Annuaire français de droit international

Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international – Seconde partie : droit applicable (*jus in bello*)

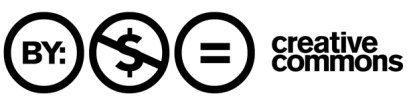
Raphaël Van Steenberghe

Citer ce document / Cite this document :

Van Steenberghe Raphaël. Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international – Seconde partie : droit applicable (*jus in bello*). In: Annuaire français de droit international, volume 63, 2017. pp. 37-91;

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2017_num_63_1_5365

Fichier pdf généré le 28/06/2022



Abstract

Recent foreign military interventions against international terrorism raise several questions with respect to international humanitarian law. Most of them concern the qualification of the hostilities between the intervening States and the terrorist groups and the identification of the rules of international humanitarian law applicable to those hostilities. Questions also arise about the geographical scope of application of such rules and the nature of the criminal prosecutions with respect to the people involved in the activities of the terrorist groups abroad. Different solutions may be given to answer those questions. The proposed approaches are intended to be consistent and are therefore mainly based on logic. Some of them imply a limited extension of international humanitarian law, in particular of the law of non-international armed conflict, while the other reject the applicability of some regulation considered as inappropriate.

Résumé

Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international soulèvent de nombreuses questions au regard du droit international humanitaire. Nombre d'entre elles concernent la qualification des hostilités opposant les États intervenants aux groupes terroristes ainsi que la détermination des règles de droit humanitaire applicables à ces hostilités. D'autres ont trait au champ d'application géographique de ces règles et à la nature des poursuites pénales susceptibles d'être exercées à l'encontre des personnes impliquées dans les activités des groupes terroristes à l'étranger. Diverses solutions sont certainement envisageables pour répondre à ces questions. Les approches en l'occurrence proposées se veulent cohérentes et reposent ainsi essentiellement sur des considérations d'ordre logique. Certaines d'entre elles envisagent une extension mesurée du droit international humanitaire, en particulier du droit des conflits armés non internationaux, tandis que d'autres écartent l'applicabilité de certaines réglementations jugées inappropriées.

BY: $ = creative commons

ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL
LXIII – 2017 – CNRS Éditions, Paris

LES INTERVENTIONS MILITAIRES ÉTRANGÈRES RÉCENTES CONTRE LE TERRORISME INTERNATIONAL

Seconde partie : droit applicable (*jus in bello*)

RAPHAËL VAN STEENBERGHE*

Résumé : Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international soulèvent de nombreuses questions au regard du droit international humanitaire. Nombre d'entre elles concernent la qualification des hostilités opposant les États intervenants aux groupes terroristes ainsi que la détermination des règles de droit humanitaire applicables à ces hostilités. D'autres ont trait au champ d'application géographique de ces règles et à la nature des poursuites pénales susceptibles d'être exercées à l'encontre des personnes impliquées dans les activités des groupes terroristes à l'étranger. Diverses solutions sont certainement envisageables pour répondre à ces questions. Les approches en l'occurrence proposées se veulent cohérentes et reposent ainsi essentiellement sur des considérations d'ordre logique. Certaines d'entre elles envisagent une extension mesurée du droit international humanitaire, en particulier du droit des conflits armés non internationaux, tandis que d'autres écartent l'applicabilité de certaines réglementations jugées inappropriées.

Abstract: Recent foreign military interventions against international terrorism raise several questions with respect to international humanitarian law. Most of them concern the qualification of the hostilities between the intervening States and the terrorist groups and the identification of the rules of international humanitarian law applicable to those hostilities. Questions also arise about the geographical scope of application of such rules and the nature of the criminal prosecutions with respect to the people involved in the activities of the terrorist groups abroad. Different solutions may be given to answer those questions. The proposed approaches are intended to be consistent and are therefore mainly based on logic. Some of them imply a limited extension of international humanitarian law, in particular of the law of non-international armed conflict, while the other reject the applicability of some regulation considered as inappropriate.

Les attentats perpétrés au nom de l'une des deux organisations « universellement » qualifiées de terroristes, à savoir Al-Qaida et le groupe autoproclamé État islamique, ou d'entités « affiliées » à ces deux organisations, se sont multipliés ces

(*) Chercheur qualifié FRS-FNRS, professeur à l'UCL et professeur invité à l'École Royale Militaire et à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas. L'auteur tient à remercier Pauline Lesaffre, doctorante à l'UCL, ainsi que Giulio Bartolini, professeur associé à l'Université de Rome III pour leurs commentaires au sujet de versions antérieures de cet article. Les propos qui y sont tenus ne sont bien entendu attribuables qu'à l'auteur.

dernières années [1]. Un grand nombre d'États, dont la plupart ont été victimes de tels attentats, se sont engagés militairement à l'étranger pour lutter contre ce terrorisme international. De telles interventions, désormais abondantes, soulèvent de nombreuses questions tant au niveau de leur fondement juridique (*jus ad bellum*) que du droit applicable aux situations de violence qui en découlent entre les États intervenants et les groupes terroristes (*jus in bello*). Le premier volet a fait l'objet d'un examen approfondi dans un précédent volume de l'*Annuaire* [2]. On y a décrit la pratique pertinente [3] et analysé celle-ci à l'aune du *jus ad bellum*. Il convient maintenant de s'interroger sur d'éventuels développements de cette pratique (I) et d'examiner les difficultés qu'elle pose au regard du *jus in bello* ou, autrement dit, du droit international humanitaire [4].

Une grande partie de ces difficultés résulte de l'élément extraterritorial qui caractérise les interventions étrangères récentes contre le terrorisme international. Les hostilités qui opposent les États intervenants aux groupes terroristes se produisent en effet sur le territoire d'un autre État, l'« État territorial ». Cet élément extraterritorial soulève ainsi plusieurs questions au sujet de la qualification de telles hostilités au regard du droit international humanitaire et de la détermination des règles applicables de ce droit. Trois principales questions doivent être examinées à cet égard, à savoir, celle relative à l'intervention de forces armées tierces en soutien à l'État territorial ou au groupe terroriste dans le conflit armé non international qui oppose cet État à ce groupe (II), celle de l'applicabilité aux interventions étrangères du Protocole additionnel II aux conventions de Genève (III) et celle concernant la situation spécifique où de telles interventions sont menées sans le consentement de l'État territorial (IV).

Un autre aspect qui pose question en raison de l'élément extraterritorial de ces interventions est le champ d'application géographique des règles de droit international humanitaire applicables. La pratique récente conduit en effet à s'interroger sur l'applicabilité de ces règles au-delà du lieu où se déroulent les hostilités actives, y compris, le cas échéant, sur le territoire des États intervenants (V).

On remarquera enfin que certaines difficultés soulevées par cette pratique récente sont également dues à la nature terroriste des groupes armés qui font l'objet des interventions étrangères. Elles concernent notamment les poursuites exercées à l'encontre des personnes impliquées dans ces groupes à l'étranger. Se

---

1. Voir, en ce qui concerne les qualifications d'« organisations *universellement* qualifiées de terroriste » et d'« entités *affiliées* à ces organisations », le premier volet de cette étude publié dans la présente revue en 2015 (R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Première partie : fondements juridiques (*jus ad bellum*) », cet *Annuaire*, 2015, pp. 146-147). Voir également, en ce qui concerne l'examen de la qualité étatique de l'« État islamique », R. VAN STEENBERGHE, « La légalité de la participation de la Belgique à la lutte armée contre l'État islamique en Irak », *Journal des tribunaux*, 2015, pp. 651-654. Il ne sera pas contesté ici que l'organisation terroriste n'a pas de statut étatique (voir également à ce sujet G. BARTOLINI, « Gli attacchi aerei in Siria, l'operazione *Inherent Resolve* e la complessa applicazione del diritto internazionale umanitario », *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2017, p. 391).

2. R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires… », *op. cit.*, pp. 145-198. Certaines références à des sites internet dans le premier volet de cette étude doivent être mises à jour. Voir not. la référence à la note 318 à la journée d'étude intitulée « Les nouveaux fondements du recours à la force : éthiques, juridiques et stratégiques », tenue à Poitiers le 6 avril 2016. Le contenu de cette journée d'étude est désormais disponible à l'adresse https://videotheque.univ-poitiers.fr/video.php?id=rz6wn7gc25nhzx4c4nvl&link=maa78x9yj68zozhq787q44q8r9ozfx.

3. Voir, en ce qui concerne cette pratique, *ibid*., pp. 148-161.

4. Cette étude ne prétend pas examiner l'ensemble de ces difficultés. Certaines d'entre elles, telles que les relations entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* en la matière ou, plus concrètement, la détention des personnes impliquées dans les activités des groupes terroristes, ne feront pas l'objet d'un examen spécifique en raison de contraintes d'espace.

pose en effet à cet égard la délicate question des rapports entre le droit international humanitaire et la législation anti-terroriste, tant nationale qu'internationale (VI).

I. – ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA PRATIQUE

La plupart des actions armées étrangères, ciblant Al-Qaida et l'État islamique ainsi que les entités affiliées à ces groupes terroristes, n'ont pas cessé depuis la publication de la première partie de cette étude. De telles actions continuent d'être menées au Mali et, plus largement, dans la bande sahélo-saharienne (A), au Nigéria et sur le territoire d'États voisins (B), en Somalie (C), en Libye et au Yémen (D) ainsi qu'en Irak et en Syrie (E).

A. *Mali et bande sahélo-saharienne*

Dans la bande sahélo-saharienne, les forces armées françaises poursuivent l'opération dénommée « Barkhane », dans le cadre de laquelle elles luttent contre les groupes armés affiliés à Al-Qaida, en particulier le MUJAO, AQMI, Ansar Dine et Al-Mourabitoune, ces trois dernières organisations terroristes ayant fusionné en mars 2017 sous le nom de « Groupe de soutien à l'islam et aux musulmans » [5]. Les opérations militaires françaises semblent principalement menées, de nos jours, sur le territoire malien [6] ainsi qu'au Niger [7] et au Burkina Faso [8], conjointement avec les armées de ces États, même si le rayon d'action de l'opération « Barkhane » ne se limite pas à ceux-ci et comprend théoriquement le territoire des cinq États membres de l'organisation régionale « G5-Sahel », incluant également la Mauritanie et le Tchad [9].

De leur côté, ces cinq États ont récemment décidé de la mise en place immédiate d'une force régionale, la force conjointe du G5 Sahel [10], dont ils avaient prévu la création en novembre 2015 [11] et dont l'objectif principal est de combattre le terrorisme dans la région. Le déploiement de cette force, avec un effectif pouvant atteindre 5 000 personnes, a été autorisé par l'Union africaine le 13 avril 2017 [12] et « accueilli avec satisfaction » par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans

---

5. Voir S/RES/2359 (2017), préambule. Voir également « Les groupes djihadistes s'unissent au Sahel », *Le Monde*, 4 mars 2017.

6. Voir not. « La force Barkhane intervient contre des groupes armés terroristes dans la forêt de Serma », *Ministère de la Défense*, 2 juin 2017, https://www.defense.gouv.fr/operations/operations/sahel/actualites/la-force-barkhane-intervient-contre-des-groupes-armes-terroristes-dans-la-foret-de-serma.

7. Voir not. « La France engagée dans une opération militaire au Niger après une attaque 'terroriste' », *Le Figaro*, 5 octobre 2017.

8. Voir not. « La force Barkhane intervient contre des groupes armés terroristes dans la forêt de Foulsaré », *Ministère de la Défense*, 5 mars 2017, https://www.defense.gouv.fr/operations/operations/sahel/actualites/la-force-barkhane-intervient-contre-des-groupes-armes-terroristes-dans-la-foret-de-foulsare-actualise.

9. Voir not., au sujet de cette organisation, R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires… », *op. cit.*, p. 150, n. 21.

10. Résolution n° 00-01/2017 relative à la création d'une force conjointe du G5 Sahel, Bamako, 6 février 2017, http://www.g5sahel.org/images/Docs/R%C3%A9solutions_force_conjointe__05_02_20171.docx.

11. Communiqué final du sommet des chefs d'État du G5 Sahel, 20 novembre 2015, http://www.unodc.org/documents/westandcentralafrica//G5S_Communique_final_Sommet_NDjamena_2015.pd.

12. Communiqué du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, PSC/PR/COMM (DCLXXIX), 13 avril 2017, point 11.

sa résolution 2 359 [13]. Officiellement lancée le 2 juillet 2017 [14], elle a déjà mené plusieurs opérations [15]. Les États bénéficient dans ce cadre d'un droit de poursuite de 50 kilomètres au-delà de leurs frontières respectives [16].

Cette force n'est toutefois pas encore pleinement opérationnelle. Seuls les contingents maliens, nigériens et burkinabés ont jusqu'à présent été déployés et ont participé aux opérations [17]. Celles-ci sont par ailleurs toujours menées conjointement avec les armées françaises, dans la lignée des opérations transfrontières conduites jusque-là en dehors du cadre de cette force [18]. La pérennisation de son financement pose enfin question, même si elle a récemment fait l'objet de promesses de soutiens financiers significatifs, en particulier de la part de l'Union européenne, permettant de couvrir intégralement ses frais de fonctionnement pour l'année à venir [19].

B. *Nigéria et États voisins*

Le problème du financement se pose également au sujet de la poursuite des activités d'une autre force régionale africaine [20], la force multinationale mixte (FMM), dont l'objectif consiste à lutter contre l'organisation terroriste « Boko Haram », qui a prêté allégeance à l'État islamique et mène des actions terroristes au Nigéria ainsi que sur le territoire des États voisins, à savoir le Tchad, le Cameroun et le Niger. En janvier 2015, ces États membres de la Commission du Bassin du Lac Tchad avaient décidé, avec le Bénin, de réactiver et d'accroître les capacités militaires de cette force multinationale créée en 1998 [21]. La décision avait été endossée par l'Union africaine le même mois [22].

Contrairement aux contingents de la force « G5 Sahel », ceux de la FMM ont tous été officiellement déployés. Cette force est ainsi présentée de nos jours comme pleinement opérationnelle [23]. Elle a mené de nombreuses opérations anti-terroristes d'envergure et a engrangé des résultats notables [24], les États bénéficiant également,

---

13. S/RES/2359 (2017), §§ 1-2.

14. Voir not. « Le G5 Sahel, une force antiterroriste balbutiante », *Le Monde*, 1er juillet 2017.

15. Voir not. « La force du 'G5 Sahel' a lancé sa première opération », *Reuters*, 2 novembre 2017, https://fr.reuters.com/article/topNews/idFRKBN1D218P-OFRTP; « La force du G5 Sahel accélère le tempo avec une deuxième opération », *Libération*, 15 janvier 2018.

16. Voir not. « La force conjointe G5 Sahel et l'Alliance pour le Sahel », janvier 2018, https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/defense-et-securite/crises-et-conflits/la-force-conjointe-g5-sahel-et-l-alliance-pour-le-sahel/.

17. Voir not. « La force conjointe G5 Sahel et l'Alliance pour le Sahel », *précit*.

18. Voir not. *supra*, n. 6 à 8.

19. Voir not. « Le financement de la force du G5 Sahel assuré, mais pour un an seulement », *Le Monde*, 23 février 2018.

20. Voir not. à ce sujet le communiqué de presse du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine du 18 avril 2017, PSC/PR/BR. (DCLXXX), p. 2.

21. « Réunion des ministres des Affaires étrangères et de Défense sur la sécurité au Nigeria 'Lutte contre Boko Haram' », 20 janvier 2015, http://www.peaceau.org/uploads/relevu00e9-de-conclusions-boko-haram-rev3.pdf, § 11.

22. « Communiqué de la 484e réunion du CPS sur le groupe terroriste Boko Haram », 29 janvier 2015, http://www.peaceau.org/fr/article/communique-de-la-484eme-reunion-du-cps-sur-le-groupe-terroriste-boko-haram.

23. Voir not. « Assessing the Multinational Joint Task Force against Boko Haram », *Institute for Security Studies*, septembre 2016, https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/war19.pdf, p. 9, n. 55.

24. Voir not. à ce sujet la dernière décision du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine au sujet du renouvellement de la FMM, Communiqué, PSC/PR/Comm. (DCCXXXVIII), 7 décembre 2017, §§ 3 et 6.

dans le cadre de cette force, d'un droit de poursuivre les auteurs d'actes terroristes sur le territoire des États participants voisins [25].

Cela étant, il n'est pas toujours aisé d'établir si les contingents impliqués dans les opérations anti-terroristes le sont dans tous les cas au nom de cette force ou seulement de l'État dont ils relèvent [26]. On constate à cet égard que des actions armées étrangères ont été menées individuellement par les États, en dehors de la FMM, sur la base d'une invitation de l'État victime d'attaques perpétrées par Boko Haram [27]. De manière générale, la FMM fait face à des problèmes en termes non seulement de financement mais également de coordination entre les États participants [28], probablement dus à la méfiance qui caractérise encore les relations entre ces États. De son côté, l'organisation terroriste continue d'être particulièrement active, malgré les tensions qui la traversent. Elle s'est en effet scindée en différentes factions depuis qu'en août 2016, l'État islamique a unilatéralement désigné un nouveau chef comme représentant de l'organisation [29].

C. *Somalie*

Une autre force régionale, l'AMISOM, directement créée par l'Union africaine, est également engagée sur le sol africain contre le terrorisme international, en l'occurrence le groupe armé Al-Shabaab, depuis 2012. L'AMISOM, composée de contingents ougandais, burundais, kenyans, éthiopiens et djiboutiens, continue de mener à l'heure actuelle des opérations offensives contre l'organisation terroriste en Somalie. Cela dit, les États contributeurs ont récemment exprimé le souhait de retirer progressivement leurs contingents de la force africaine [30].

Ce désengagement africain contraste avec l'intensification récente de l'intervention des États-Unis dans le conflit contre Al-Shabaab. L'implication américaine a en effet connu un tournant sur le terrain en mars 2016. Alors que les frappes aériennes des États-Unis visaient généralement des individus isolés, membres d'Al-Shabaab, les opérations menées en mars 2016 avaient pour objectif des camps d'entraînement et ont occasionné de nombreuses pertes dans les rangs de l'organisation terroriste [31]. Les raids militaires terrestres se sont également fortement intensifiés dès 2016 [32]. Ce changement d'attitude transparaît par ailleurs dans les récentes décisions prises par l'administration américaine au sujet de la Somalie

---

25. Voir not. « Assessing the Multinational Joint Task Force against Boko Haram », *précit.*, p. 14, n. 8. Ce droit ne peut en l'occurrence être exercé au-delà de 25 km sur le territoire des États voisins.

26. Voir not. « Assessing the Multinational Joint Task Force against Boko Haram », *précit.*, pp. 10-11.

27. Voir not. « Boko Haram : 'Le Monstre s'est reconstruit', selon Hassoumi Messaoudou (Niger) », 17 juin 2016, http://www.rfi.fr/emission/20160617-hassoumi-niger-boko-haram-monstre-reconstruit-bosso-offensive.

28. Voir not. « Can the Joint Task Force against Boko Haram Stay in the Course? », *Institute for Security Studies*, 13 janvier 2017, https://issafrica.org/iss-today/can-the-joint-task-force-against-boko-haram-stay-the-course.

29. Voir not. « Les rêves de conquête de Bana Blachera, le nouveau chef de Boko Haram », *Le Monde*, 9 juin 2016.

30. Voir not. « Troop and Police Contributing Countries Call for the Development of an AMISOM Exit Plan », Press release, 3 juillet 2017, http://www.peaceau.org/uploads/auc-pr-somalia-04-07-2017.pdf ; communiqué du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, PSC/PR/COMM.(DCC), 12 juillet 2017, § 12.

31. Voir not. « Statement from Pentagon Press Secretary Peter Cook on Airstrike in Somalia », 7 mars 2016, https://www.defense.gov/News/News-Releases/News-Release-View/Article/687305/statement-from-pentagon-press-secretary-peter-cook-on-airstrike-in-somalia/; Question to the Pentagon from Charlie Savage (Mar. 8, 2016), Answer from Lt. Col. Joe Sowers, 10 mars 2016, https://assets.documentcloud.org/documents/2757459/Shabab-DOD-Statement.pdf.

