<sup>358</sup>. Donc, qu'il y ait consentement de l'État territorial ou non à une intervention sur son territoire, cela ne change en rien le fait que ce dernier est impliqué au conflit en vertu de l'article 2 et que le CAT en question a lieu « entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ».

---

<sup>355</sup> Okimoto, *supra* note 147; Robert D Sloane, « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War » (2009) 34:1 Yale J Int Law 47-112; Marco Sassòli, « Jus ad Bellum and Jus in Bello - The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare : Crucial or Outdated ? » dans Michael Schmitt & Jelena Pejic, dir, *Int Law Armed Confl Explor Faultlines Essays Honour Yoram Dinstein*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2007 241 aux pp 244-245 (« Once the primary rules prohibiting the use of force (*i.e.* the *jus ad bellum*) have been violated, the subsidiary rules of *jus in bello* must apply, as they are foreseen precisely for situations in which primary rules have been violated. They must perforce apply independently »).

<sup>356</sup> Carron, *supra* note 145 aux pp 98-99, 331-335.

<sup>357</sup> Voir *supra* section 2.2.

<sup>358</sup> Voir *supra* section 3.2.1.

### 3.4.2. Ciblage des combattants illégaux et *Jus contra bellum internum*

Maintenant que les éléments qui constituent l'interprétation territoriale stricte sont bien présentés, il reste à répondre à la critique de l'interprétation identitaire selon laquelle l'application du droit des CAI pour des conflits transnationaux empêche le ciblage des groupes armés non étatiques en fonction de combat continue<sup>359</sup>. S'il est vrai que la fonction de combat continue s'applique plus régulièrement à la réalité d'un CANI, étant donné l'implication nécessaire d'un groupe armé non étatique, cela n'empêche pas que le ciblage de tels individus peut se faire dans un le cadre d'un CAI. La position est résumée par Geoffrey Corn et Chris Jenks :

Whether CCF [Continuous Combat Function] produces the same outcome in IAC is unclear from the study. CCF unquestionably results in a loss of protection from an attack. However, because IAC involves hostilities between lawful combatants – who must satisfy legally defined qualification requirements to obtain that status – CCF does not result in lawful belligerent status. Furthermore, because the concept of an unprivileged belligerent in the context of IAC is generally rejected, individuals engaging in a CCF in IAC must, by default, remain in the category of civilian, albeit with a loss of protection from attack and lack of combatant immunity<sup>360</sup>.

Il faut souligner ici que la fonction de combat continue ne sert pas à changer le statut de la personne ciblée, mais plutôt de déterminer à quel moment elle peut être ciblée. Dans les CANI, une personne qui n'est pas membre de forces armées régulières est une personne civile. Celle-ci perd sa protection tant et aussi longtemps qu'elle participe aux hostilités. Dans les CAI cependant, on retrouve le concept de « levée en masse » c'est-à-dire un groupe d'individus, qui part leur participation aux hostilités et le manque d'appartenance à

---

<sup>359</sup> Cette critique est résumée dans: Kress, *supra* note 205 à la p 256. (« The classification of the transnational armed violence as non-international armed conflict would allow for the application of a more realistic targeting rule because it is then possible to recognize the existence of non-State armed forces and to allow the State party to the armed conflict to target non-State fighters with a continuous combat function at any time during the armed conflict »).

<sup>360</sup> Corn & Jenks, « Two Sides of the Combatant Coin », *supra* note 340 à la p 357.

des forces armées régulière, ne sont ni des combattants ni des civils<sup>361</sup>. Ceux-ci peuvent être ciblés pour la durée des hostilités.

Dans une situation où l'État A intervient contre le groupe armé C dans l'État B, il serait surprenant de limiter le ciblage des membres du groupe C parce que, comme l'affirme Kress, la fonction de combat continue dans les CAI est limitée. En effet, si on affirme que dans les CAI les membres de groupes armés non étatiques ne peuvent être ciblés que durant leur participation directe aux hostilités, alors ces questions de ciblage leur offriraient un avantage stratégique considérable. Dapo Akande explique: « it might mean that in the sort of cases covered by this scenario the entire group of fighters on one side are to be regarded as civilians with the limited rights for the State to target such civilians »<sup>362</sup>. En effet, il serait étonnant que la simple qualification d'un conflit puisse permettre le ciblage des membres de groupes armés non étatique dans les CANI et non pas dans les CAI. Dans de tels cas, le conflit serait asymétrique : les combattants étatiques peuvent être ciblés durant tout le conflit, alors que les forces non étatiques pourraient seulement être ciblées durant leurs participations directes aux hostilités.

Ensuite, même si l'on accepte la critique et que l'on admet que le droit des CANI favorise le ciblage des groupes armés non étatiques, il existe certaines propositions juridiques qui faciliteraient les questions de ciblage et la détermination du statut des combattants. L'une de ces solutions possibles est la mise en place d'un *Jus contra bellum internum*<sup>363</sup>. Ce *Jus ad bellum* permettrait d'attribuer un privilège de belligérance aux groupes armés non étatiques, à condition bien sûr de se conformer au DIH. Il serait alors possible de cibler ces personnes durant l'ensemble des hostilités. L'objectif est d'accorder une immunité de combattant et un statut de prisonnier de guerre aux troupes non étatiques seulement dans les situations où ceux-ci se conforment aux règles qui encadrent la conduite des hostilités. En revanche, ceux-ci peuvent être opposable juridiquement pour avoir violé le *jus contra bellum internum*, c'est-à-dire pour le fait d'avoir pris les armes contre l'État territorial. On

<sup>361</sup> Melzer, *supra* note 98 aux pp 27-28.

<sup>362</sup> Dapo Akande, « Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities » (2010) 59:1 Int Comp Law Q 180-192 à la p 185.

<sup>363</sup> Voir le débat entre Claus Kress et Frédéric Mégret : Kreß & Mégret, « The regulation of non-international armed conflicts », *supra* note 116. Voir également *supra* section 1.2.2.

retrouverait donc une immunité du point de vue du *Jus in bello*, mais une opposabilité depuis une perspective *ad bellum*<sup>364</sup>. Cette position est résumée par Nils Melzer:

Existing rules and concepts of the *jus contra bellum*, *jus in bello*, and national criminal law could be joined *de lege ferenda* to afford non-state actors immunity from domestic prosecution for lawful acts of war (*jus in bello*), while at the same time permitting their prosecution for a less stigmatized, and more leniently sanctioned, offence of ‘breach of the public peace’ (*jus contra bellum*)<sup>365</sup>.

Avec une telle proposition, les groupes armés non étatiques ne peuvent être opposables juridiquement pour le fait de commettre ce qui serait considéré dans un autre contexte comme un meurtre, spécifiquement parce que ceux-ci bénéficieraient d’un privilège de belligérance (*Jus in bello*). Par contre, ceux-ci pourraient être jugés pour le fait d’avoir pris les armes contre l’État territorial (violation du *Jus ad bellum* interne). En fait, le *Jus contra bellum internum* représente une transposition du *Jus ad bellum* traditionnel (État contre État) vers un modèle applicable pour des conflits internes (État contre groupe armé non étatique)<sup>366</sup>. Même si cette proposition constitue une source de débat doctrinale sur la portée d’un tel privilège et sur ces critères *ad bellum*<sup>367</sup>, elle offre malgré tout quelques avantages que nous devons souligner.

Le premier avantage du *Jus contra bellum internum* et l’attribution d’un privilège de belligérance aux groupes armés non étatiques est que l’immunité de combattant et le statut de prisonnier de guerre représentent des incitatifs à se conformer au DIH<sup>368</sup>. Nous avons

<sup>364</sup> Melzer, *supra* note 117 à la p 518.

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> Tom Ruys, « The Quest for an Internal Jus Ad Bellum: International Law’s Missing Link, Mere Distraction, or Pandora’s Box? » dans Claus Kress & Robert Lawless, dir, *Necessity Proportionality Int Peace Secur Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020 169 à la p 169 (« As a matter of positive international law, there is no “internal” *jus ad bellum*, restraining the recourse to force between the state, on the one hand, and rebels or insurgents, on the other hand. In other words, there is no *intra*-state equivalent to the “external” *jus ad bellum* governing *inter*-state recourse to force »).