32. Voir not. « Trump Eases Combat Rules in Somalia Intended to Protect Civilians », *New York Times*, 30 mars 2017.

et d'Al-Shabaab, en particulier. Le gouvernement américain a en effet décidé de qualifier certaines parties du territoire somalien de « zones d'hostilités actives » [33]. Cette qualification permet de soustraire les forces américaines à certaines directives politiques des États-Unis applicables dans la conduite des opérations militaires contre les groupes terroristes [34]. Ces directives, qui limitent notamment l'usage de la force létale, ne sont en effet applicables que dans les zones situées « *outside of the United States and areas of active hostilities* » [35]. D'autre part, les autorités américaines ont décidé de qualifier Al-Shabaab dans son ensemble de « force associée » à Al-Qaida [36]. Cette qualification est nécessaire, comme on le verra en détail plus loin, pour que ce groupe terroriste figure parmi les groupes contre lesquels le président américain peut décider d'utiliser la force conformément à une autorisation donnée par le Congrès en septembre 2001.

D. *Libye et Yémen*

Un changement d'attitude similaire des autorités américaines apparaît en ce qui concerne les interventions des États-Unis en Libye contre l'État islamique et au Yémen contre cette même organisation et AQPA [37]. Contrairement à Al-Shabaab, les deux organisations terroristes sont certes déjà considérées comme des « forces associées » à Al-Qaida au sens du droit américain depuis plusieurs années. Toutefois, comme dans le cas somalien, ce n'est que récemment que les autorités américaines ont décidé de qualifier certaines parties de la Libye [38] et du Yémen [39] comme « zones d'hostilités actives » et d'intensifier leurs opérations militaires dans les deux pays, à savoir, dès l'été 2016 en Libye [40] et dès janvier 2017 au Yémen [41].

Dans le cas particulier de la Libye, cette intensification a déjà pris fin. Elle concernait en effet principalement la ville de Syrte et avait pour objectif de soutenir les autorités libyennes dans leur reconquête de la ville prise par l'État islamique en juin 2015. La ville ayant été reconquise en décembre 2016 [42], les États-Unis ont décidé de retirer Syrte de la liste des « zones d'hostilités actives » [43]. Ils continuent

---

33. Voir not. « Trumps Grants U.S. Military More Authority to Attack Militants in Somalia », *Reuters*, 30 mars 2017.

34. Voir « Procedures for Approving Direct Action Against Terrorist Targets Located Outside the United States and Areas of Active Hostilities » (Presidential Policy Guidance), 22 mai 2013, https://fas.org/irp/offdocs/ppd/ppg-procedures.pdf.

35. *Ibid.*

36. Voir not. « Obama Expands War with Al Qaeda to Include Shabab in Somalia », *New York Times*, 27 novembre 2016.

37. Alors que les interventions des États-Unis au Yémen étaient initialement limitées à AQPA, elles se sont par la suite étendues à des groupes armés affiliés à l'État islamique, ayant profité de la guerre civile au Yémen pour s'y installer (voir not. en ce sens « U.S. Ramps up Air War against Islamic State in Yemen as Fight Subsides in Iraq and Syria », *Washington Times*, 30 octobre 2017).

38. Voir not. à ce sujet « Obama Expands War With Al Qaeda to Include Shabab in Somalia », *précit*.

39. Voir not. à ce sujet « Trump Administration Is Said to Be Working to Loosen Counterterrorism Rules », *New York Times*, 12 mars 2017.

40. Voir not. « U.S. Strikes Help Libyan Forces Against ISIS in Surt », *New York Times*, 2 août 2016 ; « Statement by Pentagon Press Secretary Peter Cook on US Air Strike in Libya », 1er août 2016, https://www.defense.gov/News/News-Releases/News-Release-View/Article/881794/statement-by-pentagon-press-secretary-peter-cook-on-us-air-strike-in-libya/.

41. Voir not. « Au Yémen, les États-Unis intensifient leur campagne contre Al-Qaida », *Le Monde*, 7 mars 2017 ; « Statement by Pentagon Spokesman Capt. Jeff Davis on U.S. Strikes against AQPA in Yemen », 2 mars 2017, https://www.defense.gov/News/News-Releases/News-Release-View/Article/1100244/statement-by-pentagon-spokesman-capt-jeff-davis-on-us-strikes-against-aqap-in-y/.

42. Voir not. « Libye : l'État islamique vaincu à Syrte, après six mois de combats », *Le Monde*, 5 décembre 2016.

43. Voir not. « US Remove Libya from List of Zones With Looser Rules for Drone Strikes », *New York Times*, 20 janvier 2017.

néanmoins de mener des attaques en territoire libyen [44], qui visent uniquement l'État islamique et non plus Ansar Al-Charia, un groupe armé affilié à Al-Qaida, dissous en mai 2017 [45]. Ces attaques s'appuient par ailleurs toujours sur le consentement des autorités libyennes, qui ne sont plus celles de Tobrouk, gouvernement rival de celui de Tripoli, mais le gouvernement d'entente nationale, établi en mars 2016 et largement reconnu comme le seul gouvernement légitime de la Libye [46], malgré les contestations internes à son encontre [47].

E. *Irak et Syrie*

Des opérations militaires intensives continuent d'être menées de nos jours contre l'État islamique en Irak et en Syrie par des États étrangers. Elles ont permis de réduire significativement l'emprise territoriale de l'organisation terroriste. De nombreux États sont impliqués, que ce soit indirectement, en fournissant un soutien logistique ou des services de reconnaissance et de renseignements [48], ou directement, le plus souvent au moyen de frappes aériennes [49]. Certains États participent également à des opérations terrestres offensives mais ces dernières sont généralement limitées, soit que les forces étrangères sont déployées dans le seul but de soutenir militairement des offensives conduites par des forces locales, comme ce fut le cas pour la libération de certaines villes importantes occupées par l'État islamique, telles que Raqua et Mossoul [50], soit que ces opérations consistent uniquement dans des raids ponctuels ciblant certains membres de l'organisation terroriste [51].

Une opération terrestre de grande envergure a néanmoins été récemment entreprise par la Turquie en territoire syrien. Le 24 août 2016, les forces armées turques se sont en effet déployées dans le nord de la Syrie pour lutter contre l'État

---

44. Voir not. « US Precision Airstrikes Kill 17 ISIS Militants in Libya », 25 septembre 2017, https://www.defense.gov/News/Article/Article/1323712/us-precision-airstrikes-kill-17-isis-militants-in-libya/; « U.S. Conducts Precision Strikes in Libya », 24 septembre 2017, http://www.africom.mil/media-room/pressrelease/29924/u-s-conducts-precision-strikes-in-libya ; « U.S. Conducts Precision Strikes in Libya », 28 septembre 2017, http://www.africom.mil/media-room/pressrelease/29954/u-s-conducts-precision-strikes-in-libya ; « U.S. Conducts Airstrikes in Coordination with the Libyan Government of National Accord », 21 novembre 2017, http://www.africom.mil/media-room/pressrelease/30110/u-s-conducts-airstrikes-in-coordination-with-the-libyan-government-of-national-accord.

45. Voir not. « Libye : l'organisation terroriste Ansar Al-Charia annonce sa dissolution », *Le Monde*, 28 mai 2017.

46. Voir not. S/RES/2259 (2015), § 3 ; S/RES/2376 (2017), préambule, al. 3. Voir également la position de l'UE, résultats de la session du Conseil, 3460e session, Luxembourg, 18 et 19 avril 2016, http://www.consilium.europa.eu/media/22903/st08022fr16.pdf, p. 6, point 3.

47. Voir not. « À Tripoli, le gouvernement d' 'Union nationale' ouvertement défié », *Le Monde*, 14 janvier 2017.

48. Voir not., au sujet des contributions de l'Allemagne à la lutte contre l'État islamique, « Germany joins anti-ISIS military campaign », *The Guardian*, 4 décembre 2015, ainsi que de l'Italie, « The Italian Contribution to the Global Coalition against Daesh », 4 octobre 2016, http://theglobalcoalition.org/en/the-italian-contribution-to-the-global-coalition-against-daesh/.

49. Voir en particulier les interventions de la Russie, des États-Unis, du Royaume-Uni et de la France. Plusieurs États ont mis fin à leurs missions aériennes contre l'État islamique, notamment le Canada (« Le Canada met fin aux frappes contre l'EI en Syrie et en Irak », *Le Figaro*, 8 décembre 2016), la Belgique (« Les F-16 sont revenus de Jordanie », *La Défense*, 3 janvier 2018) et le Danemark (« Le Danemark va retirer ses F-16 qui bombardent l'EI », *Le Figaro*, 2 décembre 2016).

50. Voir not. à ce sujet « Irak : Washington annonce l'envoi de soldats supplémentaires avant l'offensive de Mossoul », *Le Monde*, 11 juillet 2016 ; « US Marines Sent to Syria to Help Assault on Isis' Raqqa Stronghold », *The Independent*, 9 mars 2017.

51. Voir not. à ce sujet « US Announces 'Expeditionary Force' to Target ISIS in Iraq and Syria », *The Guardian*, 1er décembre 2015 ; « Commando Raids on ISIS Yield Vital Data in Shadowy War », *New York Times*, 25 juin 2017.

islamique et le PKK, une autre organisation qualifiée de terroriste par la Turquie [52]. Elles ont ainsi occupé plusieurs localités syriennes. L'offensive a officiellement pris fin le 27 mars 2017, sans que l'on sache si les forces turques se sont (totalement) retirées de la Syrie [53].

Le régime syrien n'a pas consenti à une telle intervention, qu'il a qualifiée d'agression [54]. De manière générale, bien que ne s'y étant pas expressément opposé pendant une certaine période, entre août 2014 et septembre 2015, il continue de contester régulièrement, depuis lors, les interventions étrangères menées sur son territoire sans son consentement pour lutter contre le terrorisme international, en particulier celles de la coalition internationale agissant sous l'égide des États-Unis contre l'État islamique [55]. Le cas syrien se distingue à cet égard clairement de tous les autres précédents, dans lesquels de telles interventions étrangères ont généralement été consenties, voire sollicitées, par l'État sur le territoire duquel elles ont eu lieu [56].

II. – SOUTIEN AUX PARTIES À UN CONFLIT ARMÉ NON INTERNATIONAL PRÉEXISTANT

Les difficultés que soulèvent les interventions étrangères récentes contre le terrorisme international par rapport au droit international humanitaire concernent tout d'abord la qualification des hostilités entre les États intervenants et les groupes terroristes au regard de ce droit et la détermination des règles en l'occurrence applicables. Les deux questions, celle de la qualification et celle du droit applicable, sont intrinsèquement liées, la seconde dépendant de la première. En effet, il n'est pas contesté que la plupart des règles du droit international humanitaire ne s'appliquent que dans les situations de violence qualifiées de conflit armé [57]. Par ailleurs, l'étendue de leur application varie selon que le conflit est qualifié d'international ou non : toutes les règles s'appliquent aux conflits armés internationaux tandis que seule une partie d'entre elles régissent les conflits armés non internationaux. Cette différence de réglementation est particulièrement manifeste au niveau des traités de droit international humanitaire. Il est vrai que les juridictions internationales ont significativement réduit le fossé conventionnel qui existait entre les deux types de réglementations en identifiant une série de règles coutumières

52. Voir S/2016/739, 25 août 2016. Voir également « Des chars turcs sont entrés en Syrie et ouvrent un nouveau front face à l'État islamique », *Le Monde*, 3 septembre 2016.

53. Voir not. « La Turquie annonce la fin de son opération militaire dans le nord de la Syrie », *Le Monde*, 29 mars 2017. Voir également, au sujet du maintien des troupes en Syrie, « Syria: Who controls What? », *Al Jazeera*, 20 novembre 2017, et des activités menées par la Turquie en territoire syrien, (H. HAID, « Post-ISIS Governance in Jarablus: A Turkish-led Strategy », Research Paper, Chatham House, 26 septembre 2017).

54. Voir S/2016/745, 30 août 2016, p. 1.

55. Voir not. S/2016/343, 20 avril 2016 ; S/2016/616, 18 juillet 2016 ; S/2016/741, 30 août 2016 ; S/2016/820, 30 septembre 2016 ; S/2016/858, 12 octobre 2016 ; S/2017/183, 7 mars 2017 ; S/2017/457, 31 mai 2017. La Russie continue par contre d'intervenir en Syrie sur la base du consentement des autorités syriennes (« Russia's Most Advanced Fighter Arrives in Syria », *CNN*, 24 février 2018).

56. Voir néanmoins l'attaque menée par les États-Unis contre l'État islamique en Libye le 19 février 2016 et, à ce sujet, R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires… », *op. cit.*, p. 153.

57. Certaines règles, peu nombreuses, du droit international humanitaire s'appliquent toutefois déjà en temps de paix ; voir not. les règles relatives à la diffusion du droit international humanitaire.

applicables aux conflits armés non internationaux [58], s'ajoutant à celles prévues dans les traités. Néanmoins, des différences majeures subsistent.

Ces différences concernent principalement le « droit de Genève », relatif à la protection des personnes tombées entre les mains de l'ennemi. Les plus notables sont le droit de l'occupation [59] et le statut du combattant, lesquels sont en effet applicables uniquement en temps de conflit armé international. Le statut de combattant implique non seulement l'octroi du statut protecteur de prisonnier de guerre en cas de capture mais également le privilège du combattant, qui consiste dans une immunité de poursuite pénale pour tous les actes licites de guerre [60]. En ce sens, les membres des forces armées parties à un conflit armé non international et, en particulier, les membres des groupes armés sont susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales pour tous les actes de participation au conflit [61], même lorsque ces actes respectent les prescrits du droit international humanitaire [62].

Des différences, certes moins significatives, entre les deux réglementations existent néanmoins toujours également dans le domaine du « droit de La Haye », régissant la conduite des hostilités. Il en va ainsi notamment de la protection spéciale de l'environnement, dont l'application dans les conflits armés non internationaux reste discutée [63], de la réglementation des représailles, qui varie selon le type de conflit [64], ainsi que de l'étendue des crimes de guerre, particulièrement ceux prévus dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui sont significativement plus nombreux en ce qui concerne les conflits armés internationaux [65].

Il est donc toujours pertinent de nos jours de chercher à qualifier une situation de violence de conflit armé international ou non international afin de déterminer les règles de droit international humanitaire applicables à cette situation. Il est bien établi à cet égard que la nature des parties au conflit constitue un élément déter-

---

58. Voir not., en ce qui concerne par exemple les principes de proportionnalité et de précaution dans les conflits armés non internationaux, TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et consorts*, jugement du 14 janvier 2000, IT-95-16-T, § 524.

59. Ce droit est principalement régi par la Convention de La Haye IV de 1907 et la Convention de Genève IV de 1949.

60. Voir not. l'article 1er du Règlement de La Haye, annexé à la Convention IV de La Haye de 1907 ; l'article 4 de la Convention de Genève III et l'article 44 du Protocole additionnel I aux conventions de Genève.

61. Ils pourront être poursuivis au titre d'infractions spécifiques comme la rébellion ou au titre d'infractions de droit commun comme le meurtre, les coups et blessures ou la destruction de biens. Comme on le verra en détail plus loin, ils pourraient néanmoins échapper à des poursuites pour infractions terroristes (voir *infra*, VI, B). De manière plus générale, ils pourront échapper à toute poursuite pénale s'ils bénéficient d'une cause d'extinction de l'action publique telle que l'amnistie, comme le recommande l'article 6, 5) du Protocole additionnel II aux conventions de Genève de 1949 s'agissant de tout acte de participation aux hostilités conforme au droit international humanitaire. Cette disposition résulte des discussions initiées par le Comité international de la Croix-Rouge au sujet du risque que l'absence de privilège de combattant dans le chef des groupes armés et, partant, la possibilité qu'ils soient de toute façon poursuivis pénalement en raison de leur participation au conflit ne réduisent significativement leur motivation à respecter les prescrits du droit international humanitaire (voir not., à ce sujet, M. SASSÒLI, « Taking Armed Groups Seriously : Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law », *International Humanitarian Legal Studies*, 2010, p. 26).

62. On doit constater dans la pratique que plusieurs attaques menées au nom de l'État islamique ont visé des forces armées des États intervenant sur leur territoire ; voir not. à ce sujet « Deux Niçoises écrouées pour avoir voulu commettre un attentat », *Le Monde*, 25 septembre 2016.

63. Voir not. à cet égard J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 208-209.

64. Voir not. à ce sujet J. DE HEMPTINNE, « Chapter 29. Prohibition of Reprisals », *in* A. CLAPHAM, P. GAETA et M. SASSÒLI (eds.), *The 1949 Geneva Conventions. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 587-591.

65. Comp. l'article 8, § 2, a) et b) (contenant la liste des crimes de guerre sanctionnables dans les conflits armés internationaux) avec le même article, § 2, c) et e) (contenant la liste des crimes de guerre sanctionnables dans les conflits armés non internationaux)

minant permettant de distinguer entre les deux types de conflits. Le conflit armé international est en principe celui qui voit s'affronter deux ou plusieurs États [66] ou organisations internationales [67], tandis que le conflit armé non international suppose une lutte dont l'une des parties au moins est un groupe armé. Ce second type de conflit implique par ailleurs que deux critères de base soient réunis, à savoir un niveau suffisant d'organisation des parties aux conflits [68] et un certain degré d'intensité des hostilités entre ces parties [69]. Dans l'ensemble des interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international, force est de constater l'existence d'hostilités, désormais le plus souvent intenses, opposant des États, en l'occurrence étrangers, à des groupes armés, qui présentent généralement un certain degré d'organisation. Ces hostilités paraissent donc qualifiables de conflit armé non international. Conformément à l'opinion doctrinale majoritaire, cette qualification demeure valable même si le groupe armé est considéré (universellement) comme terroriste [70] et si le conflit se déroule sur le territoire d'un État étranger [71].

---

66. Voir, pour une définition du conflit armé international, l'article 2 commun aux quatre conventions de Genève de 1949.

67. La pratique récente en matière de lutte armée contre le terrorisme international ne présente pas de cas de conflits armés auxquels seraient parties des organisations internationales plutôt que seulement les États membres de telles organisations. Il est vrai que plusieurs forces régionales, en l'occurrence la force conjointe du G5 Sahel, la FMM et l'AMISOM, ont été créées dans le cadre d'institutions ou d'organisations internationales et ont mené des opérations militaires contre des groupes terroristes affiliées à Al-Qaida ou à l'État islamique (voir *supra*, I, respectivement, A, B et C). Plusieurs éléments paraissent toutefois indiquer que les États conservent (au moins en partie) un contrôle sur leurs contingents déployés dans le cadre de ces forces et que la fonction première du commandement régional est de coordonner plutôt que de diriger de manière exclusive ces contingents nationaux (voir not., au sujet du rôle de ce critère du contrôle dans l'identification des parties (organisation internationale *versus* États membres) à un conflit armé, R. KOLB, G. PORRETTO et S. VITÉ, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations provisoires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 151-173). On constate notamment que les contingents de certaines de ces forces, en l'occurrence la force conjointe du G5-Sahel et la FMM, sont essentiellement déployés sur le territoire de l'État dont ils relèvent (voir. not., en ce qui concerne la FMM, « Regional effort to fight Boko Haram », Parlement européen, février 2017, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599274/EPRS_ATA(2017)599274_EN.pdf, p. 2) et ne sont autorisés, comme on le sait, à intervenir sur le territoire d'un État voisin que conformément au droit de poursuite qui leur a été accordé (*supra*, n. 16 et 25). Par ailleurs, les contingents de ces forces doivent faire rapport non seulement au commandement régional mais également au commandement national (voir interview d'un officier de l'armée nigérienne en fonction, 6 mars 2018, Bruxelles, inédit). L'absence de confiance mutuelle entre les États membres de la Commission du Bassin du Lac Tchad explique le maintien d'un contrôle national en ce qui concerne la FMM (*ibid.*). De son côté, l'AMISOM regroupe certes des contingents nationaux qui sont déployés à l'étranger mais le secteur dans lequel ces contingents se trouvent relève en principe du commandement de leur État (voir. not., en ce qui concerne l'AMISOM, M. ODZOLO-MODO, « Les opérations de paix conduites par les organisations régionales africaines », *Paix et sécurité européenne et internationale,* 2016, http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=895#tocto3n4 ; « La composante militaire », http://amisom-au.org/fr/mission-profile/military-component/).

68. Voir not., au sujet de ce critère d'organisation, CPI, *Procureur c. Katanga et Consorts*, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008, § 239 ; TPIY, *Procureur c. Haradinaj*, IT-4-84-T, 3 avril 2008, § 32.

69. Voir not., au sujet de ce critère, CPI, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007, §§ 229-237 ; TPIY, *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, 7 mai 1997, § 562.

70. Il importe en effet peu que le groupe soit considéré, même universellement, comme terroriste, pourvu qu'il présente un niveau suffisant d'organisation pour être qualifiable de partie à un conflit armé au sens du droit international humanitaire. Voir not. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions française et africaine au Mali au nom de la lutte armée contre le terrorisme », *Revue Générale de Droit International Public*, 2014, pp. 273-302.

71. Voir not. D. AKANDE, « Classification of Armed Conflicts : Relevant Legal Concepts », *in* E. WILMSHURST (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, pp. 62-63 ; J. PEJIC, « Extraterritorial Targeting by Means of Armed Drones : Some Legal Implications », *International Review of the Red Cross*, 2015, pp. 15-16 ; *Foreign Fighters under International Law*, Geneva Academy, 2014. Néanmoins, comme on le verra, d'aucuns soutiennent l'existence d'un conflit armé international parallèle à ce conflit lorsque l'intervention n'est pas consentie par l'Etat territorial (voir *infra*, IV).

Cet élément extraterritorial n'en soulève pas moins certaines difficultés en matière de qualification. La première concerne l'exigence d'intensité requise pour qualifier une situation de violence de conflit armé non international. Cette exigence est en effet remise en question dans toutes les situations où un État ou des groupes terroristes interviennent dans un conflit armé non international préexistant en soutien, respectivement, à l'État territorial ou aux groupes terroristes parties à ce conflit. Il existe de nombreuses situations de ce type dans la pratique récente en matière de lutte armée étrangère contre le terrorisme international. Plusieurs États sont en effet intervenus à la demande de l'État territorial en vue de soutenir celui-ci dans le cadre du conflit armé non international qui l'opposait aux groupes terroristes, les cas les plus notables étant les interventions de la France au Mali [72] ou de la coalition internationale en Irak [73]. D'un autre côté, certains États, en particulier les États-Unis [74], considèrent que des groupes terroristes, comme AQPA ou Al-Shabaab, interviennent en soutien à un autre groupe armé, en l'occurrence Al-Qaida, contre lequel ils sont déjà engagés dans un conflit armé non international depuis les attentats du 11 septembre 2001. Dans de telles situations, d'aucuns estiment qu'il conviendrait non pas de chercher à établir si les actions hostiles des forces armées tierces, intervenant en soutien aux parties à un conflit armé non international préexistant, sont suffisamment intenses pour être à l'origine d'un conflit armé non international distinct mais uniquement de vérifier si le soutien est tel qu'il permette de considérer ces forces comme de nouvelles parties à ce conflit préexistant, au côté, selon les cas, de l'État territorial ou d'un autre groupe armé [75]. Autrement dit, un tel soutien ne devrait pas être envisagé comme un acte d'hostilité autonome, susceptible de générer un nouveau conflit armé non international mais plutôt comme un acte de participation au conflit préexistant. La principale conséquence est que les forces intervenantes deviendraient parties à un conflit armé non international, et leurs membres des cibles légitimes aussi longtemps qu'elles appartiennent à ces forces [76], sans que leurs actions hostiles ne doivent atteindre le seuil d'intensité requis pour l'émergence d'un nouveau conflit de cette nature.

Une telle approche ne semble pas dénuée de pertinence. Il ne faut en effet pas perdre de vue que les critères de base des conflits armés non internationaux, dont celui d'intensité, visent à distinguer les situations de troubles intérieurs, relevant du registre du maintien de l'ordre et auxquelles s'applique le droit national, des situations relevant du registre des conflits armés, auxquelles s'applique le droit

---

72. Voir R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires… », *op. cit.*, p. 148.

73. *Ibid.*, p. 157.

74. Voir *infra*, n. 95.

75. Voir not., s'agissant du soutien fourni par un État à un autre État, J. E. PARKERSON, « United States Compliance with Humanitarian Law Respecting Civilians During Operation Just Cause », *Military Law Review*, 1991, p. 42 ; N. LUBELL, « The War (?) against Al-Qaeda », *in* E. WILMHURST (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 438 ; B. R. FAIRLEY, « Targeting Anwar al-Aulaqi: a Case Study in U.S. Drone Strikes and Targeted Killing », *National Security Law Brief*, 2011, p. 73 ; V. KOUTROULIS, « The Fight Against the Islamic State and *Jus in Bello* », *Leiden Journal of International Law*, 2016, p. 6 ; C. YEYNS, D. AKANDE, L. HILL-CAWTHORNE et Th. CHENGETA, « The International Law Framework Regulating The Use of Armed Drones », *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, p. 806 ; L. ARIMATSU et M. CHOUDHURY, « The Legal Classification of the Armed Conflicts in Syria, Yemen and Libya », Chatham House, International Law PP 2014/01, mars 2014, p. 31 ; voir également la théorie de la « *support based approach* » du CICR, exposée en détail *infra*, n. 87 ; *contra* : N. ZAMIR, *Classification of Conflicts in International Humanitarian Law. The Legal Impact of Foreign Intervention in Civil Wars*, Elgar, 2017, pp. 88-93. Voir not., s'agissant du soutien fourni par un groupe armé à un autre groupe armé, N. LUBELL, « Fragmented Wars : Multi-Territorial Military Operations against Armed Groups », *International Law Studies*, 2017, p. 242 ; voir également la doctrine américaine relative à la notion de « forces associées », exposée en détail *infra*, n. 95.

76. Ils ne constitueraient donc pas des cibles légitimes uniquement le temps de leur participation directe aux hostilités (voir *infra*, B, 1)) au sujet de la notion de participation directe aux hostilités).

international humanitaire [77]. Si des forces armées tierces contribuent de manière directe à l'action militaire d'une partie à un conflit armé non international au détriment de l'autre et partagent le but poursuivi par cette partie [78], il serait incohérent de considérer que les actes de ces forces relèvent du registre du maintien de l'ordre au motif qu'ils n'ont pas atteint l'intensité requise, tandis que les actes de la partie soutenue s'inscriraient, quant à eux, dans le registre des conflits armés. En d'autres termes, le soutien à une partie à un conflit armé non international préexistant jouerait en l'occurrence le rôle du critère d'intensité, à savoir, révéler le registre dans lequel s'inscrivent les actes de violence des forces armées tierces.

On peut certes se demander si l'extension du droit international humanitaire à laquelle conduit l'approche en question n'est pas susceptible de se faire au détriment des droits de l'homme au motif que la protection des personnes prévue par ces droits risquerait d'être amoindrie dans l'hypothèse d'attaques d'ampleur limitée ou ponctuelles dirigées par des États contre des groupes armés à l'étranger. En effet, malgré la faible intensité de telles attaques, le droit international humanitaire s'y appliquerait soit parce qu'elles seraient menées en soutien à l'État territorial contre ces groupes armés, soit parce que ceux-ci soutiendraient un groupe armé contre lequel l'État intervenant serait déjà engagé dans un conflit armé non international. Or, comme on le verra en détail plus loin [79], les conditions de recours à la force létale sont en principe plus souples en droit international humanitaire qu'en droit international des droits de l'homme. Cela dit, il n'est pas certain que, dans l'état actuel du droit international des droits de l'homme, ce droit s'applique dans le cas de telles attaques. Outre que certains États continuent de contester l'application extraterritoriale des droits de l'homme, l'applicabilité de ces droits suppose, plus fondamentalement, que l'État débiteur contrôle la zone où se trouve le bénéficiaire ou contrôle ce dernier [80]. Selon la position traditionnelle, des attaques menées par des États contre des groupes armés à l'étranger, sans contrôle de la région où se trouve la personne ciblée ou sans contrôle de cette personne, comme dans le cas d'attaques similaires à celles menées par les États-Unis au Yémen, en Libye ou en Somalie, échapperaient donc à l'application des droits de l'homme [81]. Appliquer le droit international humanitaire dans de telles situations serait dès lors non pas dangereux mais au contraire bénéfique pour la protection des personnes, dans la mesure où il réduirait le vide résultant de l'inapplicabilité des droits de l'homme [82].

---

77. Voir not. à cet égard « Comment le terme 'conflit armé' est-il défini en droit international humanitaire ? », CICR, https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-fre.pdf.

78. Voir *infra*, A et B, en ce qui concerne les théories exposées au sujet de ces conditions.

79. Voir *infra*, V, B, 2.

80. Voir not., à ce sujet, Comité des droits de l'homme, « Observation générale n° 31. La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, § 10 ; CEDH, *Öcalan c. Turquie*, arrêt du 12 mars 2003, § 93 ; CIADH, *Coard et al. v. United States*, case 10.951, 29 septembre 1999, § 37.

81. Voir not. Cour EDH (Grande Chambre), *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, 12 décembre 2001, n° 52207/99, § 82 ; UK, Court of Appeal, *Al-Saadoon & Ors v Secretary of State for Defence*, 9 septembre 2016, http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/811.html#para29, §§ 66-73 ; voir également « Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare », *European Parliament*, 2013, p. 17.

82. Il convient toutefois de noter que cette position traditionnelle est contestée de nos jours et une tendance contemporaine (voir not. C. YEYNS, D. AKANDE, L. HILL-CAWTHORNE et Th. CHENGETA, *op. cit.*, p. 824 ; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Law, Principles and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 209-221 ; N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 227-231), soutenue par une certaine jurisprudence (voir not. UK, High Court of Justice, *Al-Saadoon & Ors v Secretary of State for Defence*, 17 mars 2015, http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2015/715.html, § 95 ; Comm. IADH, *Alejandre Jr and others v Republica de Cuba*, case 11.589, Report No 86/99, §§ 23-25, 37 et 42), se dessine dans le sens d'une applicabilité des droits de l'homme dans ces cas de figure. Quoi qu'il en soit, il serait peu sensé d'envisager les attaques d'un État comme régies uniquement par les droits de l'homme, car relevant du registre du

Il est vrai, comme souligné par certains [83], qu'une telle approche n'est pas confirmée par la pratique des États. À l'exception, comme on le verra de certaines déclarations ambiguës des États-Unis au sujet de leurs attaques au Yémen, en Libye et en Somalie [84], ainsi que de leur doctrine relative à la notion de « forces associées » [85], la pratique internationale n'est pas prolixe sur le sujet. La jurisprudence internationale n'est pas non plus d'un grand secours [86]. Que cette approche ne puisse trouver appui dans la pratique ou la jurisprudence internationales ne signifie toutefois pas qu'elle ne soit pas conforme au droit international humanitaire contemporain. Confronté à une pratique nouvelle, ce dernier ne fournit tout simplement pas de solution expresse à cet égard et n'exclut donc pas la validité d'une telle approche. Encore convient-il néanmoins que celle-ci réponde à certaines exigences, qui soient juridiquement fondées. On peut se tourner à cet égard vers les théories qui la mettent en œuvre. Deux principales théories ont été développées en ce sens, celle dite de la « *support-based approach* », établie par le CICR, et celle fondée sur la notion de « force associée », soutenue par les États-Unis. Il convient d'en étudier les contours (A) avant de proposer une solution plus adaptée, celle de la « participation directe à un conflit armé non international préexistant » (B).

A. *Les théories du CICR et des États-Unis*

La théorie que le CICR qualifie de « *support-based approach* » [87] concerne le soutien apporté par un État (ou une organisation internationale) à une partie déjà engagée dans un conflit armé non international. Cette théorie suppose que les quatre conditions suivantes soient remplies :

> « *1) there is a pre-existing [non-international armed conflict, ie NIAC] taking place on the territory where the third power intervenes ; 2) actions related to the conduct of hostilities are undertaken by the intervening power in the context of that pre-existing conflict; 3) the military operations of the intervening power are carried out in support of one of the parties to the pre-existing NIAC; and 4) the action in question is undertaken pursuant to an official decision by the intervening power to support a party involved in the pre-existing conflict* » [88].

Selon cette théorie, qui s'inspire manifestement, comme on le verra [89], de la notion de participation directe aux hostilité sans néanmoins s'y référer expres-

---

maintien de l'ordre, alors même qu'elles constitueraient un acte de soutien direct au conflit armé non international entre l'État territorial et les groupes terroristes, tandis que les actes d'hostilités de l'État territorial relèveraient, quant à eux, du registre des conflits armés.

83. Voir not. N. ZAMIR, « The Armed Conflict(s) Against the Islamic State », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2015, p. 109.

84. « Report on the Legal and Policy Frameworks Guiding the United States' Use of Military Force and Related National Security Operations », Décembre 2016, https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2016/12/framework.Report_Final.pdf, pp. 17 et 18.

85. Voir *infra*, n. 95.

86. Voir néanmoins certains développements ambigus de la CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, jugement du 21 mars 2016, §§ 131 et 652.

87. Voir T. FERRARO, « The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces », *International Review of the Red Cross*, 2013, pp. 583-587 ; « The ICRC's Legal Position on the Notion of Armed Conflict Involving Foreign Intervention and on Determining the IHL Applicable to this Type of Conflict », *International Review of the Red Cross*, 2015, pp. 1230-1234. Il est vrai que l'auteur, qui est membre de la division juridique du CICR, prend soin d'indiquer dans le premier article que celui-ci est écrit en son nom et ne reflète donc pas nécessairement les positions du CICR. Cette réserve n'apparaît toutefois plus dans le second article, qui reprend la théorie de la « *support based approach* » développée dans le premier. Cette approche est donc celle du CICR.

88. T. FERRARO, *ibid.*, p. 1231.

89. Voir *infra*, B, 1.

sément, les actions hostiles des États intervenants incluent non seulement les attaques directes dirigées contre l'une des parties au conflit armé préexistant, en l'occurrence les groupes armés terroristes [90], mais également toute autre forme de soutien militaire fourni à l'État territorial dont l'effet est de nuire aux capacités militaires de la partie adverse, pour autant que ce soutien ait un impact négatif direct sur ces capacités [91]. Sont ainsi exclues les activités de soutien à l'effort général de guerre, telles que la livraison d'armes, les aides financières ou logistiques visant à accroître les capacités militaires de l'État territorial, sans lien avec une opération militaire spécifique. Constitueraient en revanche des formes de soutien étatique direct la mise à disposition d'avions de ravitaillement permettant à des avions de combat de mener directement des opérations militaires ou la fourniture de renseignements en vue de mener des actions armées spécifiques [92].

Si la théorie du CICRC concerne le soutien fourni par des États étrangers à l'une des parties à un conflit armé non international préexistant, les États-Unis ont, quant à eux, développé une doctrine qui concerne l'appui donné par des groupes armés à un autre groupe déjà engagé dans un conflit armé non international. Cette doctrine est fondée sur la notion de « forces associées ». Cette notion trouve son origine dans l'*Authorization for Use of Military Force Act*, adopté en septembre 2001, en vertu duquel :

> « *[the] President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons* » [93].

Bien que la notion de « forces associées » n'y soit pas expressément mentionnée, elle sera par la suite utilisée par l'administration américaine pour englober toutes les organisations terroristes qui agissent en soutien à Al-Qaida ou aux Talibans et tombent dans le champ d'application de l'*Authorization for Use of Military Force Act* [94]. Elle sera plus précisément définie comme incluant toute entité qui répond aux deux conditions suivantes : « *[1. to be] an organized, armed group that has entered the fight alongside al-Qa'ida or the Taliban [and 2. to be] a co-belligerent with Al-Qa'ida or the Taliban in hostilities against the United States or its coalition partners* » [95].

Contrairement à la théorie du CICR, il est difficile d'établir avec certitude le type de soutien envisagé pour qualifier les forces armées tierces en question, en l'occurrence les groupes armés, comme parties à un conflit armé non interna-

---

90. Voir T. FERRARO, « The Applicability… », *op. cit.*, p. 585. Elle a ainsi pour effet de rendre applicable le droit international humanitaire aux États intervenant à l'étranger dès leurs premières attaques au sol ou frappes aériennes ou lorsque leurs attaques se répètent mais demeurent ponctuelles et ciblées, comme dans le cas, notamment, des attaques menées par les États-Unis en Somalie contre les dirigeants des groupes terroristes avant l'intensification de leurs opérations dans cet État (voir *supra*, I, C).

91. Voir T. FERRARO, *ibid.*, p. 585.

92. Voir not. la participation de l'Allemagne et de l'Italie à la coalition internationale contre l'État islamique, *supra*, n. 48. Il peut s'avérer difficile d'établir l'existence d'un soutien direct dans tous les cas où le soutien, tel que la fourniture de renseignements, permet à son bénéficiaire de mener une opération spécifique alors que son auteur n'avait pas la connaissance ou ne pouvait raisonnablement envisager que ce soutien servirait à la réalisation d'une telle opération.

93. Pub. L. No. 107-40, §2(a), 115 Stat. 224, 2001, https://www.congress.gov/107/plaws/publ40/PLAW-107publ40.pdf.

94. Voir not. à cet égard « Report on the Legal and Policy… », *précit.*, p. 4.

95. *Ibid*., pp. 4-5. Voir également le discours de S.W. Preston, conseiller général auprès du département de la Défense, « The Legal Framework for the United States' Use of Military Force Since 9/11 », 10 avril 2015, https://www.defense.gov/News/Speeches/Speech-View/Article/606662/the-legal-framework-for-the-united-states-use-of-military-force-since-911/.

tional préexistant. Jusqu'à la récente qualification par les autorités américaines du groupe Al-Shabaab comme « forces associées » [96], on aurait pu penser que cette notion se limitait aux entités engagées dans des hostilités actives, prenant la forme d'attaques directes, contre les États-Unis. Les seules entités qualifiées de la sorte jusqu'à cette date avaient en effet toutes mené ou au moins tenté de lancer de telles attaques [97]. Ce n'est pas le cas d'Al-Shabaab, auquel on pourrait tout au plus reprocher d'avoir adopté l'idéologie d'Al-Qaida et partagé certaines ressources avec ce groupe [98]. Aussi n'est-il pas exclu que la notion de « forces associées » couvre des formes de soutien particulièrement larges. C'est d'autant plus envisageable que cette notion est interprétée tant par le gouvernement que par les juridictions américaines comme fondée, on le verra, sur l'institution juridique ancienne de « co-belligérance » [99]. Or, selon cette institution, tirée du droit de la neutralité, un État peut devenir cobelligérant, c'est-à-dire partie à un conflit armé international au côté d'un autre État, aussitôt qu'il viole son devoir de neutralité, ce qui n'implique pas nécessairement qu'il ait soutenu cet État par des actes directs. Comme l'ont souligné les auteurs ayant inspiré cet ancrage de la notion de « force associée » dans celle de « co-belligérance », le soutien pourrait consister « *[in] provid[ing] military resources to Al Qaeda, or serv[ing] as fundamental communication links in the war against the United States, and perhaps […] systematically permit[ing] their buildings and safehouses to be used by Al Qaeda in the war against the United States* » [100]. Dans ce cas, la doctrine américaine serait contestable dans la mesure où elle prévoirait une extension particulièrement large du champ d'application du droit international humanitaire, en envisageant, contrairement à la théorie du CICR, des actes de soutien même indirects comme susceptibles de rendre les forces armées tierces parties à un conflit armé non international préexistant et de faire de leurs membres des cibles légitimes aussi longtemps qu'ils appartiennent à ces forces.