<sup>367</sup> Sassòli, « Taking Armed Groups Seriously », *supra* note 115; Lieblich, *supra* note 121; Melzer, *supra* note 117; Pour une application limitée d’un *jus contra bellum internum*, notamment pour des situations de génocide voir : Frédéric Mégret, « Should Rebels Be Amnestied? » dans Carsten Stahn, Jennifer Easterday & Jens Iverson, dir, *Jus Post Bellum Mapp Norm Found*, Oxford University Press, container-title: Jus Post Bellum; Jan Arno Hessbruegge, *Human Rights and Personal Self-Defense in International Law*, New York, NY, Oxford University Press, 2017 aux pp 293-344.

<sup>368</sup> Ilana Rothkopf, « International Humanitarian Law and Non-State Practice in Armed Conflict: Combatant’s Privilege and Kurdish Fighters in Syria » (2019) 24:2 J Confl Secur Law 271-296 à la p 295 («



déjà adressé la question dans la première section du travail, mais il est important de rappeler que les troupes non étatiques qui participent à un CANI ont peu d'incitatifs à se conformer à des règles qui réduisent leur chance de remporter les hostilités. En effet, le calcul d'utilité qu'ont les groupes armés non étatiques est de se demander pourquoi devraient-ils se conformer à des normes qui avantagent les combattants privilégiés si, dans tous les cas, ils sont opposables juridiquement pour le fait de participer au conflit ? Ainsi, l'attribution d'un tel privilège représenterait un incitatif à suivre les normes dans la conduite des hostilités.

Ensuite, le deuxième avantage répond directement à la critique de l'interprétation identitaire concernant les questions de ciblage des troupes non étatiques dans le cas où un CAT est qualifié de CAI. Si les troupes non étatiques reçoivent un privilège de belligérance et sont considérées comme une Partie au conflit, en vertu de l'article 43 du premier Protocole additionnel, alors ceux-ci peuvent être ciblés directement, et ce tant et aussi longtemps que les hostilités sont considérées comme un conflit armé. Gary Solis, en élaborant les règles de ciblage en DIH, explique :

The victim must be a specific individual. He must be targeted by reason of his activities in relation to the armed conflict in progress. Were the targeted individual a combatant, uniformed and openly armed, he would be an opposing combatant's lawful target with no discussion necessary [...]. It is clear that noncombatants may not be targeted. Civilians who take up arms and directly participate in hostilities, those with a continuous combat function, may be<sup>369</sup>.

Il faut rappeler que l'interprétation territoriale stricte qualifie les CAT de CAI, et que le droit des CAI ne reconnaît que les combattants et les civils. Dans de telles circonstances, l'attribution d'un privilège de belligérance permet de cibler les troupes des groupes armés même lorsqu'ils ne participent pas directement aux hostilités, spécifiquement parce que

---

The extension of combatant's privilege, particularly the guarantee that individuals will not be prosecuted at the end of hostilities for mere participation, can incentivise compliance for armed groups that have demonstrated the capacity and willingness to follow IHL and serve as a reward for groups that have already committed to doing so »; Marco Sassoli, « Terrorism and War » (2006) 4:5 J Int Crim Justice 959-981 à la p 971; Waldemar A Solf, « Problems with the Application of Norms Governing Interstate Armed Conflict to Non-International Armed Conflict » (1983) 13:Supplement Issue Ga J Int Comp Law 291-302 à la p 292 (« Without the combatant's privilege and prisoner of war status, there is very little incentive for insurgents to comply with them other than the realization that atrocities are politically and military counterproductive »).

<sup>369</sup> Gary D Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2010 à la p 542.

leur statut n'est plus celui de civil, mais bien celui de combattant<sup>370</sup>. Ce privilège offre donc une immunité de combattant et le statut de prisonnier de guerre aux groupes armés non étatiques, mais permet en revanche de cibler leurs troupes n'importe quand durant le conflit armé.

Cette proposition de *Jus contra bellum internum* représente une solution à la critique de l'interprétation identitaire selon laquelle la qualification d'un CAT comme étant un CAI ne permet pas de cibler les groupes armés non étatiques qui se trouvent en fonction de combat continue, mais seulement les civils qui participent directement aux hostilités<sup>371</sup>. En effet, aussitôt que le privilège de belligérance est attribué aux groupes armés non étatiques, leurs combattants peuvent être ciblés n'importe quand durant le conflit, même s'il ne participent pas directement aux hostilités. Depuis une perspective de ciblage, les avantages de la fonction de combat continue dans les CANI sont transposés dans les CAI par le privilège de combattant (pour les groupes armés non étatiques). Ainsi, en utilisant la proposition du *Jus contra bellum internum*, nous pouvons répondre aux inconvénients de l'interprétation territoriale, tout en conservant ses avantages.

Enfin, face au débat doctrinal entre l'interprétation territoriale et l'interprétation identitaire, nous défendons l'approche territoriale tout en y proposant quelques modifications. L'interprétation territoriale stricte que nous soutenons est composée de trois éléments distinctifs. Premièrement, nous rejetons l'idée que le *Jus ad bellum* permet d'influencer la qualification d'un CAT. En effet, le consentement de l'État territorial ne change rien à la qualification d'un conflit armé, puisque nous soutenons une distinction claire entre le *Jus ad bellum* et le *Jus in Bello*. Ainsi, une situation dans laquelle l'État A intervient contre le groupe armé C dans le territoire de B, avec le consentement de l'État territorial, peut malgré tout être qualifiée de conflit international.

Deuxièmement, comme nous l'avons vu dans le second chapitre, l'interprétation des articles 2 et 3 des Conventions de Genève que nous défendons fait en sorte que l'intervention d'un État sur le territoire d'un autre État contre un groupe armé non étatique

---

<sup>370</sup> Dormann, *supra* note 102; Yoram Dinstein, « Unlawful Combatancy » (2002) 32 *Isr Yearb Hum Rights* 247-270.

<sup>371</sup> Kress, *supra* note 205 à la p 256).

déclenche le droit des CAI. En effet, l'article 2 s'applique dans une telle situation parce que le conflit est conforme aux termes « entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes ». Les deux États sont Parties au conflit, parce que les forces armées de l'État A sont impliquées, et que certains éléments constitutifs de l'État B le sont également<sup>372</sup>.

Troisièmement, l'interprétation territoriale stricte pourrait être accompagnée d'un *Jus contra bellum internum*. Ce *Jus ad bellum* interne permettrait aux groupes armés non étatiques de bénéficier d'un privilège de belligérance, à condition de se conformer au DIH. Cette initiative aurait deux avantages significatifs. En premier lieu, elle représenterait un incitatif aux groupes armés à se conformer au DIH, sachant que désormais ils ne seront opposables juridiquement que du recours illégitime à la force et non pas pour les actions commises durant la conduite des hostilités. Ensuite, elle répond directement à la critique de l'interprétation identitaire en matière de ciblage. Avec ce privilège, les combattants illégaux (qui peuvent être ciblés en fonction de combat continue dans les CANI) deviendront des combattants réguliers et pourront être ciblés durant l'entièreté du conflit armé. Cette dernière proposition permettrait ainsi d'effacer le seul inconvénient d'une approche territoriale.

---

<sup>372</sup> Voir la section 3.2.1.

## CONCLUSION

L'objectif général de ce travail de recherche était d'identifier les méthodes de qualification des conflits armés transnationaux et de déterminer quel est le droit applicable dans de telles situations, celui des conflits armés internationaux ou non internationaux. La structure argumentaire de la recherche base son raisonnement sur une suite logique de questionnements et d'interrogations.