Cela dit, on peut s'interroger de manière plus générale sur le fondement juridique des théories du CICR et des États-Unis. On doit en effet d'abord constater qu'elles se réfèrent toutes les deux à la « co-belligérance » [101], alors même que cette institution qui relève du droit de la responsabilité ne s'applique que dans les conflits armés internationaux [102]. Il est vrai que la théorie du CICR ne semble l'invoquer qu'à titre illustratif, comme situation factuelle comparable à celle qui résulterait de son application, alors que les États-Unis ancrent juridiquement la notion de force associée dans cette institution, en faisant une application par analogie de ses conditions aux conflits armés non internationaux.

Quoi qu'il en soit, toute référence à la « co-belligérance » est en l'occurrence dénuée de pertinence. En effet, selon le droit classique de la neutralité, un État ne devient pas automatiquement « cobelligérant », c'est-à-dire partie à un conflit armé international préexistant, lorsqu'il soutient l'une des parties à ce conflit et viole

---

96. Voir *supra*, n. 36.

97. Voir not. en ce sens R. INGBER, « Co-Belligerency », *Yale Journal of International Law*, 2017, p. 94.

98. Voir not. en ce sens P. MARGULIES et M. SINNOT, « Crossing Borders to Target Al-Qaeda and Its Affiliates : Defining Networks as Organized Armed Groups in Non-International Armed Conflicts », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2015, p. 338 ; R. INGBER, *op. cit.*, p. 88.

99. Voir *infra*, n. 101.

100. C. A. BRADLEY et J. L. GOLDSMITH, « Congressional Authorization and the War on Terrorism », *Harward Law Review*, 2005, p. 2113.

101. Voir not., en ce qui concerne la théorie du CICR, T. FERRARO, « The Applicability… », *op. cit.*, p. 584 ; « The ICRC's Legal Position… », *op. cit.*, pp. 1227, 1231 et 1233 ; en ce qui concerne la doctrine américaine, « Respondent's Memorandum regarding the Government's Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantanamo », 13 mars 2009, https://www.justice.gov/archive/opa/documents/memo-re-det-auth.pdf, p. 7 ; Cour suprême des États-Unis, *Hamily v. Obama*, 616 F.Supp.2d, 19 mai 2009, p. 75.

102. Voir not. à ce sujet C. FINKELSTEIN, J.D. OHLIN et A. ALTMAN, *Targeted Killings ? Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 71.

ainsi son obligation de non-participation et d'impartialité. Ce ne serait que si cette violation consistait dans des attaques directes (ou dans une déclaration de guerre) que ce statut lui serait en principe automatiquement attribuable. Dans les autres cas, la reconnaissance d'un tel statut dépendra de la réponse de l'État affecté par la violation et devrait être établie si cet État recourt à la force (ou déclare la guerre) contre l'État auteur de la violation [103]. Par conséquent, même si l'on admettait l'application d'un tel régime juridique aux conflits armés non internationaux, des actes de soutien à une partie à un conflit armé non international, ne prenant pas la forme d'attaques directes, comme l'envisagent le CICR et les États-Unis, ne suffiraient pas, à eux seuls, à rendre leur auteur « cobelligérant ».

Par ailleurs, les circonstances dans lesquelles un État est susceptible de devenir « cobelligérant », à savoir l'emploi de la force (ou une déclaration de guerre) par cet État ou par l'État victime de la violation de la neutralité, implique nécessairement que les conditions d'existence d'un conflit armé international soient en même temps remplies entre ces deux États, puisque tout recours à la force (ou déclaration de guerre) par un État contre un autre État est en principe constitutif d'un tel conflit [104]. Or, l'objectif poursuivi par les théories du CICR et des États-Unis est précisément d'envisager des forces qui soutiennent une partie à un conflit armé non international comme « cobelligérantes », c'est-à-dire également parties à ce conflit, sans que toutes les conditions d'existence d'un conflit armé non international soient remplies, en particulier la condition d'intensité.

S'agissant plus particulièrement du soutien fourni par un État à un autre État dans la lutte contre le terrorisme international, toute référence à la « co-belligérance » paraît en outre inappropriée dans la mesure où il est difficile de concevoir le maintien d'une quelconque neutralité de la part des États par rapport à des conflits qui impliquent des groupes armés que la communauté internationale dans son ensemble considère comme terroristes et auxquels le Conseil de sécurité a imposé des sanctions devant être exécutées par les États membres [105]. Quand bien même le droit de la neutralité régirait-il également les conflits armés non internationaux, il ne serait en l'espèce pas applicable aux États étant donné que, dans les faits, ceux-ci s'opposent à ces groupes terroristes et qu'en droit, ils ne seraient pas en mesure de respecter leur devoir de non-participation et d'impartialité en raison des mesures imposées par le Conseil de sécurité contre de tels groupes [106].

B. *Une théorie de la participation directe à un conflit armé non international préexistant*

Si le recours à la « co-belligérance » ne convainc donc pas, il convient d'identifier un autre cadre juridique, sous peine de développer une théorie dont les critères, comme ceux envisagés dans la théorie du CICR, pourraient paraître arbitraires et leur contenu précis, incertain. On propose ainsi une autre théorie, que l'on pourrait qualifier de « participation directe à un conflit armé non international préexistant », qui semble constituer la solution la plus adéquate pour fournir un cadre juridique,

---

103. Voir not. M. BOTHE, « The Law of Neutrality », *in* D. FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2008, 2e éd., pp. 580-581 ; H. LAUTERPACHT et L. OPPENHEIM, « International Law », *in* L. OPPENHEIM (ed.), *Disputes, War and Neutrality*, Longman, 1952, 7e éd., p. 752.

104. Voir *infra*, IV, B.

105. Voir not., au sujet de ces mesures, le comité des sanctions contre Al-Qaida et l'État islamique, https://www.un.org/sc/suborg/fr/sanctions/1267.

106. Voir, au sujet de la « suspension » du droit de la neutralité en cas d'action du Conseil de sécurité, M. BOTHE, *op. cit.*, pp. 574-576.

à la fois adapté, complet et plus précis, à l'approche en question [107]. Elle s'ancre dans une notion bien connue du droit international humanitaire, également applicable dans les conflits armés non internationaux, celle de participation directe aux hostilités [108](1). Elle propose ensuite d'aménager cette notion afin de tenir compte des spécificités de la participation en cause (2).

1. *Un ancrage approprié dans la notion de participation directe aux hostilités*

La notion de participation directe aux hostilités présente en effet plusieurs avantages. Au niveau conceptuel tout d'abord, cette notion de « participation » et le lien de belligérance qui, comme on le verra [109], en conditionne l'application décrivent de manière adéquate la situation en question, celle d'un soutien apporté à une partie au conflit au détriment de l'autre, qui constitue une participation à des hostilités existantes, en l'occurrence un conflit armé, et non un acte indépendant de ces hostilités.

Au niveau *ratione personae* ensuite, l'ancrage dans la notion de participation directe aux hostilités permet d'envisager le soutien apporté tant par un Etat que par un groupe armé à une partie à un conflit armé non international préexistant. Il ne semble en effet pas justifié de soutenir que les forces intervenantes tierces doivent uniquement consister soit dans des forces armées étatiques, comme le suggère le CICR, soit dans des forces armées non étatiques, comme le conçoivent les Etats-Unis. Si l'on admet que les États et les groupes armés peuvent chacun être parties à un conflit armé non international et que l'intervention d'un État en soutien à une partie à un tel conflit est susceptible de rendre l'État intervenant partie à ce conflit, il ne serait pas cohérent de défendre que l'intervention d'un groupe armé fournissant un soutien de nature identique à une partie engagée dans un conflit du même type ne puisse également rendre le groupe armé intervenant partie à ce conflit – même s'il peut s'avérer plus délicat en pratique d'établir l'existence d'un tel soutien. Si ce n'était pas le cas, il existerait un déséquilibre entre les forces armées intervenantes, qui deviendraient parties ou non au conflit armé préexistant selon qu'elles relèvent d'un État ou d'un groupe armé. Un déséquilibre apparaîtrait également entre les parties au conflit armé préexistant, selon qu'elles bénéficient du soutien de forces considérées ou non comme également parties à ce conflit et dont les membres pourraient dès lors, respectivement, faire l'objet ou non d'attaques en tout temps en vertu du droit international humanitaire. La notion de participation directe aux hostilité présente l'avantage de ne pas établir de condition quant à la nature du participant, ce qui permet, en l'appliquant à la participation d'entités collectives telles que des États ou des groupes armés à un conflit armé non international préexistant, d'envisager le soutien apporté tant par ceux-ci que par ceux-là.

La notion de participation directe aux hostilité n'exclut pas non plus l'hypothèse du soutien apporté par des forces tierces tant à un Etat qu'à un groupe armé. Elle est en effet applicable aussi bien dans les conflits armés internationaux que non internationaux. Prévue par le droit international humanitaire lui-même, elle

---

107. D'autres théories pourraient être envisagées, s'inspirant notamment de la complicité en matière de responsabilité internationale des États ou de l'entreprise criminelle commune en droit international pénal. Néanmoins, ces théories semblent moins adéquates à divers égards que celle proposée (voir. not. à ce sujet P. LESAFFRE, *Les conflits armés non internationaux de nature extraterritoriale*, thèse en cours, document non publié en possession de l'auteur).

108. Voir not. l'article 13, al. 3 du Protocole additionnel II aux conventions de Genève et l'article 51, al. 3, du Protocole additionnel I aux conventions de Genève.

109. Voir *infra*, dans la même section.

s'applique donc, dans ce second cas, de manière identique en relation avec chacune des parties au conflit, qu'il s'agisse des États ou des groupes armés, et donc au soutien apporté tant aux uns qu'aux autres, contrairement à la doctrine américaine qui n'envisage que le soutien fourni aux groupes armés [110].

Au niveau *ratione materiae* enfin, force est de constater que la notion de participation directe aux hostilités repose sur des critères connus, qui ont fait l'objet de définitions approfondies, principalement par le CICR dans son guide interprétatif sur cette notion [111]. La plupart d'entre eux rejoignent clairement les critères proposés par le CICR dans sa théorie de la « *support-based approach* », en particulier celui en vertu duquel l'acte d'hostilité doit nuire à la capacité militaire d'une des parties au conflit et celui qui exige que cette nuisance découle directement (et non indirectement) de l'acte, ce qui correspond aux conditions, respectivement, d'un seuil de nuisance et d'une causalité directe exigées dans le cadre de la participation directe aux hostilités [112]. Les définitions et illustrations détaillées que donne le CICR de ces deux conditions dans son guide interprétatif paraissent ainsi utiles pour cerner le sens – et avoir une idée à la fois plus précise et concrète – des critères « correspondants » de la théorie de la « *support-based approach* ». Elles préciseraient par ailleurs certaines des exigences de la doctrine américaine qui, comme on l'a vu, demeure incertaine au sujet de la nature du soutien requis pour qu'un groupe armé soit considéré comme une « force associée ».

L'avantage que présente la notion de participation directe aux hostilités semble encore plus manifeste s'agissant de l'exigence, en vertu de laquelle l'intervention doit être menée « en soutien à » une partie au conflit armé préexistant, ce qui correspond aux termes « *in support of* » dans la théorie du CICR [113] ou « *alongside* » s'agissant de celle des États-Unis [114]. Cette exigence est en l'occurence déterminante puisqu'elle permet de distinguer les interventions dans lesquelles leurs auteurs poursuivent leurs intérêts propres de celles menées dans un but similaire à celui que poursuit la partie soutenue, c'est-à-dire lutter contre un État ou un groupe armé dans le cadre du conflit armé non international préexistant. Elle joue un rôle fondamental dans le cas d'interventions étatiques étrangères consistant dans des attaques directes contre des groupes armés et qui ont reçu le consentement de l'État territorial mais ne sont menées ni à son invitation ni en collaboration avec

---

110. On pourrait donc concevoir d'autres hypothèses que celles qui se présentent généralement dans la pratique récente en matière de lutte armée contre le terrorisme international à l'étranger et qui consistent principalement, comme on l'a vu, dans le soutien d'un État à un autre État ou d'un groupe armé à un autre groupe armé (voir *supra*, n. 72-75). On pourrait ainsi envisager le soutien apporté par un groupe armé à un État qui lutte contre un autre groupe armé (voir *infra*, n. 86 au sujet d'une telle situation soumise à la Cour pénale internationale) ou le soutien fourni par un État à un groupe armé dans le cadre du conflit opposant ce groupe à un autre groupe armé. On ne pourrait en revanche retenir l'hypothèse du soutien apporté par un État à un groupe armé en lutte contre un autre État. Il semble que, dans ce cas, l'acte de soutien étant, par hypothèse, un acte de guerre, il déclenchera un conflit armé international entre l'État apportant ce soutien et l'État contre lequel lutte le groupe armé plutôt qu'il ne rendra l'État intervenant partie au conflit armé non international préexistant. Voir néanmoins à ce sujet la doctrine du CICR qui envisage le soutien apporté par un État à une partie déjà engagée dans un conflit armé non international et, partant, aussi bien à un État qu'à un groupe armé engagé dans ce conflit (T. FERRARO, « The ICRC's Legal Position… », *op. cit.*, p. 1231). L'hypothèse d'un soutien par un Etat au groupe armé luttant contre un autre Etat n'est toutefois pas plus amplement développée.

111. *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, 2010.

112. *Ibid.*, p. 48.

113. Selon la troisième condition de cette théorie, « *the military operations of the intervening power [must be] carried out* in support of *one of the parties to the pre-existing NIAC* » (T. FERRARO, « The ICRC's Legal Position… », *op. cit.*, p. 1231 – italiques ajoutées).

114. Selon la doctrine américaine, les forces associées sont celles qui, notamment, « *[have] entered the fight* alongside *al-Qa'ida or the Taliban* » (« Report on the Legal and Policy… », *précit.*, pp. 4-5 – italiques ajoutées).

ses forces armées sous forme d'opérations conjointes. Il en va ainsi de certaines interventions des États-Unis au Yémen, en Libye et en Somalie [115], dans tous les cas où les États-Unis ont agi de manière unilatérale contre des groupes armés affiliés à Al-Qaida tout en ayant préalablement obtenu le consentement de l'État territorial. Il est clair que le consentement d'une partie à un conflit ou son approbation à une intervention contre son adversaire ne suffit pas à rendre la force intervenante partie à ce conflit. D'un autre côté, il semble difficile d'exiger que le soutien se traduise nécessairement par la conduite d'opérations militaires conjointes. À cet égard, le CICR admet dans sa théorie de la « *support-based approach* » que, si de telles opérations conjointes constituent des cas objectifs et évidents de soutien à une partie à un conflit préexistant, « *the intervening power's support is not always so readily apparent [and that] it may be military action of a more unilateral nature* » [116]. Ce qui en définitive compte, selon le CICR, c'est d'établir que l'intervention « *can be reasonably and objectively interpreted [in the prevailing circumstances] as action* designed *to support one of the parties to the conflict to the detriment of the other* » ou, en d'autres termes, que « *it is plain from the situation that [the intervening] forces are not acting solely for their* own interests or benefits » [117].

Ces considérations, qui renvoient indirectement à l'intention dans le chef de la partie intervenante, élément pourtant subjectif, peuvent être clarifiées à la lumière du troisième critère de la notion de participation directe aux hostilités, à savoir le lien de belligérance [118]. Ce critère implique en effet que l'acte doive causer directement des effets nuisibles « à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre » [119]. Autrement dit, il doit s'agir d'« actes spécifiques qui sont si étroitement liés aux hostilités conduites entre les parties à un conflit armé qu'ils font partie intégrante de ces hostilités » [120]. Or, tant le guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités [121] que les discussions d'experts ayant conduit à son élaboration [122] ont pris soin de distinguer le lien de belligérance de la notion d'intention subjective, en considérant que le premier avait « trait au but objectif de l'acte » et le second « à l'état d'esprit » de son auteur, le but objectif de l'acte devant s'apprécier à la lumière de toutes les circonstances objectives pertinentes. À cet égard, le fait que l'intervention des forces armées tierces répondent à une invitation de la partie au conflit armé non international préexistant constitue une circonstance objective prépondérante dans l'établissement du lien de belligérance entre cette intervention et le conflit.

2. *Des aménagements nécessaires à la notion de participation directe aux hostilités*

Ces considérations conduisent inévitablement à s'interroger sur les raisons pour lesquelles le CICR n'a pas expressément ancré sa théorie de la « *support-based approach* » dans une notion qu'il a lui-même définie ailleurs, celle de participation directe aux hostilités, ou n'a pas à tout le moins renvoyé aux critères qui caractérisent cette notion pour appuyer ou clarifier ceux proposés dans sa théorie,

---

115. Voir *supra*, I, C et D.
116. T. FERRARO, « The ICRC's Legal Position… », *op. cit.*, p. 1234.
117. *Ibid.* – italiques ajoutées.
118. *Guide interprétatif…*, *précit*., pp. 60-67.
119. *Ibid.*, p. 60.
120. *Ibid.*
121. *Ibid.*, pp. 61-62. Voir également M.N. SCHMITT, « The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis », *Harvard National Security Journal*, 2010, pp. 33-34.
122. Voir not. « Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities », Genève, 27-28 novembre 2006, pp. 50-51.

plutôt que de se référer au concept inadéquat de la co-belligérance [123]. On ignore si des raisons politiques l'expliquent [124]. S'agissant des raisons juridiques, il n'est pas exclu que la notion de participation directe aux hostilités n'ait pas été choisie parce que certains aspects ne paraissaient pas adaptés aux situations en question, lesquelles consistent dans la participation d'entités collectives, des « forces armées organisées », à un « conflit armé », dont l'effet est de rendre ces forces parties au conflit. Il est vrai que la notion de participation directe aux hostilités ne s'applique qu'à des « individus » et concerne la participation à des « hostilités » plutôt qu'à un conflit armé, dont l'effet est uniquement de soustraire les participants au champ d'application de la protection contre les attaques pendant la durée de la participation. Cela dit, les différences qui existent au niveau de la nature des participants (forces armées organisées *versus* individus) et des effets de la participation (rendre le participant partie à un conflit armé *versus* exclure le participant du bénéfice de la protection contre les attaques pendant le temps de la participation) justifient que des aménagements soient en l'occurrence apportés aux critères qui définissent la notion de participation directe aux hostilités.

Trois principaux aménagements s'imposent sur cette base. Le premier concerne l'aspect *ratione materiae*, en particulier, la nature des actes de participation. Il est évident que certains actes nuisibles à l'ennemi, tels que le contrôle d'un territoire à des fins hostiles, ne peuvent être réalisés que par une collectivité et non par un individu. Dans le cas d'un soutien fourni par des forces armées organisées à une partie à un conflit, la notion de participation directe aux hostilités doit nécessairement être adaptée pour inclure de tels actes.

Les deuxième et troisième aménagements ont trait à l'aspect *ratione temporis*. Ils concernent, respectivement, le début et la fin de la participation. La conséquence de la participation de forces armées organisées à un conflit ne se limite en effet pas, comme c'est le cas de la participation individuelle aux hostilités, à exclure les participants du champ d'application de l'interdiction d'attaquer les civils pendant le temps de la participation, mais rend l'ensemble du droit international humanitaire pertinent applicable à l'égard de ces forces. Ces dernières deviennent soumises à un nouveau régime juridique sur le plan international, en vertu duquel, notamment, leurs membres deviennent des cibles légitimes aussi longtemps qu'ils en font partie. Il est dès lors évident, principalement pour des raisons de sécurité et de prévisibilité juridiques, que leur participation ne puisse débuter que si elles ont réalisé un certain nombre d'actes de soutien, sans que ce degré de répétition ne corresponde à l'intensité requise pour l'émergence d'un nouveau conflit armé non international [125], et ne puisse prendre fin que lorsqu'il n'y a plus de raisons objectives de croire qu'elle reprendra, ce qui suppose que sa cessation s'inscrive dans la durée afin d'être suffisamment stable. Autrement dit, le début et la fin de cette participation ne peuvent être calquées sur ceux de la participation individuelle

123. Voir *supra*, n. 101.

124. Il n'est pas exclu que le CICR craigne de ré-ouvrir le débat sur la notion de participation directe aux hostilités et soit réticent à étendre cette notion à la question de la qualification. Néanmoins, il ne semble pas plus avisé de fournir des critères sans ancrage juridique, dont l'existence pourrait ainsi paraître arbitraire et les contours incertains. Par ailleurs, il n'aura échappé à personne que ces critères s'inspirent largement de la notion de participation directe aux hostilités. Autant dès lors s'y référer expressément tout en les aménageant à la lumière des spécificités de la participation en question.

125. S'agissant du cas d'attaques, voir not. en ce sens N. LUBELL, « Fragmented Wars… », *op. cit.*, p. 242. S'agissant d'autres formes de soutien, telle que la fourniture de renseignements pour des attaques spécifiques, leur répétition, même significative, ne permettrait pas d'atteindre le seuil d'intensité requis pour l'émergence d'un nouveau conflit armé non international. De manière générale, la pratique montre que le soutien à une partie à un conflit armé non international préexistant consiste généralement en une série d'actes répétés.

aux hostilités, laquelle, selon le CICR, débute en effet dès la réalisation d'un seul acte de soutien et cesse aussitôt que celui-ci a pris fin.

III. – UN CONFLIT ARMÉ NON INTERNATIONAL AU SENS DU PROTOCOLE ADDITIONNEL II

S'il n'est généralement pas contesté que les hostilités entre les États intervenants et les groupes terroristes sont constitutives d'un conflit armé non international, il convient encore d'établir s'il s'agit d'un conflit armé non international au sens uniquement de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève ou au sens également du Protocole additionnel II à ces conventions. Cette question n'est en effet pas sans incidence sur le droit applicable dans la mesure où le Protocole II fournit une protection plus étendue, soit parce qu'il contient des normes supplémentaires, comme celles relatives à la conduite des hostilités [126], soit parce qu'il détaille certaines règles prévues à l'article 3 commun, telles celles relatives aux garanties en matière de poursuite pénales [127]. Ce qui pose en l'occurrence problème n'est pas tant l'exigence supplémentaire spécifique prévue par le Protocole II, en particulier celle d'un contrôle exercé par les groupes armés sur un certain territoire [128], puisque les groupes terroristes qui font l'objet des interventions étrangères récentes exercent généralement un tel contrôle. La difficulté tient plutôt à l'aspect extraterritorial des interventions menées contre ces groupes.

Cet aspect n'est pas problématique en ce qui concerne les conflits armés non internationaux visés par l'article 3 commun. On reconnaît en effet qu'un tel conflit existe lorsque les forces armées d'un État interviennent à l'étranger contre des groupes armés, alors même que les hostilités se déroulent sur le territoire d'un autre État et sans que cet État soit nécessairement impliqué dans ces hostilités [129]. Il s'agit là d'une interprétation évolutive, largement admise, de l'article 3 commun, dont l'application n'avait été initialement envisagée par la plupart de ses rédacteurs que dans les cas de conflits armés internes « classiques », c'est-à-dire opposant, sur le territoire d'un État, les forces militaires de cet État à des groupes armés localisés sur ce territoire [130]. C'est essentiellement cette hypothèse qui a été conçue à l'époque dans la mesure où les conflits armés non internationaux de nature extraterritoriale ne constituent qu'une forme récente de conflits. Il n'y avait donc pas d'intention de la part des rédacteurs de l'article 3 commun d'exclure l'applicabilité de ce dernier à de tels conflits puisque ceux-ci n'avaient pas été – ne pouvaient être – envisagés à cette époque. C'est ce qui a rendu possible l'interprétation évolutive dont l'article 3 commun fait l'objet.

Encore faut-il néanmoins que le conflit ait lieu « sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes », comme le prescrit l'article 3 commun, et que l'État

126. Voir les articles 13 à 16.
127. Voir l'article 6.
128. Voir l'article 1er du Protocole.
129. Voir not. N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force…*, *op. cit.*, pp. 101-104 et les nombreux auteurs cités à la note 103.
130. Voir not. en ce sens S. MURPHY, « 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, p. 10 ; D. JINKS, « The Applicability of the Geneva Conventions to the 'Global War on Terrorism' », *Virginia Journal of International Law*, 2005, p. 188. Voir néanmoins *contra* S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 229-230.

intervenant soit également lié par ce dernier. Ces exigences n'ont toutefois plus d'intérêt de nos jours dans la mesure où les quatre conventions de Genève sont universellement ratifiées [131]. Par ailleurs, il est unanimement admis que l'article 3 commun relève du droit coutumier. On peut donc conclure que les hostilités entre les États intervenants et les groupes terroristes sont au moins visées par cet article. La question est plus délicate s'agissant du Protocole II, qu'elle soit envisagée au niveau conventionnel (A) ou sur le plan du droit coutumier (B).

A. *Droit conventionnel*

Il convient de distinguer trois principaux scénarios en ce qui concerne l'applicabilité du Protocole II aux interventions menées contre des groupes terroristes à l'étranger. Le premier est celui dans lequel l'État territorial n'a pas ratifié le Protocole II. En effet, si, à l'instar de l'article 3 commun, le Protocole prévoit qu'il s'applique aux conflits armés « se déroul[ant] sur le territoire d'une Haute Partie contractante » [132], il n'a toutefois pas été ratifié par tous les États, contrairement aux conventions de Genève. Plusieurs d'entre eux, dont l'Irak, la Syrie et la Somalie, sur le territoire desquels de nombreuses interventions étrangères ont lieu, n'y sont pas parties. Le Protocole ne pourrait donc régir les hostilités entre les États intervenants et les groupes terroristes localisés dans ces trois États, même si les États intervenants l'ont ratifié. Soutenir le contraire, en arguant que le Protocole s'appliquerait entre les État intervenants et les groupes terroristes dans tous les cas où ceux-là l'auraient ratifié et ceux-ci rempliraient certaines exigences dont celle d'un contrôle territorial, serait difficilement conciliable non seulement avec les termes du Protocole [133] mais également avec les théories qui fondent le caractère obligatoire de ce dernier et, plus généralement, du droit international humanitaire conventionnel par rapport aux groupes armés. Même si cette question reste débattue en doctrine [134], les groupes terroristes localisés en Irak, Syrie et Somalie ne seraient en toute hypothèse pas tenus par le Protocole, que l'on suive la position majoritaire selon laquelle les groupes armés ne sont liés par les dispositions d'un traité que si l'État sur le territoire duquel ils se trouvent l'a ratifié [135] ou que l'on suive une position plus discutable, selon laquelle ils n'y seraient liés que s'ils ont manifesté leur volonté en ce sens [136], ce qui n'est le cas ni de l'État islamique en Irak et en Syrie, ni d'Al-Shabaab en Somalie.

Le second scénario est celui dans lequel l'État territorial et l'État intervenant ont tous deux ratifié le Protocole. Un tel scénario correspond par exemple aux interventions des États de la région du Lac Tchad au Nigeria contre Boko Haram [137] et à celle de la France au Mali. Dans ce dernier cas, les deux États ont expressément reconnu que le Protocole II était applicable aux actions armées françaises contre les

131. Voir not. en ce sens également N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force…*, *op. cit.*, pp. 101-102.
132. Article 1er.
133. Selon l'article 1er, le conflit doit en effet se dérouler « sur le territoire d'une Haute Partie Contractante ».
134. Voir not. R. VAN STEENBERGHE, « Les sujets », *in* R. VAN STEENBERGHE (dir.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 50 et les nombreux auteurs cités à la note 142.
135. Voir not. R. VAN STEENBERGHE, « Non-State Actors from the Perspective of the International Committee of the Red Cross », *in* J. D'ASPREMONT (ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple perspectives on non-state actors in international law*, London/New York, Routledge/Cavendish, 2011, pp. 212-220.
136. Voir not à ce sujet *ibid.*, pp. 220-224.
137. Tous les États membres de la FMM ont ratifié le Protocole II.

groupes terroristes agissant au Mali [138]. Une telle position, reconnaissant l'applicabilité extraterritoriale du Protocole, ne va toutefois pas de soi, comme en témoigne son rejet par une partie de la doctrine [139]. En effet, lus de manière littérale, les termes de l'article 1er du Protocole semblent à première vue exclure l'application de ce dernier aux conflits armés non internationaux auxquels des Etats étrangers sont parties. Cet article prévoit en effet que le Protocole s'applique aux conflits armés « se déroul[ant] sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre *ses forces armées* et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés » [140]. Les termes « forces armées » ne peuvent en l'occurrence renvoyer qu'aux forces de l'État territorial, où se déroulent les hostilités, en raison du déterminant possessif qui les précède. D'aucuns en déduisent que les forces étrangères sont dès lors exclues du champ d'application du Protocole [141].

Une telle interprétation littérale pose question. Les travaux préparatoires montrent clairement qu'il importait peu pour les rédacteurs du Protocole que l'article 1er utilise un déterminant possessif (« ses ») plutôt qu'indéfini (« des ») pour qualifier les forces armées auxquelles il s'appliquait. L'expression « *des* forces armées » avait été utilisée par le CICR dans le projet initial de Protocole, dont l'application s'étendait en effet à tous les conflits armés non internationaux « se déroul[ant] entre *des forces armées* ou des groupes organisés […] » [142]. Aucune discussion n'a eu lieu au sujet du changement de déterminant entre la version proposée par le CICR et la version finale, ce qui confirme l'indifférence des rédacteurs du Protocole quant à la nature, possessive ou indéfinie, de ce déterminant. Cette indifférence s'explique par le fait que les rédacteurs du Protocole n'envisageaient toujours les conflits armés non internationaux à cette époque que de la même manière que les rédacteurs de l'article 3 commun [143], à savoir comme des conflits armés internes « classiques », se déroulant sur le territoire d'un État entre ses forces et des groupes armés localisés (en l'occurrence exerçant un certain contrôle) sur une partie de ce territoire. Ainsi, selon le commentaire du délégué du CICR à l'occasion des travaux préparatoires du Protocole, l'expression « *des* forces armées » utilisée dans le projet de texte du CICR ne renvoyait pas à autre chose qu'« aux forces armées du Gouvernement établi » [144]. Comme en 1949, seule cette hypothèse de conflits armés internes « classiques » était en effet envisageable en raison de l'absence de conflits armés non internationaux de nature extraterritoriale dans la pratique de l'époque. Autrement dit, les rédacteurs du Protocole, pas plus que de ceux de l'article 3 commun en 1949, ne pouvaient avoir l'intention d'en exclure l'applicabilité dans ce nouveau type de conflits puisqu'ils n'avaient pu envisager l'existence de tels conflits. Aussi serait-il incohérent de refuser d'appliquer au Protocole l'interprétation évolutive dont l'article 3 commun fait l'objet [145], sous prétexte que le Protocole utiliserait l'expression « *ses* forces armées », sachant d'ailleurs qu'un déterminant identique

---

138. Voir l'article 10 de l'« Accord sous forme d'échange de lettres entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Mali déterminant le statut de la force 'Serval' », *Journal officiel de la République française*, 30 avril 2013, p. 7426.

139. Voir not. D. AKANDE, « Classification… », *op. cit.*, p. 55 ; N. MELZER, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 257 ; C. DE COCK, « Legal Implications Surrounding Operation 'Inherent Resolve' in Iraq and Syria », *Israel Yearbook on Human Rights*, 2017, p. 114.

140. Italiques ajoutées.

141. Voir *supra*, n. 139.

142. Voir « Projet de Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux », *in Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève, 1974-1977, vol. I, p. 33 – italiques ajoutées.

143. Voir *supra*, n. 130.

144. Intervention de Mme BUJARD, *in Actes…*, *précit.*, vol. VIII, CDDH/I/SR.22, p. 220.

145. Voir *supra*, n. 129.

aurait vraisemblablement été utilisé à l'article 3 commun si ses rédacteurs avaient décidé d'y inclure une définition du conflit armé non international. Il convient dès lors d'admettre que le Protocole, à l'instar de l'article 3 commun, est applicable aux forces armées d'un État lorsqu'elles interviennent contre des groupes armés à l'étranger, alors même que le conflit se déroule sur le territoire d'un État tiers, qui n'est pas nécessairement impliqué dans le conflit, pour autant, comme le prescrit le Protocole, que cet État l'ait ratifié et qu'une partie de son territoire soit contrôlée par les groupes armés.

Enfin, exclure que les hostilités découlant d'interventions contre des groupes terroristes à l'étranger soient visées par le Protocole II, en raison de cet aspect extraterritorial, est susceptible de conduire à des situations délicates, particulièrement lorsque, comme dans le cas notamment de l'intervention de la France au Mali, les forces armées étrangères interviennent en soutien à un État et que ce soutien constitue une participation directe au conflit armé non international préexistant entre cet État et les groupes terroristes. D'un point de vue théorique, il semble difficile de concevoir que l'action des forces armées étrangères soit régie par un autre droit que celui applicable aux forces locales, alors qu'elles sont toutes les deux parties à un même rapport conflictuel contre des groupes armés. Dans la mesure où l'action des forces étrangères s'inscrit dans le cadre du conflit armé non international préexistant, en l'espèce entendu au sens du Protocole II, ces forces devraient être liées par ce même Protocole et non uniquement par l'article 3 commun. D'autre part, d'un point de vue pratique, il peut s'avérer artificiel, voire impossible, de distinguer entre l'application des deux droits en fonction de la nature (étrangère ou locale) des forces armées étatiques impliquées lorsque ces forces conduisent des opérations militaires conjointes.

Ces deux difficultés conduisent à envisager un troisième scénario dans lequel l'État intervenant n'aurait pas ratifié le Protocole II mais serait néanmoins lié par ses dispositions. Il s'agit de l'hypothèse particulière dans laquelle l'intervention de cet Etat consisterait précisément dans une participation directe à un conflit armé non international préexistant, entendu au sens du Protocole. Il n'est pas exclu que ce scénario corresponde aux interventions des États-Unis [146] au Yémen et en Libye [147], du moins si l'on considère l'action américaine comme une participation directe au conflit opposant les autorités yéménites et libyennes aux groupes terroristes sévissant sur leurs territoires. Cette conclusion est renforcée par le fait que l'État étranger devrait normalement être tenu, dans ce scénario, de respecter le droit appliqué par l'État territorial [148], incluant le Protocole II.

B. *Droit coutumier*

Les trois scénarios qui viennent d'être développés sont fondés sur un examen du droit conventionnel uniquement. Il convient de se demander si la coutume n'est pas susceptible de jouer un rôle à cet égard. Il est clair tout d'abord qu'elle impose de relativiser la différence entre les deux types de réglementations conventionnelles dans la mesure où il est unanimement admis de nos jours qu'une partie au moins des normes du Protocole II sont également applicables dans les conflits armés régis

146. Les États-Unis ne sont pas parties au Protocole II mais affirment qu'ils en appliquent les dispositions « *as a matter of policy* » ; voir not. à ce sujet B. EGAN, conseiller juridique auprès de la Défense, « International Law, Legal Diplomacy and the Counter-ISIL Campaign », *International Law Studies*, 2016, pp. 245-246.

147. Voir *supra*, I, C et D.

148. Voir not en ce sens A. BELLAL, G. GIACCA et S. CASEY-MASLEN, « International Law and Armed Non-state Actors in Afghanistan », *International Review of the Red Cross*, 2011, p. 15.

par l'article 3 commun sur la base de la coutume. Il en va ainsi certainement des règles relatives à la conduite des hostilités, telles que l'interdiction d'attaquer les civils [149], les biens civils [150] et d'autres biens spécifiques [151], ainsi que les règles prévoyant des garanties fondamentales en matière de protection des personnes qui ne combattent pas [152]. Toutes ces règles, outre l'article 3 commun, sont donc toujours au moins applicables en l'espèce entre les États intervenants et les groupes terroristes, même si le Protocole II ne s'applique pas. Qu'en est-il toutefois des autres règles ?

Si l'on se tourne vers l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, on constate que, selon cette étude, la quasi-totalité des règles matérielles du Protocole II, à l'instar de l'article 3 commun, ont un statut coutumier. Certaines des règles mentionnées dans l'étude, en particulier celles relatives à la privation de liberté et aux garanties d'un procès équitable [153], prévoient même des exigences plus détaillées que celles contenues dans le Protocole. Cela dit, l'étude s'abstient de déterminer le champ d'application des règles coutumières qui régissent, selon elle, les conflits armés non internationaux. Autrement dit, elle n'identifie pas le type de conflit armé non international, celui visé par l'article 3 commun ou celui défini par le Protocole II, dans lequel ces règles s'appliquent. Il est bien entendu que, si une règle coutumière est applicable dans les conflits armés visés par l'article 3 commun, elle le sera nécessairement aussi dans les conflits définis par le Protocole II. L'inverse n'est toutefois pas vrai. En ce sens, reconnaître qu'une règle matérielle, correspondant à celle prévue par un traité et applicable dans un type de conflit armé, a un statut coutumier n'implique pas que son champ d'application puisse être étendu à d'autres types de conflits armés [154]. Deux approches sont dès lors envisageables. La première suggère l'existence d'une seule catégorie de conflits armés non internationaux en droit coutumier (1) tandis que la seconde postule l'existence, dans ce droit, de deux catégories correspondant à celles du droit conventionnel (2).

1. *Une catégorie unique de conflits armés non internationaux en droit coutumier*

La première approche s'inscrit dans la tendance contemporaine à ne reconnaître en droit coutumier qu'une seule catégorie de conflits armés non internationaux, dans laquelle s'appliqueraient indistinctement toutes les règles coutumières régissant de tels conflits. D'aucuns envisagent la définition du conflit armé non international donnée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* comme constituant la définition coutumière de cette catégorie unique de conflits [155], selon laquelle un conflit armé non international existe « chaque fois

149. Article 13 du Protocole.
150. Article 14 du Protocole.
151. Articles 15 et 16 du Protocole.
152. Article 4 du Protocole.
153. Voir les règles, respectivement, 99 et 100 de l'étude, *in* J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *op. cit.*, pp. 455-491. Voir not., pour une critique de telles règles jugées trop exigeantes pour les groupes armés, M. SASSÒLI, « Taking Armed Groups… », *op. cit.*, p. 17.
154. Voir not. en ce sens J. GRIGNON, « The Beginning of Application of International Humanitarian Law : A Discussion of a Few Challenges », *International Review of the Red Cross*, 2014, p. 160.
155. Voir not. à ce sujet M. SASSÒLI, « Taking Armed Groups… », *op. cit.*, p. 20 ; J. GRIGNON, *op. cit.*, pp. 160-161 ; A. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 184-185 ; J. D'ASPREMONT et J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2012, p. 76. Ces derniers soulignent que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'a pas distingué entre deux types de conflits armés non internationaux et n'a retenu que les critères de base d'intensité de la violence et d'organisation des parties pour la poursuite de tous les crimes de guerre dans de tels conflits. Voir également la jurisprudence nationale, en particulier en Belgique, Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 juillet 2015, inédit, p. 29 ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 6 novembre 2015, inédit, feuillet 9.

qu'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 » [156]. Cette définition doit être comprise dans le sens qui lui a été donné par le Tribunal, c'est-à-dire dans un sens similaire à celui du conflit armé visé par l'article 3 commun, exigeant uniquement que les deux critères de base, d'organisation des parties et d'intensité de la violence, soient remplis, sans que soit requise l'exigence d'un contrôle territorial suffisant par le groupe armé ni qu'il soit précisé que le conflit doive se dérouler sur le territoire d'un État entre « ses » forces armées et des groupes armés organisés.