Pour résumer brièvement, nous avons dans un premier temps répondu à la question suivante : existe-t-il une différence normative entre le droit des CAI et celui des CANI qui justifie une recherche sur le droit applicable dans les CAT ? Après avoir identifié ces différences, nous avons, en deuxième lieu, présenté les multiples manières de qualifier les CAT en fonction des interprétations des articles 2 et 3 des Conventions de Genève. Nous avons soulevé dans la doctrine deux interprétations différentes : l'interprétation territoriale, qui mène à l'application du droit des CAI; et l'interprétation identitaire, qui soutient l'application du droit des CANI. Dans un troisième temps, nous avons fait une critique interne et externe de l'interprétation identitaire en suivant une méthodologie associée au CLS, pour finalement proposer une méthode alternative d'interprétation basée sur l'interprétation territoriale.

Plus précisément, le premier chapitre visait à présenter la structure du DIH et la dichotomie CAI/CANI. Nous avons vu qu'il existe un rapprochement en droit coutumier entre le droit applicable pour les deux types de conflits. En effet, les principes phares du DIH, comme les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution, s'appliquent désormais autant dans les conflits internationaux que les conflits non internationaux. Malgré ce rapprochement, nous avons présenté plusieurs différences entre le droit des CAI et celui des CANI. Premièrement, le champ d'application des Conventions de Genève varie selon la nature du conflit. Dans le cas des CANI, comme nous l'avons mentionné, il existe des

critères d'intensités et d'organisation (chez le groupe armé non étatique). Pour ce qui est des CAI, il n'existe aucun critère d'intensité, on dit simplement que tous recours à la force armée entre deux États impliquent l'article 2<sup>373</sup>.

Ensuite, nous avons vu que le statut des personnes qui participent aux hostilités n'est pas le même dépendamment de la qualification du conflit. Les combattants étatiques ont le privilège de belligérance, tandis que les combattants des groupes armés non étatiques ne bénéficient pas d'un tel privilège.

Finalement, le traitement pénal de certains crimes de guerre varie aussi en fonction du conflit. Par exemple, la CPI a plus de compétence pour les crimes de guerre commis dans un CAI que dans un CANI. La liste de ces crimes est plus exhaustive dans le Statut de Rome pour les conflits internationaux que les conflits non internationaux.

En résumé, le premier chapitre a démontré que l'exercice de qualification des CAT est important parce que le droit applicable n'est pas le même dans les CAI et les CANI. Autrement dit, un CAT peut impliquer un droit spécifique, dépendamment de la manière dont on interprète les dispositions qui déterminent le champ applicable de ces conflits.

Dans le deuxième chapitre, nous avons présenté les différentes manières d'interpréter les articles 2 et 3 des Conventions de Genève. L'article 2 définit les conflits internationaux comme étant un « conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes »<sup>374</sup>. L'article 3 de son côté définit les conflits non internationaux comme étant un « conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes »<sup>375</sup>. Devant ces deux articles, comment sont définies les situations dans lesquelles un État est en conflit armé contre un groupe armé non étatique qui se trouve dans le territoire d'un autre État (CAT) ? C'est en voulant répondre à cette question que nous avons présenté l'interprétation territoriale et l'interprétation identitaire. La première interprétation des articles 2 et 3 des Conventions de Genève estime que les CAT remplissent les critères de l'article 2 et que c'est le droit des CAI qui s'applique. À l'inverse, l'interprétation identitaire soutient que les CAT

---

<sup>373</sup> Voir section 1.2.1.

<sup>374</sup> Convention de Genève IV, *supra* note 5, art. 2.

<sup>375</sup> *Ibid.*, art. 3.

remplissent les critères de l'article 3 et que le droit des CANI doit s'appliquer dans de telles situations.

Cette section du travail a permis de démontrer que non seulement les deux interprétations étaient basées sur des analyses similaires, c'est-à-dire des analyses littérales et contextuelles, mais qu'en plus, elles menaient à des conclusions à l'opposées l'une de l'autre. Il faut également ajouter que ces deux exercices d'interprétations trouvent leurs fondements dans la jurisprudence et dans la doctrine juridique. Ensuite, pour démontrer les conséquences de la qualification des CAT, nous avons opérationnalisé les méthodes d'interprétations territoriales et identitaires face au conflit au Yémen. Les différences entre le droit des CAI et celui des CANI que nous avons soulevées dans le premier chapitre sont mises de l'avant dans cet exemple.

Dans le troisième chapitre, nous avons démontré que les deux méthodes d'interprétations existent, parce que les articles 2 et 3 sont suffisamment indéterminés pour permettre la construction d'arguments juridiques opposés. Pour résoudre cette indétermination normative, nous avons utilisé la méthodologie des CLS afin de construire une critique interne et externe de l'interprétation identitaire. En effet, nous pensons que la structure argumentaire de l'interprétation identitaire repose sur quelques incohérences internes, et que les conséquences d'appliquer le droit des CANI pour les CAT sont moins souhaitables que l'application du droit des CAI.

Dans un premier temps, la critique interne vient remettre en question la conception de l'État dans le raisonnement argumentatif. Pour les partisans de l'approche identitaire, un CAT est un CANI, parce que l'État territorial n'est pas Partie au conflit et que les acteurs sont seulement l'État intervenant et le groupe armé non étatique. De cette façon, il est possible d'affirmer que le conflit déclenche l'article 3 (si les seuils d'intensité et d'organisation sont remplis), puisque le conflit n'a pas de « caractère international », et qu'il surgit « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes ». Nous estimons que cette observation est erronée et qu'elle repose sur une conception de l'État qui diffère de celle généralement reconnue en droit international public.

Comme on le sait, l'État est traditionnellement composé d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement. Ces trois éléments sont des critères constitutifs de l'État en droit international public. Devant ce simple constat, comment affirmer que l'État territorial dans un CAT n'est pas Partie au conflit, alors que son territoire est directement impliqué dans le conflit et que la plupart du temps sa population subit aussi les conséquences des hostilités. Doit-on comprendre que l'interprétation identitaire utilise une conception de l'État qui diffère de celle généralement reconnue ? Nous considérons que les analyses de l'interprétation territoriale sont conformes avec le concept d'État.

Ensuite, comme nous l'avons vu, certains partisans de l'interprétation identitaire estiment que l'État territorial peut être Partie au conflit seulement si l'État intervenant a un *animus belligerendi*. Il faut, selon eux, que l'État intervenant ait recours à la force armée contre l'État territorial, et ce intentionnellement, pour que ce dernier soit impliqué au conflit et que l'article 2 des Conventions de Genève puisse s'appliquer. De cette manière, les termes « conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » de l'article 2 doivent plutôt être compris comme « contre deux ou plusieurs États ». Nous avons rejeté cette position parce que ces critères sont trop subjectifs et qu'ils proviennent d'une logique de droit pénal<sup>376</sup>.

Dans un deuxième temps, nous avons proposé une critique externe qui tente de démontrer que le rôle de l'interprète, c'est-à-dire les juristes qui interprètent les articles 2 et 3, est positionné en fonction de leurs intentions implicites. Nous pensons que les partisans de l'approche identitaire tentent de résoudre l'indétermination des Conventions de Genève afin de clarifier l'application du DIH<sup>377</sup>. Nous sommes d'avis cependant que l'utilisation de concepts comme l'*animus belligerendi* ne fait que rendre l'application des articles 2 et 3 davantage indéterminée. Ensuite, nous estimons que le droit des CAI est un régime normatif plus approprié pour les situations de CAT, malgré les quelques avantages du droit des CANI que nous avons présentés<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> Voir section 3.2.2.

<sup>377</sup> Voir section 3.3.1.

<sup>378</sup> Voir section 3.3.2.

Finalement, nous avons conclu la recherche en soutenant une interprétation territoriale modifiée. L'interprétation territoriale stricte que nous proposons se détache de toute influence du *Jus ad bellum* dans la détermination du droit applicable dans les CAT. Autrement dit, le consentement (ou l'absence de consentement) de l'État territorial à une intervention sur son territoire ne doit pas déterminer si c'est l'article 2 ou 3 des Conventions de Genève qui s'applique. Ce détachement strict entre le *Jus ad bellum* et le *Jus in bello* fait en sorte qu'un conflit peut être considéré comme international même si l'État territorial autorise une intervention sur son territoire.

Ensuite, nous avons voulu pallier les inconvénients de l'interprétation territoriale et répondre à la critique des partisans de l'approche identitaire concernant le ciblage des groupes armés non étatiques en fonction de combat continue. La proposition, qui a déjà été soulevée dans la doctrine, consiste à attribuer un privilège de belligérance aux forces des groupes armés en échange d'une conformité au DIH. L'idée est de développer un *Jus contra bellum internum*, c'est-à-dire une transposition du *Jus ad bellum* traditionnel pour des situations internes. Cette proposition permettrait de cibler les combattants non étatiques (combattants devenus réguliers) pour toute la durée du conflit armé, et cela permettrait également d'augmenter leur conformité au DIH.

En somme, si nous avons touché à plusieurs enjeux dans ce travail de recherche, c'est spécifiquement parce que le DIH et la qualification des conflits armés transnationaux soulèvent un grand nombre de débats et de questionnements dans la doctrine. Nous espérons que cette recherche aura permis de clarifier les différentes positions doctrinales concernant le droit applicable dans les CAT et permettra d'ouvrir une discussion sur les méthodes d'interprétation des Conventions de Genève.



## BIBLIOGRAPHIE

## I. DOCUMENTS INTERNATIONAUX

Jurisprudences internationales

*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*  
(*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), Arrêt du 26 juin 1986, C.I.J.

*Juan Carlos Abella v. Argentina* (1997), Inter-Am Comm HR, No. 55/97,  
OEA/ser.L/V/II.95.

*Procureur c. Alfred Musema, Jugement* (2000), TPIR, ICTR-96-13-A

*Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'Appel de la défense concernant l'exception*  
*préjudicielle d'incompétence* (1995), Chambre d'Appel TPIY, no. IT-94-1-A.

*Procureur c. Duško Tadić, Jugement* (1997), Chambre de première instance TPIY, IT-94-1-T

*Procureur c. Fatmir Limaj et al., Jugement* (2005), Chambre de première instance TPIY,  
IT-03-66-T.

*Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Jugement* (1999), TPIR,  
ICTR-96-3-T.

*Procureur c. Jean-Paul Akayesu, Jugement* (1998), TPIR, ICTR-96-4-T

*Procureur c. Kupreškić et al., Jugement* (2000), TPIY, IT-95-16-T.

*Prosecutor v. Pavle Strugar, Decision on interlocutory appeal* (22 novembre 2002),  
Appeal chamber ICTY, IT-01-42-AR72.

*Procureur c. Ramush Haradinaj et al., Jugement* (2008), Chambre de première instance  
TPIY, IT-04-84-T.

*Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Jugement* (2012), CPI, ICC-01/04-01/06.

*Procureur c. Zejnil Mucić et al., Jugement* (1998), TPIY, IT-96-21-T.

Publications internationales

Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis*  
*posés par les conflits armés contemporains*, Rapport du CICR, Genève, 2015

Human Rights Watch, dir, « *Welcome to Hell* »: *Arbitrary Detention, Torture, and*  
*Extortion in Chechnya*, New York, Human Rights Watch, 2000.

- ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2016
- ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Genève, 1971.
- ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Vol. V: Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, Geneva, ICRC, 1971.
- ICRC, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II, section B, Federal Political Department, Berne, 1950-1951.
- ICRC, *How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law*, ICRC Opinion Paper, 2008.
- ICRC, *Report on the Work of the Preliminary Conference of National Red Cross Societies for the study of the Conventions and of various Problems relative to the Red Cross*, Genève, 1946.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Responsibility to Protect*, International Development Research Centre, Ottawa, 2001
- International Criminal Court, *Report of the Working Group on Amendments*, Assembly of States Parties, 18<sup>th</sup> session, 3 December 2019, ICC-ASP/18/32.

### Résolutions

- Assemblée générale, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. off., A/RES/56/83, (28 janvier 2002).
- Conseil de sécurité des Nations Unies, *Statut du tribunal international pour le Rwanda*, S/RES/955, (1994).
- Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés AG 2625 (XXV), Doc off, 25<sup>e</sup> session, A/RES/2625 (1970).
- Definition of Aggression*, Rés AG 3314 (XXIX), Doc off, 29<sup>e</sup> session, A/RES/3314 (1974).
- Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé*, Rés AG 2675 (XXV), Doc off, 25<sup>e</sup> session, A/RES/2675 (1970).
- Rapport de la Commission d'enquête sur le Liban établi conformément à la résolution S-2/1 du Conseil des droits de l'homme*, Doc off, Conseil des droits de l'homme, 3<sup>e</sup> session, A/HRC/3/2 (2006).

*Règles humanitaires minimales : Rapport analytique soumis par le Secrétaire général en application de la résolution 1997/21 de la Commission des droits de l'homme, Doc off, Commission des droits de l'homme, 54<sup>e</sup> session, E/CN.4/1998/87 (1998). Report on terrorism and human rights (2002), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.116*

*Respect des droits de l'homme en période de conflit armé, Rés AG 2444 (XXIII), Doc off, 23<sup>e</sup> session, A/RES/2444 (1968).*

*Situation dans la République de Tchétchénie de la Fédération de Russie, Rés Commission des droits de l'homme 2000/58, Doc off, 56<sup>e</sup> session, E/CN.4/RES/2000/58 (2000).*

### Traités internationaux

*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, R.T.N.U. 973, (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).*

*Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, R.T.N.U. 973, (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).*

*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, R.T.N.U. 973, (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).*

*Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États, 26 décembre 1933, 165 R.T.S.N. 19, (entrée en vigueur le 26 décembre 1934),*

*Convention de Vienne sur le droit des traités, 27 janvier 1980, 1155 R.T.N.U. 331, (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).*

*Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, 29 novembre – 11 décembre 1868, St-Petersbourg*

*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I), 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur le 7 décembre 1978).*

*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (protocole II), 08 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609, (entrée en vigueur le 7 décembre 1978).*

*Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Annexe à la Convention (II) de La Haye, 1899.*

*Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Annexe à la Convention (IV) de La Haye, 1907.*

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1 juillet 2002).*

## II. DOCUMENTS NATIONAUX

### Jurisprudences nationales

Cour Suprême des États-Unis, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), no. 05.184

*Physicians for human rights v. Prime Minister*, (2009) HCJ 201/09

*Public committee against torture in Israel v. Government of Israel*, (2006) HCJ 769/02.

*United States of America v. Manuel Antonio Noriega, Jugement* (1990), United States District Court for the Southern District of Florida, 746 F. Supp. 1506.

## III. DOCTRINES ET AUTRES DOCUMENTS

### Monographies et ouvrages collectifs

Abbenhuis, Maartje, Christopher Ernest Barber, et Annalise R. Higgins, éd. *War, Peace and International Order: The Legacies of the Hague Conferences of 1899 and 1907*. 1st edition. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2017.

Akande, Dapo. « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts ». In *International Law and the Classification of Conflicts*, édité par Elizabeth Wilmshurst, 33-79. Oxford, UK.: London: Oxford University Press, 2012.

Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Édité par Wilfrid E. Rumble. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge; New York, NY: Cambridge University Press, 1995.

Baxter, Richard, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen M. Schwebel, et Charles Keever. *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

Best, Geoffrey. *War and Law Since 1945*. Clarendon Press, 1994.

Bianchi, Andrea. *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. New York, NY: Oxford University Press, 2016.

Bix, Brian. *Law, Language, and Legal Determinacy. Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Oxford University Press.

Bothe, Michael. *The Handbook of International Humanitarian Law*. OUP Oxford, 2013.

Carron, Djemila. *L'acte déclencheur d'un conflit armé international*. Genevoise. Genève: Schultless Éditions Romandes, 2016.