Ainsi, soutenir que les dispositions du Protocole II sont coutumières et que cette seule catégorie de conflit armé non international existe en droit coutumier implique un effacement complet de la distinction entre les deux réglementations conventionnelles par le biais de la coutume. Selon cette position, toutes les dispositions du Protocole II, à l'instar des exigences prévues à l'article 3 commun, seraient applicables aux hostilités entre les États intervenants et les groupes terroristes, même si les États intervenants ou l'État territorial n'ont pas ratifié le Protocole et quelle que soit l'interprétation donnée au Protocole quant à son application possible aux États intervenants étrangers. Il n'est pas exclu que la France ait à l'esprit une telle position lorsqu'elle affirme, par la voix de la représentante du ministère de la Défense, que le Protocole II est applicable aux forces françaises luttant contre l'État islamique en Irak [157], bien que ce dernier ne soit pas partie au Protocole.

Cette position est remise en question, le plus souvent non pas au motif que toutes les règles du Protocole ne seraient pas coutumières mais parce que les groupes armés seraient dès lors tenus par des obligations qu'ils n'auraient pas nécessairement les moyens de respecter lorsqu'ils n'exercent pas un certain contrôle territorial. Cette crainte concerne notamment les garanties en matière de privation de liberté et de poursuites pénales [158]. Une telle crainte ne semble pas fondée, tant à la lumière des dispositions pertinentes du Protocole que de ses travaux préparatoires. En matière de privation de liberté, le Protocole prévoit principalement deux types d'obligations. Il énumère tout d'abord une série d'obligations de résultat, imposant des exigences minimales en la matière, susceptibles d'être respectées par tout groupe armé organisé [159]. Il prévoit ensuite plusieurs obligations de moyens, qui consistent certes dans des obligations plus élaborées mais dont l'application dépend ainsi « des moyens » dont disposent les parties au conflit pour les mettre en œuvre [160]. En matière de poursuites pénales, le Protocole n'impose pas aux parties au conflit d'engager de telles poursuites. Il exige uniquement de respecter certaines garanties, sans lesquelles un procès pourrait difficilement être qualifié d'équitable, lorsque des poursuites sont exercées [161]. Or, un tel exercice suppose en principe, dans les faits, une certaine assise territoriale. La question du respect des garanties en matière de poursuites pénales ne se pose donc normale-

---

156. TPIY, *Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense de l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 70.

157. Voir l'intervention de Mme C. LANDAIS, *in XXXVIII Table ronde sur les sujets actuels du droit international humanitaire. La distinction entre les conflits armés internationaux et non internationaux : défis pour le DIH ?*, 3-5 septembre 2015, http://stage.iihl.org/wp-content/uploads/2015/11/Landais.pdf, p. 6.

158. Voir not. J. D'ASPREMONT et J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, p. 76.

159. Voir article 5, al. 1, 3 et 4. Certaines de ces obligations peuvent par ailleurs être modulées en fonction des circonstances de l'espèce, comme l'alinéa 1, b) qui indique que l'obligation de fournir une assistance spirituelle doit être appliquée « si cela est approprié », expression choisie à dessein (voir à ce sujet l'intervention du Canada, *in Actes…*, *précit.*, vol. VIII, CDDH/I/SR.40, p. 454). C'est également à dessein que l'alinéa 4 ne détermine pas jusqu'à quand la puissance détentrice doit assurer la protection des personnes libérées (voir not. à ce sujet l'intervention de la République fédérale d'Allemagne, *précit.*, p. 457).

160. Voir article 5, al. 2.

161. Voir not. en ce sens S. SIVAKUMARAN, *op. cit.*, p. 186.

ment qu'à l'égard des groupes armés ayant un certain contrôle territorial, les autres groupes n'étant en principe pas concernés car n'étant *a priori* pas en mesure de mener de telles poursuites.

De manière plus générale, les discussions ayant précédé l'adoption du Protocole II montrent que le critère du contrôle territorial, finalement maintenu dans le texte du Protocole, ne vise pas à assurer que les groupes armés aient la capacité de respecter ses dispositions. L'insertion de ce critère résulte essentiellement de préoccupations souverainistes [162], en particulier de la volonté de plusieurs États de limiter autant que faire se peut le nombre de règles susceptibles de régir leur situation interne en vue d'éviter toute légitimation des groupes armés luttant sur leur territoire [163]. Par ailleurs, si cette insertion a été favorablement accueillie par certains des autres États au départ, c'est parce qu'ils estimaient qu'elle permettrait d'envisager une réglementation détaillée [164]. L'idée en effet avancée à l'entame des débats était de faire un choix entre deux options : soit un champ d'application large et une réglementation rudimentaire, soit un champ d'application plus limité mais une réglementation dès lors plus élaborée. La seconde option semblait ainsi prévaloir [165]. Néanmoins, le projet d'une telle réglementation élaborée a été balayé à la fin des négociations et une version simplifiée du Protocole, soumise en séance plénière par le Pakistan, a finalement été adoptée. Les préoccupations souverainistes exprimées à cette époque ont ainsi conduit à une limitation à la fois du champ d'application du Protocole et des règles applicables. Plusieurs États n'ont pas manqué de souligner l'incohérence de cette double limitation [166]. Quoi qu'il en soit, la réglementation prévue par le Protocole tel que finalement adopté était clairement conçue par les États comme une réglementation rudimentaire, qui ne requérait pas de capacités spécifiques dans le chef des groupes armés pour que ceux-ci puissent la respecter, même si le champ d'application du Protocole impose qu'ils contrôlent une partie du territoire.

D'aucuns relativisent d'ailleurs cette exigence de contrôle en soutenant qu'elle est susceptible d'être interprétée de manière suffisamment large pour rendre le Protocole applicable dans les circonstances similaires à celles dont dépend l'applicabilité de l'article 3 commun [167]. Lors des travaux préparatoires du Protocole, certains États ont souhaité apaiser la crainte des États favorables à une réglementation élaborée en soulignant que le degré de contrôle exercé par les groupes armés devait être apprécié en fonction de la nature des obligations en cause et pourrait ainsi être particulièrement bas dans le cas d'obligations rudimentaires [168]. Aussi ne semble-t-il pas y avoir d'obstacles, du moins liés à la capacité des groupes armés, à concevoir les règles du Protocole II comme applicables sur une base coutumière à une catégorie unique de conflit armé dont l'existence requiert seulement, à l'instar de l'article 3 commun, le respect des critères de base d'organisation des parties et d'intensité de la violence. Cette conception permettrait de rétablir la cohérence souhaitée au début des négociations du Protocole en identifiant un champ d'application large pour une réglementation rudimentaire.

---

162. Voir l'intervention explicite de la Norvège à cet égard, *in Les actes…*, *précit.*, CDDH/I/SR.29, p. 321.

163. Voir not. l'Indonésie, *in Les actes…*, *précit.*, CDDH/I/SR.22, p. 229 et le Viet-Nam, *ibid.*, p. 230.

164. Voir not. la Finlande, *in Les actes…*, *précit.*, CDDH/I/SR.56, p. 214 et Cuba, *ibid.*, p. 224.

165. Voir not. à cet égard l'intervention de Mme Bujard, *in Les actes…*, *précit.*, vol. VIII, CDDH/I/SR.22, p. 219.

166. Voir not. les Pays-Bas, *in Les actes…*, *précit.*, CDDH/I/SR.29, p. 314 ; la Norvège, *précit.*, CDDH/I/SR.49, p. 71 et l'Italie, *précit.*, CDDH/I/SR.50, p. 100.

167. Voir not. en ce sens S. SIVAKUMARAN, *op. cit.*, p. 186 ; C. DE COCK, *op. cit.*, p. 115.

168. Voir not. le Canada, *in Les actes…*, *précit.*, CDDH/I/SR.49, p. 77. Voir également la doctrine à ce sujet, S. SIVAKUMARAN, *op. cit.*, p. 187 ; D. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 2002, p. 50.

2. *Deux catégories de conflits armés non internationaux en droit coutumier*

Une autre voie est également envisagée si l'on admet que les règles du Protocole II sont coutumières, celle selon laquelle ces règles ne seraient applicables que dans les conflits armés répondant aux conditions visées par le Protocole II. Elle impliquerait l'existence en droit coutumier de deux catégories de conflits armés non internationaux correspondant à celles prévues en droit conventionnel [169]. Il importerait dès lors peu, selon cette position, que les États intervenants ou l'État territorial aient ratifié le Protocole pour que les règles coutumières équivalentes à ses dispositions s'appliquent aux hostilités entre les États intervenants et les groupes armés. Néanmoins, contrairement à la position précédente, il conviendrait toujours d'argumenter en faveur d'une interprétation évolutive de la définition coutumière correspondant à celle du Protocole II pour que ses règles coutumières s'appliquent aux États intervenants étrangers.

Cette seconde conception ne présente un avantage en matière de protection des personnes, par rapport à la première, que si l'on envisage, comme le fait le CICR dans son étude sur le droit international humanitaire coutumier [170], l'existence dans ce droit d'exigences plus strictes et plus élaborées que celles prévues dans le Protocole II, requérant à première vue des capacités étendues dans le chef des groupes armés. Ces exigences ne pourraient s'appliquer dans ce cas que si le conflit armé répond à des conditions plus strictes que celles de l'article 3 commun et, notamment que les groupes armés bénéficient d'une assise territoriale significative. En ce sens, cette seconde position serait nécessaire pour envisager une évolution du droit coutumier des conflits armés non internationaux, dans le sens de l'une des deux options proposées lors des négociations du Protocole, à savoir prévoir un champ d'application restreint pour un droit applicable plus élaboré [171].

IV. – UN CONFLIT ARMÉ INTERNATIONAL PARALLÈLE AU CONFLIT ARMÉ NON INTERNATIONAL ?

On sait que la plupart des interventions étrangères récentes contre le terrorisme international ont été menées avec le consentement de l'État territorial. Le précédent syrien fait néanmoins figure d'exception, à tout le moins en ce qui concerne l'intervention de la coalition internationale contre l'État islamique depuis septembre 2015. On se rappellera en effet que, depuis cette date, le régime syrien a expressément indiqué que toute intervention sur son territoire sans son consentement, ce qui est le cas de l'intervention de la coalition internationale, constituerait une violation de sa souveraineté [172].

---

169. Voir not., suggérant une telle approche, F. HAMPSON, « Afghanistan 2001-2010 », *in* E. WILMHURST, *op. cit.*, pp. 256-257.

170. Voir *supra*, n. 153.

171. Quoi qu'il en soit, la prémisse sur laquelle se fondent ces deux positions n'est pas certaine, à savoir que toutes les dispositions du Protocole II ont un statut coutumier sur la base de la pratique des États. Par ailleurs, il est sans doute encore moins certain, s'agissant de la première position, que les États aient admis l'application de l'ensemble de ces règles dans des situations similaires à celles visées par l'article 3 commun et, s'agissant de la seconde position, qu'ils reconnaissent comme coutumières des exigences plus détaillées que celles du Protocole II. Enfin, à supposer que la nature coutumière des règles de ce Protocole soit établie, leur contenu reste encore difficile à définir avec précision. Aussi la réglementation conventionnelle, certainement moins étendue – même complétée par plusieurs règles indiscutablement coutumières –, présente-t-elle l'avantage d'être certaine et plus précise.

172. Voir *supra*, I, E.

Selon la plupart des auteurs, l'absence d'un tel consentement ne remet pas en question l'existence d'un conflit armé non international entre les forces intervenantes et les groupes terroristes [173]. Cela dit, nombre d'entre eux [174], à l'instar du CICR [175], estiment qu'elle déclenche un conflit armé international parallèle entre les États intervenants et l'État territorial. Leur position conduit ainsi à une double qualification de la situation, constitutive à la fois d'un conflit armé non international, en particulier entre les forces de la coalition et l'État islamique, et d'un conflit armé international, en l'espèce entre les États de la coalition et la Syrie. Cette théorie de la double qualification se fonde en réalité sur une définition large du conflit armé international, selon laquelle un tel conflit existe chaque fois qu'un État recourt à la force armée contre un autre État, c'est-à-dire intervient sur son territoire sans son consentement [176]. Il importe peu que cette force ne soit exercée que de manière unilatérale, c'est-à-dire sans résistance militaire de part de l'État où l'intervention a lieu, et qu'elle ne soit pas dirigée contre les forces armées ou le gouvernement de cet État mais affecte seulement son territoire et sa population, ce qui est le cas des interventions de la coalition internationale contre l'État islamique en Syrie.

On constatera que la théorie de la double qualification n'est pas tenable en pratique ou s'avère inutile et qu'il convient de préférer une qualification unique, celle de conflit armé non international, s'agissant de toute situation dans laquelle la force, à l'instar de l'intervention de la coalition internationale en Syrie, est exclusivement dirigée contre des groupes armés organisés sur le territoire d'un autre État, y compris sans son consentement. C'est d'ailleurs la position expressément adoptée par certains États de la coalition, dont la France et les États-Unis [177]. La raison tient essentiellement au caractère inapproprié de la réglementation d'une telle situation par le droit des conflits armés internationaux (A). Ce constat conduit à remettre en question la définition générale du conflit armé international sur laquelle repose la théorie de la double qualification et impose de l'adapter afin de la rendre compatible avec la solution d'une qualification unique (B).

---

173. Voir néanmoins certains auteurs, minoritaires, qui qualifient le conflit opposant un État à des groupes armés à l'étranger de conflit armé international uniquement, lorsque l'État territorial n'a pas consenti à l'intervention : M. MILANOVIC, « What Exactly Internationalizes an Internal Armed Conflict », *EJIL Talk !*, 10 mai 2010, https://www.ejiltalk.org/what-exactly-internationalizes-an-internal-armed-conflict/ ; S. BULA-BULA, *Droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 98-99. Comme on le démontrera plus loin (voir *infra*, A, 1), l'application du droit des conflits armés non internationaux semble conduire à des résultats intenables en pratique.

174. Voir not. D. AKANDE, « Classification… », *op. cit.*, p. 75 ; N. LUBELL, « Fragmented … », *op. cit.*, p. 233. Voir, de manière générale, D. CARRON, *L'acte déclencheur d'un conflit armé international*, Shulthess, LGDJ, 2015, pp. 356-358 et les nombreux auteurs cités.

175. K. DÖRMAN, L. LIJNZAAD, M. SASSÒLI et P. SPOERRI (eds.), *Commentary of the First Geneva Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, ICRC, 2016, §§ 260-262.

176. Voir not. D. AKANDE, « Classification… », *op. cit.*, p. 74 ; K. DÖRMAN, L. LIJNZAAD, M. SASSÒLI et P. SPOERRI (eds.), *op. cit.*, § 223.

177. Voir not., s'agissant de la France, l'intervention de Mme Cl. Landais, directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense français, à la 17e édition du colloque de Bruges, « Les défis juridiques que posent les actions extraterritoriales contre les groupes armés », *in Actes du Colloque de Bruges*, *Terrorisme, Contre-terrorisme et Droit International Humanitaire*, 20-21 octobre 2016, pp. 77-78. Voir not., s'agissant des États-Unis, l'intervention de Mr. J.E. Brian à l'*American Society of International Law*, conseiller juridique auprès du gouvernement des États-Unis, « International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign », 1er avril 2015, https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/255493.htm. Voir également la pratique de l'Australie, des Pays-Bas et de la Suisse, citée par G. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 401.

A. *Une double qualification inappropriée*

La théorie de la double qualification soulève une série de difficultés qui varient en fonction de la manière dont on peut concevoir les conséquences de cette théorie en termes de droit applicable, en particulier selon que l'on considère qu'elle conduit à l'application systématique d'une double réglementation à tous les actes d'hostilités des forces intervenantes (1) ou que l'on partage une conception plus limitée, soit en réservant l'application de cette double réglementation à certains actes uniquement (2), soit en reconnaissant l'applicabilité des deux réglementations mais en réservant leur application respective à des actes différents (3).

1. *Application de la double réglementation à tous les actes*

La théorie de la double qualification suppose à première vue que tous les actes hostiles des forces intervenantes s'inscrivent dans le cadre à la fois du conflit armé non international, car ils sont dirigés contre les groupes armés, et du conflit armé international, puisqu'ils affectent par la même occasion le territoire ou la population de l'État territorial. En d'autres termes, les deux types de réglementation s'appliqueraient systématiquement à chacun de ces actes, lesquels devraient ainsi être conformes aux deux réglementations en même temps, en raison de la juxtaposition des deux conflits [178]. Or, une telle conception de la théorie de la double qualification conduit à des résultats intenables en pratique, particulièrement manifestes en ce qui concerne les attaques contre les personnes et les biens [179].

S'agissant des personnes, il n'est généralement plus contesté de nos jours que le droit des conflits armés non internationaux distingue entre les civils, qui sont protégés contre les attaques sauf s'ils participent directement aux hostilités, et les membres des forces armées étatiques ou non étatiques, lesquels peuvent faire l'objet d'attaques aussi longtemps qu'ils sont membres de ces forces [180]. Le droit des conflits armés internationaux ne contient pas, quant à lui, de catégorie correspondant aux forces armées non étatiques ou, autrement dit, aux groupes armés organisés. Il distingue uniquement entre les civils, protégés contre les attaques sauf en cas de participation directe aux hostilités, et les membres des forces armées (régulières ou irrégulières) appartenant aux États parties au conflit [181], pouvant être ciblés

---

178. Cette situation est distincte de celle, bien connue, dans laquelle il existe des conflits armés de nature différente sur un même territoire mais qui sont distinguables. Il en va ainsi lorsque des forces armées étatiques étrangères interviennent par voie aérienne contre un État, qui lutte lui-même contre un groupe armé sur son territoire. Les actes d'hostilités émanant de cet État contre les forces intervenantes et le groupe armé pourront en principe être distingués et s'inscriront, respectivement, dans un conflit armé international avec l'État intervenant et dans le conflit armé non international avec le groupe armé.

179. Voir également en ce sens G. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 402-403.

180. De nombreux éléments s'opposent en effet à l'idée qu'il n'y a que des civils dans les conflits armés non internationaux ; voir not. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE et J. DE HEMPTINNE, *International Humanitarian Law*, MOOC edx, https://www.edx.org/course/international-humanitarian-law-louvainx-louv16x-0, chapitre 5.5.3.

181. Voir l'article 4, A), § 2 de la Convention de Genève III et l'article 43, § 1 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève. Voir également « Guide interprétatif… », *précit.*, pp. 25-26 et Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, La Haye, Martinus Nijhoff, CICR, 1986, § 1661. D'aucuns soutiennent que l'appartenance à une partie (étatique) au conflit ne devrait être exigée qu'en ce qui concerne l'octroi du statut de prisonnier de guerre (droit de Genève) et non la possibilité de ciblage (droit de la Haye). Pour qu'un tel ciblage soit licite, il suffirait que la personne fasse partie de forces armées organisées (voir en ce sens M.N. SCHMITT, *op. cit.*, p. 20 ; voir not. néanmoins pour des réserves au sujet d'une telle approche, J. D'ASPREMONT et J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, p. 183 ; D. AKANDE, « Clearing the Fog of War ? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct participation in Hostilities », *International and Comparative Law Quartely*, 2010, p. 186).

tant qu'ils sont membres de ces forces [182]. Dans la mesure où les groupes armés terroristes comme l'État islamique n'appartiennent par hypothèse à aucun État, leurs membres devraient recevoir la qualification alternative de civils [183]. Ils ne pourraient par ailleurs pas être considérés comme des civils participant directement aux hostilités et susceptibles, ce faisant, d'être ciblés au moins pendant la durée de cette participation [184]. La condition du lien de belligérance ne serait en effet pas remplie. Cette condition de la participation directe aux hostilités exige, comme on le sait [185], que l'acte de participation ait pour but de causer des effets nuisibles à la fois au détriment d'une partie au conflit et en soutien à l'autre [186]. En l'occurrence, s'il n'est pas discutable que les actes hostiles des membres des groupes armés terroristes, tels que l'État islamique, ont pour effet de nuire à la capacité militaire des États intervenants, en particulier les États de la coalition internationale, ils n'ont pas en même temps pour objectif de soutenir l'État territorial, en l'espèce la Syrie. Autrement dit, ils ne pourraient être envisagés comme faisant partie intégrante des hostilités censées opposer les États intervenants à l'État territorial. La double qualification conduit donc à la situation intenable où les membres des groupes armés seraient protégés contre les attaques en tout temps au regard du droit international humanitaire applicable [187].