- Casey-Maslen, Stuart. *Jus Ad Bellum: The Law on Inter-State Use of Force*. Oxford; New York: Hart Publishing, 2020.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Cassese, Antonio et al. *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Cassese, Antonio. *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*. Oxford University Press, 2008.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- Crawford, James R. *The Creation of States in International Law*. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Crawford, Neta. *Accountability for Killing: Moral Responsibility for Collateral Damage in America's Post-9/11 Wars*. Illustrated edition. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Chimni, B. S. *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*. 2<sup>e</sup> éd. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Cullen, Anthony. *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*. 1 edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Daillier, Patrick, Dinh Nguyen Quoc, Daniel Müller, Alain Pellet, et Mathias Forteau. *Droit international public*. L.G.D.J., 2009.
- Dintein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. 3<sup>e</sup> éd. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Dinstein, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*. 3<sup>e</sup> éd. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Dormann, Knut, Louise Doswald-Beck, et Robert Kolb. *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury Academic, 2013.
- Finkelstein, Claire Oakes, Jens David Ohlin, et Andrew Altman, éd. *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*. 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Fleck, Dieter, et Michael Bothe, éd. *The Handbook of International Humanitarian Law*. 2nd ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

- Fox, Gregory H. « Intervention by Invitation ». In *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, édité par Marc Weller, 1st edition., 816-40. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.
- Gill, Terry. « Military Intervention with the Consent or at the Invitation of a Government ». In *The Handbook of the International Law of Military Operations*, édité par Terry Gill et Dieter Fleck, 252-59. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Green, Leslie C. *The Contemporary Law of Armed Conflict*. Manchester University Press, 2000.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Third edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- Henckaerts, Jean-Marie, Louise Doswald-Beck, Carolin Alvermann, et International Committee of the Red Cross, éd. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2005.
- Hessbruegge, Jan Arno. *Human Rights and Personal Self-Defense in International Law*. New York, NY: Oxford University Press, 2017.
- Hoffmann, Tamas. « Squaring the Circle? International Humanitarian Law and Transnational Armed Conflicts ». In *Les Règles et Institutions Du Droit International Humanitaire à l'épreuve Des Conflits Armés Récents*, édité par Djamchid Momtaz et Michael J. Matheson, 217-73. Leiden: Nijhoff, 2010.
- Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory. Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford University Press, s. d. Consulté le 14 octobre 2020.
- Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Co., 1952.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009.
- Kennedy, David. *International Legal Structure*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft Mbh & Co, 1987.
- Kennedy, Duncan. *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*. Revised ed. edition. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.
- Kennedy, Duncan. « A Left Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation ». In *Legal Reasoning: Collected Essays*, 154-73. Aurora: Davies Group Publishers, 2008.
- Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. 1 edition. New York: Cambridge University Press, 2006.
- La Haye, Eve. *War Crimes in Internal Armed Conflicts*. Leiden: Cambridge University Press, 2008.

- Lubell, Noam. *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*. Oxford Monographs in International Law. Oxford; New York, N.Y: Oxford University Press, 2010.
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Revised ed. édition. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- McNeal, Gregory S. « Are Targeted Killings Unlawful? A Case Study in Empirical Claims without Empirical Evidence ». In *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, édité par Claire Finkelstein, Jens David Ohlin, et Andrew Altman. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Mégret, Frédéric. « Should Rebels Be Amnestied? » In *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, édité par Carsten Stahn, Jennifer Easterday, et Jens Iverson, 519-41. Oxford University Press.
- Melzer, Nils. *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Genève: International Committee of the Red Cross, 2009.
- Melzer, Nils. *Targeted Killing in International Law*. Oxford Monographs in International Law. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.
- Meron, Theodor. *The Humanization of International Law*. The Hague Academy of International Law Monographs 3. Leiden: Nijhoff, 2006.
- Milanovic, Marko, et Vidan Hadzi-Vidanovic. « A Taxonomy of Armed Conflict ». In *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus Post Bellum*, 256-314, 2013.
- Moir, Lindsay. *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Okimoto, Keiichiro. *The Distinction and Relationship between Jus Ad Bellum and Jus in Bello*. Oxford; Portland, Or: Hart Publishing, 2011.
- Peters, Anne. « Statehood after 1989: 'Effectivités' between Legality and Virtuality ». In *Select Proceedings of the European Society of International Law, Volume 3, 2010*, édité par James Crawford et Sarah Nouwen, 171-84. London: Hart Publishing, 2012.
- Pilloud, Claude, Jean de Preux, Yves Sandoz, Bruno Zimmermann, Philippe Everlin, Hans-Peter Gasser, Claude F. Wenger, et Sylvie S. Junod. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 Juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève : The Hague : Norwell, MA, USA: Kluwer Academic Publishers, 1986.
- Pictet, Jean, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume I*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1952.

- Roscini, Marco. *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Rothbart, Daniel, et Karina V. Korostelina. *Why They Die: Civilian Devastation in Violent Conflict*. University of Michigan Press, 2011.
- Ruys, Tom. « The Quest for an Internal Jus Ad Bellum: International Law's Missing Link, Mere Distraction, or Pandora's Box? » In *Necessity and Proportionality in International Peace and Security Law*, édité par Claus Kress et Robert Lawless, 169-219. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Sassòli, Marco. « Jus Ad Bellum and Jus in Bello - The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated? » In *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein*, édité par Michael Schmitt et Jelena Pejic, 241-64. Leiden: Brill | Nijhoff, 2007.
- Sassòli, Marco. « The Legal Qualification of the Conflict in the Former Yugoslavia: Double Standards or New Horizons for International Humanitarian Law? » In *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, 560. London: Routledge, 2001.
- Schabas, William A., éd. *The Cambridge Companion to International Criminal Law*. Cambridge Companions to Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Sivakumaran, Sandesh. *The Law of Non-International Armed Conflict*. 1 edition. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Smith, Thomas W. *Human Rights and War Through Civilian Eyes*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2017.
- Solis, Gary D. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010.
- Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. 3e éd. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Zegveld, Liesbeth. *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2002.

#### Articles de périodiques

- Akande, Dapo. « Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities ». *The International and Comparative Law Quarterly* 59, n° 1 (2010): 180-92.
- Arimatsu, Louise. « Territory, Boundaries and the Law of Armed Conflict ». *Yearbook of International Humanitarian Law* 12 (décembre 2009): 157-92.



- Aspremont, Jean d'. « The International Law of Statehood: Craftsmanship for the Elucidation and Regulation of Births and Deaths in the International Society ». *Connecticut Journal of International Law* 29, n° 2 (2013): 201-26.
- Bachand, Remi. « Critique En Droit International: Reflexions Autour Des Livres de Koskenniemi, Anghie et Mieville ». *Revue Quebecoise de Droit International* 19, n° 2 (2006): 1-34.
- Bachand, Remi. « Indetermination et l'Interpretation Chez Les Positivistes Analytiques: Un Échange Avec Austin, Kelsen, Hart et ... Dworkin ». *Ottawa Law Review* 37, n° 1 (2006 2005): 35-70.
- Badar, Mohamed. « Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ». *International Criminal Law Review* 6 (1 septembre 2006).
- Badar, Mohamed Elewa. « The Mental Element in The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective ». *Criminal Law Forum* 19, n° 3-4 (décembre 2008): 473-518.
- Barnidge, Robert P. Jr. « A Qualified Defense of American Drone Attacks in Northwest Pakistan under International Humanitarian Law ». *Boston University International Law Journal* 30, n° 2 (2012): 409-48.
- Bartels, Rogier. « The Classification of Armed Conflicts by International Criminal Courts and Tribunals ». *International Criminal Law Review* 1, n° aop (22 juin 2020): 1-74.
- Bartels, Rogier. « Timelines, Borderlines and Conflicts: The Historical Evolution of the Legal Divide between International and Non-International Armed Conflicts ». *International Review of the Red Cross* 91, n° 873 (mars 2009): 35-67.
- Bassiouni, M. Cherif. « The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors ». *Journal of Criminal Law and Criminology* 98, n° 3 (2008): 711-810.
- Ben-Naftali, Orna, et Keren Michaeli. « Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel ». *The American Journal of International Law* 101, n° 2 (2007): 459-65.
- Blank, Laurie R., et Benjamin R. Farley. « Characterizing US Operations in Pakistan: Is the United States Engaged in an Armed Conflict ». *Fordham International Law Journal* 34, n° 2 (2011 2010): 151-89.
- Brown, Bernard L. « The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification Note ». *Cornell International Law Journal* 10, n° 1 (1977 1976): 134-55.
- Bugnion, Francois. « Customary International Humanitarian Law ». *ISIL YearBook of International Humanitarian and Refugee Law* 7 (2007): 1-49.