Les mêmes difficultés apparaissent en ce qui concerne les attaques contre les biens. Tant le droit des conflits armés non internationaux que celui des conflits armés internationaux imposent de distinguer entre les biens civils et les objectifs militaires et de ne cibler que les seconds. Le bien civil se définit de la même manière dans les deux droits, à savoir, comme tout bien qui n'est pas un objectif militaire, lequel fait également l'objet d'une définition identique et vise tout bien « qui, par [sa] nature, [son] emplacement, [sa] destination ou [son] utilisation [apporte] une contribution effective à l'action militaire [de l'attaqué] et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage mili-

---

182 Il convient d'ajouter aux forces armées étatiques les personnes participant à une « levée en masse » qui sont également distinctes des civils et peuvent être attaquées aussi longtemps qu'elles font partie de cette levée en masse (voir. not. à ce sujet le « Guide interprétatif… », *précit.*, pp. 22-27).

183. Voir également en ce sens C. KRESS, « Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts », *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, p. 253.

184. Voir, pour une argumentation en ce sens, P. LESAFFRE, *op. cit*. L'hypothèse d'attaques ne pouvant avoir lieu que pendant cette participation (c'est-à-dire, selon le CICR, pendant l'acte ou l'opération hostile et les mesures préparatoires ainsi que « le déploiement vers [le] lieu d'exécution et le retour de ce lieu » « Guide interprétatif… », *précit.*, p. 68) serait déjà difficilement acceptable. Elle serait intenable en pratique non seulement parce qu'elle favoriserait une stratégie de « *hit and run* » dans le chef des groupes armés, qui leur permettrait d'échapper aux attaques, mais également parce qu'elle créerait un déséquilibre manifeste entre les forces armées en présence à l'avantage des groupes armés. Plus fondamentalement, elle ne correspondrait pas à la pratique des États, aucun de ceux-ci n'ayant jamais envisagé les membres de l'État islamique comme des civils protégés contre les attaques sauf lorsqu'ils participent directement aux hostilités.

185. Voir *supra*, n. 119.

186. D'aucuns contestent la condition cumulative selon laquelle l'acte doit causer des effets nuisibles à la fois au détriment d'une partie et en soutien à l'autre. Ils considèrent que la condition devrait plutôt être formulée de manière alternative (voir. not. M.N. SCHMITT, *op. cit,*, p. 34). Néanmoins, une telle position élargirait de manière abusive la champ d'application de la participation directe aux hostilités, en y incluant des actes qui ne s'inscriraient pas dans le rapport conflictuel entre les parties dans la mesure où ils n'auraient pas pour objectif soit d'apporter un soutien soit de nuire à l'une d'elles (voir not., pour une critique de cette position, « Fourth Expert Meeting… », *op. cit.*, pp. 51-52).

187. En l'absence de ce lien de belligérance, il reviendrait en principe aux droits de l'homme de régir l'usage de la force létale contre de tels civils. Néanmoins, en vertu des critères classiques d'applicabilité extraterritoriale des droits de l'homme (voir *supra*, n. 81), ces droits ne seraient en l'occurrence pas applicables et ne permettraient donc pas de cibler les membres des groupes armés au moins dans les circonstances très restrictives selon lesquelles, comme on le verra (voir *infra*, V, B, 2), la force létale est autorisée en ce domaine.

taire précis [à l'attaquant] » [188]. Si l'on applique cette définition dans le cadre du conflit armé non international entre les forces intervenantes et le groupe armé, en l'occurrence entre les forces de la coalition et l'État islamique, il ne fait pas de doute que des biens tels que des dépôts d'armes ou des véhicules militaires utilisés par le groupe constituent des objectifs militaires et peuvent être ciblés. Cela dit, de tels biens ne constitueraient en principe plus des objectifs militaires dans le cadre du conflit armé international censé exister en même temps entre l'État territorial et les États intervenants, c'est-à-dire, s'agissant de l'intervention de la coalition internationale en Syrie, entre cet État et les membres de la coalition. Ils ne contribueraient en effet nullement à l'action militaire de la Syrie et leur destruction ne procurerait aucun avantage militaire à la coalition dans le cadre de son prétendu conflit contre la Syrie. Autrement dit, la double qualification conduirait à nouveau à une situation intenable en pratique, dans laquelle la destruction de biens, pourtant essentiels à la conduite des hostilités pour le groupe armé, serait nécessairement illégale, en raison de l'application concomitante du droit des conflits armés internationaux.

2. *Application de la double réglementation à certains actes*

Ces difficultés que soulève la théorie de la double qualification résultent en définitive de la juxtaposition des conflits armés non international et international et de l'application cumulative de leur réglementation à chaque acte d'hostilité. Un moyen de les contourner est de dissocier ces règlementations, en excluant certains actes de l'application de la double réglementation, qui seraient dès lors uniquement régis par le droit des conflits armés non internationaux. On constate ainsi que, parmi les rares auteurs partisans de la théorie de la double qualification qui se sont exprimés sur le droit applicable [189], certains proposent d'exclure du droit des conflits armés internationaux les attaques dirigées contre les membres du groupe armé [190]. Le motif avancé est que « *the hostilities between the State and non-State group constitute the essence of a non-international armed conflict [and that] failure to apply the law of non-international armed conflict to* targeting of members of the group *would*

188. Article 52 du Protocole additionnel I aux conventions de Genève. Cette définition est considérée comme coutumière et applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux.

189. Voir not. au sujet de cette absence de prise de position sur le droit applicable par les auteurs partisans d'une double qualification, D. CARRON, « Transnational Armed Conflicts. An Argument for a Single Classification of Non-international Armed Conflict », *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2016, p. 16. Il est également difficile d'identifier la position du CICR à cet égard. Le Comité, à l'instar de la plupart des auteurs, ne s'est pas expressément prononcé sur la question dans ses prises de position en faveur de la double qualification. Ceci étant, certaines considérations dans ses travaux relatifs à la notion de participation directe aux hostilités laissent penser qu'il n'envisage pas une application de la double réglementation à tous les actes (voir *supra*, 1), sans que l'on sache toutefois s'il est favorable à une application de cette double réglementation qui serait limitée à certains actes (voir ce point, 2) ou à l'applicabilité des deux réglementations, qui s'appliqueraient toutefois de manière distincte en fonction des différents actes à réglementer (voir *infra*, 3). En effet, dans son guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, le CICR envisage expressément l'hypothèse de groupes armés luttant contre une partie à un conflit armé international sans néanmoins appartenir à l'autre partie à ce conflit. La définition qu'il donne dans le guide des forces armées étatiques oblige le Comité à conclure que ceux qui appartiennent à ces groupes devraient être considérés comme civils, sous peine de mettre à mal la distinction cardinale entre les conflits armés internationaux et non internationaux. Néanmoins, conscient des difficultés que cette qualification est susceptible de soulever par rapport aux attaques contre les membres de ces groupes, le CICR précise ensuite que ces derniers « pourraient être considérés comme des parties à un *conflit armé non international distinct*, à condition que la violence atteigne le seuil requis » (« Guide interprétatif… », *précit.*, p. 26 – italiques ajoutées) et qu'il reviendrait dès lors uniquement au droit des conflits armés non internationaux « de déterminer si ces personnes sont des civils ou des membres des forces armées d'une partie au conflit » (*ibid.*).

190. Voir not. V. KOUTROULIS, *op. cit.*, p. 16 ; C. HEYNS, D. AKANDE, L. HILL-CAWTHORNES et Th. CHENGETA, *op. cit.*, p. 815.

in effect be a failure to recognize the non-international armed conflict » [191]. Tous les autres actes continueraient d'être régis par les deux réglementations, dans la mesure où ils relèveraient à la fois du conflit armé non international avec le groupe armé et du conflit armé international avec l'État territorial.

Une telle approche est problématique à plusieurs égards. Premièrement, en tant qu'approche consistant à dissocier le droit applicable en limitant la double qualification à certains types d'actes, elle s'avère incompatible avec la définition large du conflit armé international sur laquelle se fonde précisément la double qualification [192]. Selon cette définition, il importe en effet peu, on le sait, que la force exercée par un État contre un autre État affecte seulement la population de ce dernier, plutôt que ses forces armées. Or, rien ne justifie que l'on exclue de la population d'un État, en particulier de l'État sur le territoire duquel la force est exercée, tous les membres des groupes armés vivant sur ce territoire et, notamment ses nationaux. Deuxièmement, si une telle approche permet de résoudre les difficultés liées à la question des attaques contre les membres des groupes armés, elle n'évacue pas celles, discutées plus haut, relatives aux attaques contre les biens. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi l'essence des conflits armés non internationaux, invoquée pour justifier l'approche en question, se limiterait aux attaques contre les membres des groupes armés et n'inclurait pas les actes d'hostilités dirigés contre les biens indispensables à l'action militaire de ces groupes, y compris les dépôts d'armes ou les véhicules militaires qu'ils utilisent. Troisièmement, son application serait particulièrement problématique, dans la mesure où le droit applicable varierait substantiellement selon que l'attaque réussisse ou non à n'affecter que le membre du groupe armé visé. Un impact, même minime et involontaire, sur des biens, le territoire ou d'autres personnes n'appartenant pas à ce groupe modifierait radicalement le droit applicable [193] et serait susceptible de rendre l'attaque illégale, puisqu'elle devrait dès lors être également conforme au droit des conflits armés internationaux. Il ne semble pas réaliste de faire dépendre des effets juridiques aussi importants de telles circonstances.

3. *Applicabilité des deux réglementations mais application distincte en fonction des actes*

Une autre approche, plus réaliste et restant compatible avec la définition large du conflit armé international, est de postuler l'applicabilité des deux réglementations dès l'intervention étrangère non consentie contre le groupe armé mais de n'envisager l'application du droit des conflits armés non internationaux ou du droit des conflits armés internationaux que par rapport aux actes qui, comme on définira ces termes en détail plus loin [194], présentent un lien ou *nexus* avec le conflit armé, respectivement, non international contre le groupe armé ou international contre l'État territorial. Les deux réglementations ne s'appliqueraient donc pas de manière cumulative et leur application respective serait limitée à certains actes. Ainsi, selon cette conception, tous les actes d'hostilités dirigés par les États intervenants contre le groupe armé seraient régis par le droit des conflits armés non internationaux dans la mesure où ils s'inscriraient dans le conflit armé non international avec le groupe armé.

---

191. *Ibid.*, p. 815 – italiques ajoutées.
192. Voir *supra*, n. 176.
193. Voir not., au sujet de cette hypothèse précise, l'interview de D. AKANDE, *in* R. VAN STEENBERGHE et J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, chapitre 3.9.3, 16'50".
194. Voir *infra*, V, B, 1.

La difficulté que soulève cette conception est celle de l'utilité de l'applicabilité, en toile de fond, du droit des conflits armés internationaux puisque l'hypothèse envisagée est précisément celle d'opérations militaires exclusivement dirigées contre des groupes armés et donc en principe régies par le droit des conflits armés non internationaux. Aussi convient-il de s'interroger sur l'existence d'actes d'hostilités qui ne seraient pas liés au conflit armé non international et pour lesquels il serait utile d'envisager l'applicabilité du droit des conflits armés internationaux dès l'intervention non consentie. Il va de soi que de tels actes ne pourraient consister en des actes relatifs à la conduite des hostilités, telles que des attaques menées sur le territoire de l'État territorial sans lien avec le conflit armé non international, puisque cet acte déclencherait à lui seul un conflit armé international compte tenu du faible niveau de gravité requis pour l'existence d'un tel conflit [195]. On peut néanmoins envisager d'autres actes, qui concerneraient non plus la conduite des hostilités mais la protection des personnes, en particulier la détention. Deux principaux cas doivent être discutés.

Le premier est celui de la détention des membres des forces armées de l'État intervenant par l'État territorial. L'application résiduelle du droit des conflits armés internationaux permettrait que ces détenus puissent bénéficier du statut protecteur de prisonnier de guerre, conformément à la Convention de Genève III et, le cas échéant, au Protocole additionnel I aux conventions de Genève. Néanmoins, selon une approche traditionnelle, la capture par un État d'un membre de l'armée d'un autre État suffit déjà, à elle seule, à déclencher un conflit armé international [196], ce qui rendrait inutile l'existence d'un tel conflit dès l'intervention non consentie. Quoi qu'il en soit, même si l'on rejette cette approche traditionnelle [197], il serait plus bénéfique, en termes de protection des membres des forces armées capturées, que ceux-ci soient détenus non pas comme prisonniers de guerre, conformément au droit international humanitaire, mais plutôt sur la base alternative des droits de l'homme, qui prévoient des garanties plus protectrices. Par ailleurs, à supposer qu'ils reçoivent le statut de prisonnier de guerre, les militaires capturés se trouveraient dans une situation particulièrement originale où ce statut n'impliquerait pas concomitamment une immunité pénale contre d'éventuelles poursuites exercées par les autorités locales pour les attaques menées légalement contre le groupe terroriste et qui auraient, le cas échéant, causé des pertes civiles. En effet, ces attaques constitueraient, par hypothèse, des actes d'hostilité uniquement régis par le droit des conflits armés non internationaux, qui ne prévoit pas de privilège du combattant, contrairement au droit des conflits armés internationaux [198].

Le second cas susceptible d'être concerné par l'application résiduelle du droit des conflits armés internationaux est la détention de civils étrangers, en particulier de ressortissants de l'État territorial, par les États intervenants sur leur territoire, en lien avec le conflit armé international qui opposerait les deux États [199]. L'applica-

---

195. Voir not. à ce sujet, dans le cas de la Syrie, les attaques menées par les États-Unis contre les forces armées syriennes, en dehors de leur lutte contre l'État islamique, *infra*, n. 213.

196. Voir not. en ce sens É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 5e éd., p. 126 ; J. PICTET (dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, 1960, vol. 3, p. 29.

197. Voir not. en ce sens D. CARRON, *op. cit.*, pp. 197-198.

198. L'absence d'une telle immunité peut poser question. Néanmoins, en admettre la possibilité suppose que l'on accepte l'application (concomitante) du droit des conflits armés internationaux aux attaques menées par les États intervenants contre le groupe armé, ce qui conduit, comme on l'a vu, à des résultats intenables en pratique.

199. La détention à l'étranger, en particulier par les États intervenants sur le territoire de l'État territorial, n'est pas envisagée. En effet, dans cette situation, soit la puissance détentrice occupe le territoire et cette occupation (sans résistance militaire de la part de l'ennemi) déclenche elle-même l'application du droit des conflits armés internationaux (voir *infra*, n. 217) ; soit la puissance détentrice n'occupe pas le

tion de ce droit permettrait à ces personnes de bénéficier des garanties protectrices prévues en cette matière par la Convention de Genève IV [200]. Toutefois, d'une part, il n'est pas exclu que la décision prise par un État intervenant de détenir une personne uniquement en raison du conflit qui l'oppose à l'État territorial conduise à la reconnaissance d'un état de guerre avec cet État et soit ainsi assimilable à une déclaration de guerre, qui suffirait à elle seule à déclencher l'application du droit des conflits armés internationaux [201]. En décidant d'une telle détention, l'État intervenant reconnaîtrait en effet l'État territorial comme belligérant ennemi. Cela dit, on doit à nouveau admettre qu'il ne serait pas dans l'intérêt de ces personnes détenues que le droit international humanitaire leur soit applicable plutôt que les droits de l'homme dans la mesure où il prévoit un régime dérogatoire à ces droits [202]. Enfin, on doit également reconnaître que, dans la mesure où l'objectif des États intervenants est par hypothèse de combattre les groupes armés et non l'État sur le territoire duquel ces groupes se trouvent, on imagine mal que les États intervenants décident de détenir les nationaux de l'État territorial parce qu'ils sont les ressortissants de cet État.

Autrement dit, concevoir la double qualification comme impliquant l'applicabilité du droit des conflits armés internationaux en toile de fond, dès l'intervention non consentie, risquerait de complexifier inutilement la question du droit applicable, en ajoutant une couche régulatrice sans effet utile, et de réduire la protection des personnes concernées, dans la mesure où l'application des droits de l'homme serait plus appropriée.

B. *Qualification unique de conflit armé non international à la lumière d'une définition nuancée du conflit armé international*

Force est dès lors de conclure que seul le droit des conflits armés non internationaux s'applique aux situations de violence qui découlent d'interventions étatiques exclusivement dirigées contre des groupes armés à l'étranger, quand bien même ces interventions seraient menées sans le consentement de l'État territorial. Cette qualification unique impose de s'interroger sur les limites de la définition large du conflit armé international sur laquelle se fonde la théorie de la double qualification et d'en adapter le contenu.

De nombreux éléments de cette définition, selon laquelle un conflit armé international existe chaque fois qu'un État recourt à la force sur le territoire d'un État sans son consentement, ne sont certes pas contestables. Notamment, elle postule à juste titre qu'un conflit armé international peut avoir lieu y compris en l'absence de réaction militaire de l'État dont le territoire est affecté par le recours à la force. N'admettre l'application du droit des conflits armés internationaux qu'en cas de résistance militaire conduirait à rendre ce droit inapplicable à toute première attaque menée contre un État. L'absence d'une telle résistance militaire peut par ailleurs être due non pas à la volonté de l'État attaqué mais aux moyens limités

---

territoire en question et la Convention de Genève IV n'est en principe pas applicable (voir articles 4 et 6 de la Convention), sauf à adopter la position controversée selon laquelle (certaines dispositions de) la Convention s'applique(nt) dès la phase d'invasion (voir not. à ce sujet G. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 404-405). Dans ce dernier cas, il conviendrait toutefois d'établir que la détention présente un lien avec le conflit armé international avec l'État territorial, ce qui est difficilement envisageable si les personnes détenues sont des membres du groupe terroriste ou des civils participant directement aux activités de ce groupe (voir à ce sujet la pratique des États-Unis mentionnée par G. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 403, n. 91).

200. Voir la section II de la Convention de Genève IV de 1949.

201. Voir l'article 2 commun aux conventions de Genève de 1949.

202. Voir également en ce sens D. CARRON, « Transnational… », *op. cit.*, p. 16 concernant la détention de nationaux ennemis.

voire inexistants dont il dispose pour réagir, soit qu'il n'a pas d'armée, soit que son armée mène des opérations contre un autre adversaire et n'est pas en mesure de répondre aux attaques [203]. De même, il semble justifié, comme le soutiennent les partisans d'une définition large du conflit armé international, de considérer qu'un tel conflit peut être déclenché même si l'emploi de la force par un État affecte uniquement la population ou le territoire d'un autre État, plutôt que les forces armées ou le gouvernement de ce dernier. La population et le territoire participent en effet également à l'identification de l'État [204].

Cette définition n'est pas non plus contestable au motif qu'elle reconnaîtrait au consentement de l'État territorial un certain rôle dans la qualification de la situation. D'une part, ce n'est pas parce qu'un tel consentement joue également un rôle dans le *jus ad bellum* que lui attribuer une certaine portée en *jus in bello* reviendrait à rendre celui-ci dépendant de celui-là, en contradiction avec le principe bien établi de nos jours de séparation entre ces deux branches du droit international [205]. Un même concept juridique, tel que le consentement, peut en effet être utilisé dans deux branches distinctes du droit international et emporter des effets juridiques différents sans que l'une de ces branches dépende de l'autre [206].