- Bugnion, François. « Droit de Genève et Droit de La Haye ». *International Review of the Red Cross* 83, n° 844 (décembre 2001): 901-22.
- Byrne, Max. « Consent and the Use of Force: An Examination of ‘Intervention by Invitation’ as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen ». *Journal on the Use of Force and International Law* 3, n° 1 (2 janvier 2016): 97-125.
- Carron, Djemila. « Transnational Armed Conflicts: An Argument for a Single Classification of Non-International Armed Conflicts ». *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 7, n° 1 (14 mars 2016): 5-31.
- Cassese, Antonio. « The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law ». *UCLA Pacific Basin Law Journal* 3 (1984): 55-118.
- Cassese, Antonio. « The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia ». *European Journal of International Law* 18, n° 4 (1 septembre 2007): 649-68.
- Coleman, Jules L. « Negative and Positive Positivism ». *Journal of Legal Studies* 11, n° 1 (1982): 139-64.
- Corn, Geoffrey S. « Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict ». *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 40, n° 2 (2007): 295-356.
- Corn, Geoffrey S. « Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors Symposium: Defense Policy ». *Stanford Law & Policy Review* 22, n° 1 (2011): 253-94.
- Corn, Geoffrey, et Eric Talbot Jensen. « Transnational Armed Conflict: A Principled Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations ». *Israel Law Review* 42, n° 1 (2009): 46-79.
- Corn, Geoffrey, et Chris Jenks. « Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts ». *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33, n° 2 (2012 2011): 313-62.
- Crawford, Emily. « Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts - The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts ». *Australian International Law Journal* 15, n° 1 (2008): 29-54.
- Crawford, Emily. « Unequal before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction between International and Non-International Armed Conflicts ». *Leiden Journal of International Law* 20, n° 2 (2007): 441-66.

- D'Alessandra, Federica, et Matthew Gillett. « The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict ». *Journal of International Criminal Justice* 17, n° 4 (1 septembre 2019): 815-47.
- Deeks, Ashley S. « Consent to the Use of Force and International Law Supremacy ». *Harvard International Law Journal* 54, n° 1 (2013): 1-60.
- Dinstein, Yoram. « Unlawful Combatancy ». *Israel Yearbook on Human Rights* 32 (2002): 247-70.
- Dormann, Knut. « The Legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants ». *International Review of Red Cross* 85, n° 849 (2003): 45-74.
- Doswald-Beck, Louise. « Developments in Customary International Humanitarian Law ». *Swiss Review of International and European Law* 15, n° 3 (2005): 471-98.
- Doswald-Beck, L. « The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government ». *British Yearbook of International Law* 56, n° 1 (1 janvier 1986): 189-252.
- Draper, G. I. A. D. « Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts ». *Georgia Journal of International and Comparative Law* 13, n° Supplement Issue (1983): 253-78.
- Dworkin, Ronald. « Hard Cases ». *Harvard Law Review* 88, n° 6 (1975 1974): 1057-1109.
- Dyzenhaus, D. « The Genealogy of Legal Positivism ». *Oxford Journal of Legal Studies* 24, n° 1 (1 mars 2004): 39-67.
- Elder, David A. « The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949 ». *Case Western Reserve Journal of International Law* 11, n° 1 (1979): 37-70.
- Estreicher, Samuel. « Privileging Asymmetric Warfare (Part II): The Proportionality Principle under International Humanitarian Law ». *Chicago Journal of International Law* 12, n° 1 (2012 2011): 143-58.
- Farer, Tom. « Humanitarian Law and Armed Conflicts: Toward the Definition of International Armed Conflict ». *Columbia Law Review* 71, n° 1 (1971): 37-72.
- Ferdinandusse, W. « The Prosecution of Grave Breaches in National Courts ». *Journal of International Criminal Justice* 7, n° 4 (1 septembre 2009): 723-41.
- Fleck, D. « Shortcomings of the Grave Breaches Regime ». *Journal of International Criminal Justice* 7, n° 4 (1 septembre 2009): 833-54.
- Gardam, Judith Gail. « Proportionality and Force in International Law ». *American Journal of International Law* 87, n° 3 (1993): 391-413.

- Gardner, John. « Legal Positivism: 5 1/2 Myths ». *American Journal of Jurisprudence* 46 (2001): 199-228.
- Gasser, Hans-Peter. « International Humanitarian Law: An Introduction ». *International Review of the Red Cross Archive* 34, n° 298 (février 1994): 88-88.
- Geiss, Robin. « Armed Violence in Fragile States: Low-Intensity Conflicts, Spillover Conflicts, and Sporadic Law Enforcement Operations by Third Parties » 91, n° 873 (2009): 16.
- Goodrich, Peter. « Historical Aspects of Legal Interpretation ». *Indiana Law Journal* 61, n° 3 (1986): 331-54.
- Graham, Laura. « Prosecuting Starvation Crimes in Yemen's Civil War ». *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2020, 21.
- Greenwood, Christopher. « The Concept of War in Modern International Law ». *International and Comparative Law Quarterly* 36, n° 2 (1987): 283-306.
- Greenwood, Christopher. « War, Terrorism, and International Law ». *Current Legal Problems* 56, n° 1 (1 janvier 2003): 505-30.
- Grignon, Julia. « The Beginning of Application of International Humanitarian Law: A Discussion of a Few Challenges ». *International Review of the Red Cross* 96, n° 893 (mars 2014): 139-62.
- Hampson, Françoise J. « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Treaty Body ». *International Review of the Red Cross* 90, n° 871 (2008): 549-72.
- Happold, Matthew. « Hamdan v Rumsfeld and the Law of War United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments ». *Human Rights Law Review* 7, n° 2 (2007): 418-32.
- Haque, Adil Ahmad. « Indeterminacy in the Law of Armed Conflict ». *International Law Studies Series. US Naval War College* 95 (2019): [i]-160.
- Haque, Adil Ahmad. « Whose Armed Conflict: Which Law of Armed Conflict ». *Georgia Journal of International and Comparative Law* 45, n° 3 (2017 2016): 475-94.
- Hart, H. L. A. « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer ». *University of Pennsylvania Law Review* 105, n° 7 (1957 1956): 953-75.
- Hayashi, Nobuo. « Contextualizing Military Necessity ». *Emory International Law Review* 27, n° 1 (2013): 189-284.
- Heller, Thomas C. « Structuralism and Critique ». *Stanford Law Review* 36, n° Issues 1 & 2 (1984): 127-98.

- Henriksen, A. « Jus Ad Bellum and American Targeted Use of Force to Fight Terrorism Around the World ». *Journal of Conflict and Security Law* 19, n° 2 (1 juillet 2014): 211-50.
- Holland, Elizabeth. « The Qualification Framework of International Humanitarian Law: Too Rigid to Accommodate Contemporary Conflicts Note ». *Suffolk Transnational Law Review* 34, n° 1 (2011): 145-82.
- Hunt, Alan. « The Critique of Law: What Is “Critical” about Critical Legal Theory? » *Journal of Law and Society* 14, n° 1 (1987): 5-19.
- Hunt, Alan. « The Theory of Critical Legal Studies ». *Oxford Journal of Legal Studies* 6, n° 1 (1986): 1-45.
- Jinks, Derek. « September 11 and the Laws of War ». *Yale Journal of International Law* 28, n° 1 (2003): 1-50.
- Jinks, Derek. « The Applicability of the Geneva Conventions to the Global War on Terrorism: The Laws of War: Past, Present, and Future ». *Virginia Journal of International Law* 46, n° 1 (2006 2005): 165-96.
- Kairys, David. « Law and Politics ». *George Washington Law Review* 52, n° 2 (1984 1983): 243-62.
- Kennedy, David. « A New Stream of International Law Scholarship ». *Wisconsin International Law Journal* 7, n° 1 (1989 1988): 1-50.
- Kennedy, David. « Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship ». *New England Law Review* 21, n° 2 (1986 1985): 209-90.
- Kennedy, David. « Theses about International Law Discourse ». *German Yearbook of International Law* 23 (1980): 353-91.
- Kennedy, Duncan. « Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology ». *Journal of Legal Education* 36, n° 4 (1986): 518-62.
- Kennedy, Duncan. « Legal Formality ». *Journal of Legal Studies* 2, n° 2 (1973): 351-98.
- Kennedy, Duncan. « Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation ». *Utah Law Review* 1996, n° 3 (1996): 785-826.
- Kennedy, Duncan. « The Structure of Blackstone’s Commentaries ». *Buffalo Law Review* 28, n° 2 (1979 1978): 205-382.
- Koskenniemi, Martti. « Letter to the Editors of the Symposium ». *The American Journal of International Law* 93, n° 2 (1999): 351-61.
- Koskenniemi, Martti. « The Many Faces of Sovereignty. Introduction to Critical Legal Thinking ». *Kutafin University Law Review*, 2017, 283-91.

- Kress, Claus. « Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts ». *Journal of Conflict and Security Law* 15, n° 2 (2010): 245-74.
- Kreß, Claus, et Frédéric Mégret. « The Regulation of Non-International Armed Conflicts: Can a Privilege of Belligerency Be Envisioned in the Law of Non-International Armed Conflicts? » *International Review of the Red Cross* 96, n° 893 (mars 2014): 29-66.
- Kretzmer, David. « Rethinking the Application of IHL in Non-International Armed Conflicts ». *Israel Law Review* 42, n° 1 (2009): 8-45.
- Kretzmer, David. « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? » *European Journal of International Law* 16, n° 2 (1 avril 2005): 171-212.
- Kritsiotis, Dino. « The Tremors of Tadic ». *Israel Law Review* 43, n° 2 (2010): 262-300.
- Lamp, N. « Conceptions of War and Paradigms of Compliance: The “New War” Challenge to International Humanitarian Law ». *Journal of Conflict and Security Law* 16, n° 2 (1 juillet 2011): 225-62.
- La Rosa, Anne-Marie, et Carolin Wuerzner. « Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law Sanctions ». *International Review of the Red Cross* 90, n° 870 (2008): 327-42.
- Lee, Thomas H. « The Law of War and the Responsibility to Protect Civilians: A Reinterpretation ». *Harvard International Law Journal* 55, n° 2 (2014): 73.
- Lieblich, Eliav. « Internal Jus Ad Bellum ». *Hastings Law Journal* 67, n° 3 (2016 2015): 687-748.
- Lieblich, Eliav. « Intervention and Consent: Consensual Forcible Interventions in Internal Armed Conflicts as International Agreements ». *Boston University International Law Journal* 29, n° 2 (2011): 337-82.
- Levie, Howard S. « History of the Law of War on Land ». *International Review of Red Cross* 82, n° 838 (2000): 339-50.
- Lewis, Michael W. « International Myopia: Hamdan’s Shortcut to Victory ». *University of Richmond Law Review* 42, n° 3 (2008 2007): 687-730.
- Lorite Escorihuela, Alejandro. « Humanitarian Law and Human Rights Law: The Politics of Distinction ». *Michigan State International Law Review* 19, n° 2 (1 janvier 2011): 300-372.
- MacCormick, Neil. « On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin ». *New York University Law Review* 58, n° 2 (1983): 239-58.

- Maxwell, Mark David, et Richard V. Meyer. « The Principle of Distinction: Probing the Limits of Its Customariness ». *Army Lawyer* 2007, n° 3 (2007): 1-11.
- Margulies, Peter. « Networks in Non-International Armed Conflicts: Crossing Borders and Defining Organized Armed Group ». *International Law Studies Series. US Naval War College*. 89 (2013): [i]-76.
- McDougal, Myres S., et Florentino P. Feliciano. « The Initiation of Coercion: A Multi-Temporal Analysis ». *The American Journal of International Law* 52, n° 2 (1958): 241-59.
- McIntosh, Simeon C. R. « Legal Hermeneutics: A Philosophical Critique ». *Oklahoma Law Review* 35, n° 1 (1982): 1-72.
- McNair, Arnold D. « The Legal Meaning of War, and the Relation of War to Reprisals ». *Transactions of the Grotius Society* 11 (1925): 29-52.
- McNeal, Gregory S. « Targeted Killing and Accountability ». *Georgetown Law Journal* 102, n° 3 (2014 2013): 681-794.
- Milanovic, Marko. « Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case ». *International Review of the Red Cross* 89, n° 866 (2007): 373-94.
- Moir, Lindsay. « Grave Breaches and Internal Armed Conflicts ». *Journal of International Criminal Justice* 7, n° 4 (2009): 763-88.
- Murphy, Sean D. « Evolving Geneva Convention Paradigms in the “War on Terrorism”: Applying the Core Rules to the Release of Persons Deemed “Unprivileged Combatants” ». *The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper*, n° 239 (2007): 54.
- Öberg, Marko Divac. « The Absorption of Grave Breaches into War Crimes Law ». *International Review of the Red Cross* 91, n° 873 (mars 2009): 163-83.
- O’Connell, Mary Ellen. « Responsibility to Peace: A Critique of R2P ». *Journal of Intervention and Statebuilding* 4, n° 1 (mars 2010): 39-52.
- Ohlin, Jens David. « The Combatant’s Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts ». *Yale Journal of International Law* 40, n° 2 (2015): 337-92.
- O’Keefe, Roger. « The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction ». *Journal of International Criminal Justice* 7, n° 4 (2009): 811-32.
- Okimoto, Keiichiro. « The Relationship between a State and an Organised Armed Group and Its Impact on the Classification of Armed Conflict ». *Amsterdam Law Forum* 5, n° 3 (2013): 33-51.

- Orford, Anne. « The Destiny of International Law ». *Leiden Journal of International Law* 17, n° 3 (2004): 441-76.
- Paris, Roland. « The ‘Responsibility to Protect’ and the Structural Problems of Preventive Humanitarian Intervention ». *International Peacekeeping* 21, n° 5 (20 octobre 2014): 569-603.
- Paulus, Andreas, et Mindia Vashakmadze. « Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict - A Tentative Conceptualization ». *International Review of the Red Cross* 91, n° 873 (2009): 95-126.
- Paulus, Andreas L. « International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law? » *Leiden Journal of International Law* 14, n° 4 (2001): 727-56.
- Paust, Jordan J. « Human Rights on the Battlefield ». *George Washington International Law Review* 47, n° 3 (2015): 509-62.
- Paust, Jordan J. « NIAC Nonsense, the Afghan War, and Combatant Immunity ». *Georgia Journal of International and Comparative Law* 44, n° 3 (2016 2015): 555-76.
- Paust, Jordan J. « War and Enemy Status after 9/11: Attacks on the Laws of War Symposium ». *Yale Journal of International Law* 28, n° 2 (2003): 325-36.
- Pejic, Jelena. « The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye ». *International Review of the Red Cross* 93, n° 881 (2011): 189-226.
- Radin, Sasha. « Global Armed Conflict: The Threshold of Extraterritorial Non-International Armed Conflicts ». *International Law Studies Series. US Naval War College*. 89 (2013): [i]-743.
- Raz, Joseph. « Facing Up: A Reply ». *Southern California Law Review* 62, n° Issues 3 & 4 (89 1988): 1153-1236.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Reprinted. Oxford: Oxford Univ. Press, 2002.
- Reinold, Theresa. « State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11 ». *American Journal of International Law* 105, n° 2 (2011): 244-86.
- Rothkopf, Ilana. « International Humanitarian Law and Non-State Practice in Armed Conflict: Combatant’s Privilege and Kurdish Fighters in Syria ». *Journal of Conflict and Security Law* 24, n° 2 (1 juillet 2019): 271-96.
- Ruys, Tom. « The Syrian Civil War and the Achilles’ Heel of the Law of Non-International Armed Conflict ». *Stanford Journal of International Law* 50, n° 2 (2014): 247-80.



- Ruys, Tom, et Luca Ferro. « Weathering the Storm: Legality and Legal Implications the Saudi-Led Military Intervention in Yemen ». *International & Comparative Law Quarterly* 65, n° 1 (janvier 2016): 61-98.
- Sambanis, Nicholas. « What Is Civil War? Conceptual and Empirical Complexities of an Operational Definition ». *Journal of Conflict Resolution* 48, n° 6 (2004): 814-58.
- Sassòli, Marco et Anne Quintin. « Active and Passive Precautions in Air and Missile Warfare ». *Israel Yearbook on Human Rights* 44 (2014): 69-123.
- Sassoli, Marco. « Query: Is There a Status of Unlawful Combatant Issues in International Law and Military Operations ». *International Law Studies. US Naval War College* 80 (2006): 57-68.
- Sassòli, Marco. « Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law ». *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 1, n° 1 (1 janvier 2010): 5-51.
- Sassoli, Marco. « Terrorism and War ». *Journal of International Criminal Justice* 4, n° 5 (2006): 959-81.
- Sassoli, Marco, et Laura M. Olson. « The Relationship Between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts ». *International Review of the Red Cross* 90, n° 871 (2008): 599-628.
- Sassòli, Marco. « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law ». *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard, Occasional Paper Series*, n° 6 (2006): 1-45.
- Sassoli, Marco. « Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism ». *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice* 22, n° 2 (2004): 195-222.
- Schmitt, Michael N. « Change Direction 2006: Israeli Operations in Lebanon and the International Law of Self-Defense ». *Michigan Journal of International Law* 29, n° 2 (2008 2007): 127-64.
- Schmitt, Michael N. « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict ». *International Law Studies Series. US Naval War College*. 90 (2014): 1-19.
- Schmitt, Michael N. « Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements ». *New York University Journal of International Law and Politics* 42, n° 3 (2010 2009): 697-740.
- Schmitt, Michael N. « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance Commemorative Pieces ». *Virginia Journal of International Law* 50, n° 4 (2010 2009): 795-840.

- Schondorf, Roy S. « Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime ». *New York University Journal of International Law and Politics* 37, n° 1 (2005 2004): 1-78.
- Schwarzenberger, Georg. « Jus Pacis Ac Belli?: Prolegomena to a Sociology of International Law ». *The American Journal of International Law* 37, n° 3 (1943): 460-79.
- Shereshevsky, Yahli. « Politics by Other Means: The Battle over the Classification of Asymmetrical Conflicts ». *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 49, n° 2 (2016): 455-98.
- Schindler, Dietrich. « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation ». *Journal of the History of International Law* 5 (2003): 165-88.
- Sloane, Robert D. « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus Ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War ». *Yale Journal of International Law* 34, n° 1 (2009): 47-112.
- Solf, Waldemar A. « Problems with the Application of Norms Governing Interstate Armed Conflict to Non-International Armed Conflict ». *Georgia Journal of International and Comparative Law* 13, n° Supplement Issue (1983): 291-302.
- Solum, Lawrence B. « The Interpretation-Construction Distinction ». *Constitutional Commentary* 27, n° 1 (2011 2010): 95-118.
- Soper, E. Philip. « Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute ». *Michigan Law Review* 75, n° 3 (1977 1976): 473-519.
- Stewart, James G. « Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict ». *International Review of Red Cross* 85, n° 850 (2003): 313-50.
- Summers, Robert S. « Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought - A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use ». *Cornell Law Review* 66, n° 5 (81 1980): 861-948.
- Trubek, David M. « Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism Critical Legal Studies Symposium ». *Stanford Law Review* 36, n° Issues 1 & 2 (1984): 575-622.
- Tushnet, Mark V. « Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles ». *Harvard Law Review* 96, n° 4 (1983 1982): 781-827.
- Unger, Roberto Mangabeira. « The Critical Legal Studies Movement ». *Harvard Law Review* 96, n° 3 (1983 1982): 561-675.

- Van Den Hole, Leo. « Towards a Test of the International Character of an Armed Conflict: Nicaragua and Tadic ». *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 32 (2005 2004): 269-88.
- Van der Vyver, J. D. « Statehood in International Law ». *Emory International Law Review* 5, n° 1 (1991): 9-102.
- Vidmar, Jure. « Territorial Integrity and the Law of Statehood ». *George Washington International Law Review* 44, n° 4 (2012): 697-748.
- Vité, Sylvain. « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations ». *International Review of the Red Cross* 91, n° 873 (mars 2009): 69-94.
- Waismann, F. « Verifiability ». *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes* 19 (1945): 119-50.
- Waldron, Jeremy. « Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues ». *California Law Review* 82, n° 3 (1994): 509-40.
- Waluchow, W. J. « The Many Faces of Legal Positivism ». *The University of Toronto Law Journal* 48, n° 3 (1998): 387-449.
- Watkin, Kenneth W. « Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflict in the 21st Century ». *Israel Defense Forces Law Review* 1 (2003): 69-96.
- Watkin, Kenneth. « Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict ». *American Journal of International Law* 98, n° 1 (2004): 1-34.
- Watkin, Kenneth. « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretive Guidance ». *New York University Journal of International Law and Politics* 42, n° 3 (2010 2009): 641-96.
- Wippman, David. « Military Intervention, Regional Organizations, and Host-State Consent Symposium: The United Nations, Regional Organizations, and Military Operations ». *Duke Journal of Comparative & International Law* 7, n° 1 (1997 1996): 209-40.
- Wolfrum, Rudiger, et Christiane E Philipp. « The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law ». *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002): 559-601.
- Wong, Isabella. « Authority to Consent to the Use of Force in Contemporary International Law: the Crimean and Yemeni Conflicts ». *Journal on the Use of Force and International Law* 6, n° 1 (2 janvier 2019): 52-82.

Zegveld, Liesbeth. « Commission Interamericaine Des Droits de l'homme et Droit International Humanitaire: Commentaire Sur l'affaire de Tablada ». *International Review of Red Cross* 80, n° 831 (1998): 543-50.

### Documents en ligne

Aljazeera, « Libya: Haftar's LNA says pulling back from Tripoli front lines » (20 may 2020), en ligne: < <https://www.aljazeera.com/news/2020/05/libya-haftar-lna-pulling-tripoli-front-lines-200520180907058.html> >.

Aljazeera, « Saudi-led coalition attacks Houthi positions in Yemen's Sanaa » (13 septembre 2020), en ligne : < <https://www.aljazeera.com/news/2020/9/13/saudi-led-coalition-attacks-houthi-positions-in-yemens-sanaa> >.

Amnesty international, « Yemen War: No End in Sight » (24 March 2020), en ligne: < <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/yemen-the-forgotten-war/> >.

BBC News, « Libya conflict: GNA regains full control of Tripoli from Gen. Haftar » (4 june 2020), en ligne: < <https://www.bbc.com/news/world-africa-52920373> >.

Global Rights Compliance, *Accountability for Mass Starvation: Starvation in Yemen*, Policy Brief, no. 4, 3 September 2019, en ligne: < <https://starvationaccountability.org/wp-content/uploads/2019/09/WPF-GRC-POLICY-BRIEF-Accountability-for-Starvation-Yemen-Sept-2019.pdf> >.

Human Rights Watch, « Yemen: events of 2019 », en ligne: < <https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/yemen> >.

Mohammed Mukhashaf « UAE carries out air strikes against Yemen government forces to support separatists » (August 29, 2019), Reuters, en ligne: < <https://www.reuters.com/article/us-yemen-security/uae-carries-out-air-strikes-against-yemen-government-forces-to-support-separatists-idUSKCN1VJ17F> >

President George Bush, Memorandum: Humane Treatment of Al-Qaeda and Taliban Detainees (7 février 2002), disponible en ligne: <https://www.aclu.org/other/memo-president-bush-white-house-senior-executive-branch-officials-regarding-humane-treatment>.

World Food Program, *Yemen: situation report no.8*, 31 August 2020, en ligne : < <https://www.wfp.org/publications/yemen-0> >.