D'autre part, ce n'est pas parce que la décision d'un État de consentir ou de s'opposer à une intervention sur son territoire est souvent le résultat de considérations politiques qu'il conviendrait de dénier au consentement toute pertinence dans la qualification d'une situation au regard du droit international humanitaire. De telles considérations ont sans doute été à l'origine du changement de position du régime syrien par rapport à l'intervention de la coalition internationale. On sait en effet que le régime a implicitement consenti à cette intervention jusqu'en septembre 2015, date à laquelle la Russie a débuté ses opérations militaires en soutien au régime. Il n'est pas exclu que ce soutien n'ait été accordé par les autorités russes qu'à la condition que la Syrie s'oppose aux interventions de la coalition. Il pourrait sembler à première vue étonnant de faire dépendre l'application du droit international humanitaire de telles considérations de nature subjective, alors que l'évolution de ce droit se caractérise précisément par le rejet progressif de considérations de cette nature. Il n'en demeure pas moins qu'en exprimant son consentement ou son opposition à un acte affectant sa souveraineté, l'État exprime une position officielle, susceptible de produire des effets juridiques. Le consentement d'un État n'est pas un simple fait mais un acte juridique, dont la validité dépend du respect de certaines conditions en droit international [207]. Notamment, pour exister, il doit être certain, même s'il peut être implicite [208]. Autrement dit, son existence doit être objectivement établie.

De manière générale, on doit constater que le consentement joue déjà un rôle essentiel dans une institution bien établie du droit international humanitaire,

---

203. Voir not. aussi en ce sens V. KOUTROULIS, *op. cit.*, p. 12.

204. Voir not. aussi en ce sens K. DÖRMAN, L. LIJNZAAD, M. SASSÒLI et P. SPOERRI (eds.), *op. cit.*, § 224.

205. Voir not. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE et J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, chapitre 1.5.3.

206. Voir not. aussi en ce sens V. KOUTROULIS, *op. cit.*, p. 14.

207. Voir not., en ce qui concerne les conditions du consentement par un État à l'occupation de son territoire aux fins de l'application du droit international humanitaire de l'occupation, *infra*, n. 209. Voir, de manière générale, l'article 20 des Articles sur la responsabilité des États, Assemblée générale des Nations Unies, résolution 56/83, annexe, 12 décembre 2001.

208. De manière générale, le droit international est un droit non formaliste. Il n'exige pas de formalités particulières (voir not. à ce sujet J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, « formalisme », sens A, p. 516). Voir également A. BEN MANSOUR, « Consent », *in* J. CRAWFORD, A. PELLET et S. OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 422.

à savoir l'occupation belligérante [209]. Personne ne conteste ce rôle au motif qu'il rendrait l'application du droit de l'occupation dépendante du *jus ad bellum* ou de considérations politiques. Il n'est pas étonnant en réalité qu'une certaine portée soit attribuée au consentement dans la qualification d'une situation au regard du droit international humanitaire, en particulier dans la détermination d'un conflit armé international. La raison tient principalement à la nécessité d'établir dans chaque cas d'emploi de la force par un État sur le territoire d'un autre État si l'emploi de la force est dirigé « contre » cet État. Cette tâche ne pose pas de difficulté particulière lorsque la force est exercée contre les forces armées de cet État ou lorsque ce dernier oppose une résistance militaire. Elle s'avère par contre éminemment délicate dans toutes les situations où la force est exercée uniquement sur la population ou le territoire de l'État, sans en affecter l'armée ou les infrastructures militaires, et que cet État ne résiste pas à l'intervention. De telles situations conduisent en définitive à s'interroger sur l'existence d'une intention belligérante (ou d'un *animus belligerandi*) dans le chef de l'État recourant à la force. Or, bien que cette intention soit en l'occurrence déterminante, il s'agit d'un élément subjectif, par ailleurs difficilement identifiable. Aussi convient-il qu'elle soit objectivée par une série de facteurs, parmi lesquels figure précisément le consentement. En effet, le consentement de l'État sur le territoire duquel la force est exercée apparaît comme un critère objectif particulièrement utile pour présumer l'inexistence d'une telle intention.

Cela dit, la faiblesse d'une définition large du conflit armé international, soutenant l'émergence d'un tel conflit en cas d'intervention armée non consentie, n'est pas tant d'attribuer une certaine portée à cette absence de consentement que de lui donner un rôle trop important, en en faisant dans tous les cas l'unique critère sur la base duquel un emploi de la force peut être considéré comme dirigé par un État « contre » un autre État. Il est clair, comme souligné précédemment, que lorsqu'un État consent à une intervention militaire sur son territoire, cette intervention ne pourra jamais être envisagée comme un emploi de la force par un État « contre » un autre État, même si cette intervention affecte la population ou les biens de cet État. En ce sens, l'absence de consentement constitue une condition *sine qua non* de l'existence possible d'un conflit armé international. Elle n'en constitue toutefois pas une condition suffisante dans toutes les situations. Autrement dit, en l'absence de consentement, l'intervention militaire n'est pas automatiquement qualifiable d'emploi de la force armée par un État « contre » un autre État [210]. Il peut en effet exister des situations particulières dans lesquelles l'intervention non consentie n'est pas constitutive d'un tel emploi.

L'une de ces situations est précisément celle dans laquelle l'intervention non consentie est exclusivement dirigée contre les groupes armés organisés [211]. Aussi convient-il d'établir les contours précis de cette situation qui exclut la qualification de conflit armé international, ce qui impose de compléter le critère de l'absence de consentement par d'autres éléments qui permettent d'aboutir à une autre qualification, celle de conflit armé non international. Pour ce faire, il ne suffit pas de soutenir que l'État usant de la force sur le territoire de l'autre État contre un groupe armé n'est animé d'aucune intention belligérante (ou *animus belligerendi*) à l'égard de cet État. Il convient d'identifier une série de facteurs objectifs, qui permettent de présumer l'absence d'une telle intention et d'établir que les hostilités n'opposent en l'occurrence que l'État intervenant au groupe armé.

---

209. Voir not. à ce sujet M. SASSÒLI, « The Concept and the Beginning of Occupation », *in* A. CLAPHAM, P. GAETA et M. SASSÒLI (eds.), *op. cit.*, p. 1402.

210. Voir. également en ce sens, D. CARRON, *op. cit.*, p. 345.

211. Voir., pour d'autres situations envisageables, *ibid.*, pp. 346-353 et pp. 375 à 348.

Un facteur déterminant à cet égard tient au statut des personnes et à la nature des biens concernés par les opérations militaires des États intervenants [212]. De telles opérations conduiront uniquement à l'émergence d'un conflit armé non international dès lors que, pendant la période nécessaire à la naissance d'un tel conflit, elles sont dirigées contre les membres du groupe armé et les biens qui contribuent effectivement à l'action militaire de ces groupes. Il n'est certes pas exclu que des opérations militaires dirigées contre d'autres personnes ou d'autres biens, le cas échéant civils, s'inscrivent dans le cadre de ce conflit armé non international. Il conviendra toutefois de démontrer l'existence d'un tel conflit et, comme on le verra plus loin, un lien ou *nexus* entre l'opération militaire en question et ce conflit. En l'absence d'un tel lien, les opérations militaires en question donneront naissance à un conflit armé international avec l'État territorial. Il en va ainsi notamment, dans le cas de la Syrie, d'attaques menées par les États-Unis contre les forces armées syriennes, en dehors de leur lutte contre l'État islamique [213].

D'autres éléments que le statut des personnes et la nature des biens affectés par les actions militaires des États intervenants peuvent servir d'indices à la qualification de conflit armé non international. Il en va ainsi du fait que les principales opérations menées par les États intervenants se concentrent sur le territoire contrôlé par le groupe armé ou que l'État territorial continue de s'abstenir de réagir par la force longtemps après le début de l'intervention [214]. Ces circonstances suggèrent également que les hostilités n'opposent les États intervenants qu'au groupe armé et non à l'État territorial.

Enfin, cette qualification doit elle-même être complétée lorsque l'intervention étrangère se prolonge par une occupation de l'État territorial [215], comme dans le cas de l'intervention menée par la Turquie en Syrie en août 2016 contre l'État islamique et le PKK [216]. Les hostilités exclusivement dirigées contre ces groupes, à l'instar de celles de la coalition internationale contre l'État islamique, restent régies par le droit des conflits armés non internationaux. Néanmoins, en occupant des localités de la Syrie, la Turquie n'est pas uniquement engagée dans de telles hostilités mais y réalise une série d'actes d'administration. Une telle administration est constitutive d'une occupation belligérante conformément aux conventions de Genève, qui prévoient expressément le cas spécifique d'occupation sans résistance militaire [217]. Ces actes d'administration doivent ainsi être régis par le droit de l'occupation, qui n'existe que dans le cadre des conflits armés internationaux.

---

212. Voir également en ce sens *ibid.*, pp. 365-367.

213. Voir not. les frappes des États-Unis contre une base aérienne en Syrie le 6 avril 2017 (« Après l'attaque chimique de Khan Cheikhoun, Donald Trump cible le régime syrien », *Le Monde,* 7 avril 2017) ainsi que celles menées par les États-Unis, la France et le Royaume-Uni dans la nuit du 13 au 14 avril 2018 (« Washington, Londres et Paris frappent le régime syrien pour tenter de rétablir une 'ligne rouge' », *Le Monde*, 14 avril 2018) en réaction à des attaques chimiques que ces États ont attribuées au régime syrien.

214. L'absence de résistance militaire pendant une longue durée suggère en effet que cette absence ne résulte pas de contraintes matérielles (absence d'armée ou impossibilité de mobiliser l'armée) mais de l'absence d'*animus belligerendi*.

215. Voir en ce sens D. CARRON, *op. cit.*, pp. 372-374.

216. Voir *supra*, I, E.

217. Article 2 commun aux quatre conventions de Genève.

V. – CHAMP D'APPLICATION GÉOGRAPHIQUE DU DROIT DES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

L'aspect extraterritorial des interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international ne manque pas de soulever d'autres difficultés relatives au droit applicable. L'une d'elles concerne le champ d'application géographique du droit international humanitaire, en particulier du droit des conflits armés non internationaux. Il convient d'examiner l'approche classiquement retenue en la matière, l'approche territoriale (A), avant de présenter une approche alternative, plus cohérente, à savoir une approche « déterritorialisée », fondée sur le lien ou *nexus* avec le conflit armé (B).

A. *L'approche traditionnelle territoriale*

L'approche traditionnellement admise au sujet du champ d'application géographique du droit international humanitaire est essentiellement territoriale. Elle découle principalement de la jurisprudence pénale internationale. Bien que des formules différentes aient été en l'occurrence utilisées en ce qui concerne le droit des conflits armés non internationaux, ces formules n'envisagent l'application de ce droit que sur le territoire de l'État où se déroulent les hostilités [218]. Elles admettent toutefois qu'il s'applique également au-delà du cadre classique des hostilités actives pour autant que les actions concernées présentent, comme on le développera plus loin [219], un lien ou *nexus* avec ces hostilités. En ce sens, l'approche territoriale ne s'oppose pas à l'applicabilité du droit international humanitaire aux nombreux cas d'actions hostiles menées par les États intervenants contre les groupes terroristes à l'intérieur des frontières de l'État territorial mais éloignées de la zone de combat. Il en va ainsi, notamment, d'un grand nombre d'attaques menées par les États-Unis en Somalie, au Yémen et en Libye [220], dont certaines zones avaient été considérées jusqu'à récemment par les autorités américaines comme zones « *located […] oustide areas of active hostilities* » [221].

Certains étirements de l'approche territoriale, visant à justifier l'applicabilité du droit des conflits armés non internationaux au-delà du territoire de l'État où se déroulent les hostilités, sont par ailleurs soutenus en doctrine. L'un d'eux, largement admis par les auteurs [222] et pouvant se fonder sur une certaine pratique [223], vise le cas d'opérations militaires menées sur le territoire d'États voisins de l'État où se déroule le conflit avec le groupe armé, lorsque ces opérations demeurent suffisamment limitées pour ne pas donner naissance à un conflit armé non inter-

---

218. Voir TPIR, *Procureur c. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, 6 décembre 1999, § 102. Voir également la jurisprudence nationale mentionnée dans N. LUBELL et N. DEREJKO, « A Global Battlefield ? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 70, n. 20. Même si d'autres solutions se dégagent de la jurisprudence, comme celle prévoyant l'application du droit humanitaire à l'ensemble du territoire contrôlé par les parties belligérantes (voir not. TPIY, *Procureur c. Dusko Tadic*, *précit.*, 2 octobre 1995, § 70) ou à l'ensemble du territoire de l'État engagé dans le conflit (voir not. TPIR, *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, §§ 635-636), elles n'ont certainement pas été formulées en vue d'étendre l'applicabilité du droit international humanitaire au-delà du territoire de l'État en proie au conflit.

219. Voir *infra*, B.

220. Voir *supra*, I, C et D.

221. Voir *supra*, n. 33, 38 et 39 pour le changement récent de qualification de ces zones.

222. Voir not., outre les auteurs cités à la note 224, N. MELZER, *op. cit.*, pp. 259-261 ; K. DÖRMANN, L. LIJNZAAD, M. SASSÒLI et P. SPOERRI (eds.), *op. cit.*, pp. 170-171, §§ 474-475.

223. Voir not. la pratique mentionnée par K. DÖRMANN, L. LIJNZAAD, M. SASSÒLI et P. SPOERRI (eds.), *ibid.*, pp. 170-171, n. 198 et 202.

national distinct et s'inscrivent dans la lutte contre le même groupe armé. Il s'agit de l'hypothèse que la doctrine anglo-saxonne qualifie de « *spillover non-international armed conflict* » [224]. Une telle hypothèse n'est pas en réalité incompatible avec une approche traditionnelle du champ d'application géographique du droit international humanitaire. Plusieurs auteurs en justifient le bien-fondé en recourant à des considérations de nature exclusivement territoriale. Ils admettent ainsi l'application du droit en question sur le territoire d'un État voisin à l'État où se déroule le conflit en raison de la « *contiguity of land surface* » entre les deux États [225]. C'est en ce sens que la France a justifié l'application du droit international humanitaire aux opérations menées par ses forces sur les territoires voisins du Mali, en déclarant que ce droit était « bien applicable [aux] relations [entre les forces françaises et] les groupes armés agissant initialement au Mali, puis sur [ces] territoires […] dès lors que le *continuum territorial* et opérationnel [était] établi […] » [226].

Un autre étirement de l'approche territoriale est en revanche plus controversé, celui de l'applicabilité du droit des conflits armés non internationaux sur le territoire des États intervenants. Plusieurs auteurs en soutiennent toutefois le bien-fondé sans rompre avec l'approche traditionnelle [227]. Le droit des conflits armés non internationaux devrait s'appliquer au territoire de l'État intervenant dans la mesure où il est partie au conflit armé [228], de la même manière que ce droit s'applique dans le cas de conflits armés internes « classiques » à celui de l'État engagé dans un conflit sur son propre territoire. Il s'agirait ainsi tout au plus d'étendre l'application géographique du droit des conflits armés non internationaux au territoire de tout État partie au conflit, tout en continuant de limiter cette application aux frontières de cet État. C'est là toutefois une extension controversée de l'approche territoriale [229].

Quoi qu'il en soit, cette approche exclut clairement tout étirement qui consisterait à justifier l'applicabilité du droit des conflits armés non internationaux aux actes ayant lieu sur le territoire d'États non parties au conflit, qui ne seraient par ailleurs pas voisins de celui où se déroulent les hostilités [230]. Il s'agit certes là d'un cas de figure moins fréquent dans la pratique contemporaine relative à la lutte armée contre le terrorisme international à l'étranger. Il existe toutefois plusieurs situations dans lesquelles des attentats ont été perpétrés au nom de groupes terro-

---

224. Voir not. J. PEJIC, *op. cit.*, pp. 14-15 ; M. N. SCHMITT, « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *International Law Studies*, 2014, pp. 11-12.

225. J. PEJIC, *op. cit.*, p. 15.

226. Intervention de Mme C. Landais, directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense français, à la 17e édition du colloque de Bruges, *op. cit.*, p. 77 – italiques ajoutées.

227. Voir not. à ce sujet J. PEJIC, *op. cit.*, p. 31 ; M. N. SCHMITT, *op. cit.*, p. 16.

228. Voir not. J. PEJIC, *op. cit.*, p. 31; « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », Rapport du CICR, octobre 2015, https://www.icrc.org/fr/document/le-droit-international-humanitaire-et-les-defis-poses-par-les-conflits-armes-contemporains, pp. 17-18.

229. Voir not. « Netherlands Advisory Committee on Issues of Public International Law (CAVV), Advisory Report on Armed Drones, Advisory Report No. 23 », La Haye, juillet 2013, p. 16 et l'attitude prudente du CICR à ce sujet dans son commentaire de 2016 de l'article 3 de la Convention de Genève I (K. DÖRMANN, L. LIJNZAAD, M. SASSÒLI et P. SPOERRI (eds.), *op. cit.*, p. 170, § 473), qui contraste avec sa position claire en ce sens dans son rapport publié en 2015 dans le cadre de la XXXIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (voir *supra*, n. 228). Il serait erroné de soutenir que cette extension est clairement en ligne avec la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux au motif que certains d'entre eux ont indiqué que le droit des conflits armés non internationaux s'appliquait à l'ensemble du territoire contrôlé par les parties belligérantes (voir not. TPIY, *Procureur c. Dusko Tadic*, *précit.*, 2 octobre 1995, § 70) ou à l'ensemble du territoire de l'État engagé dans le conflit (voir not. TPIR, *Procureur c. Akayesu*, *précit*, §§ 635-6). Ce serait donner à ces formules une portée qu'elles ne pouvaient avoir dans la mesure où ces tribunaux n'entendaient certainement pas, ce faisant, étendre l'applicabilité de ce droit au-delà du territoire de l'État où se déroulent les hostilités (voir *supra*, n. 218).

230. Voir not. J. PEJIC, *op. cit.*, pp. 31-39.

ristes au-delà des frontières de l'État territorial, sur le territoire d'États non voisins et qui n'étaient pas militairement impliqués dans les opérations menées à l'étranger contre ces groupes. Il en va ainsi notamment de certains attentats perpétrés en Tunisie au nom de l'État islamique en 2015 contre des touristes ayant la nationalité des États impliqués dans la coalition internationale contre l'organisation terroriste [231].

L'approche territoriale ainsi comprise pose toutefois question dans la mesure où elle fait dépendre l'applicabilité du droit international humanitaire, en particulier du droit des conflits armés non internationaux, du franchissement des frontières et de la distance géographique avec les hostilités actives. Le premier critère, celui du franchissement des frontières, ne paraît en effet pertinent qu'en ce qui concerne le *jus ad bellum* et non le droit international humanitaire. C'est une conséquence logique de l'objet même de ce dernier, qui n'est pas, contrairement au *jus ad bellum*, de réglementer l'usage de la force par un État sur le territoire d'autres États, mais de réglementer les relations entre les parties à un conflit, indépendamment de l'endroit où elles se trouvent. Ce serait confondre les rôles joués par ces deux branches distinctes du droit international que de fonder l'applicabilité du droit international humanitaire sur le critère des frontières, qu'il s'agisse uniquement de celles de l'État territorial ou de celles de tout autre État. À cet égard, si le but avancé par certains, dont le CICR [232], pour justifier l'extension territoriale du droit des conflits armés non internationaux aux territoires voisins est d'éviter que les parties au conflit puissent se soustraire aux obligations de ce droit par le franchissement d'une frontière, il serait incohérent d'accepter un tel effet en cas de franchissement d'une frontière supplémentaire.

De même, il ne semble pas que la distance géographique par rapport aux hostilités actives constitue un critère pertinent pour l'applicabilité du droit international humanitaire, contrairement à ce qu'envisage l'approche territoriale. En ce sens, si l'on admet, comme le soutient la majorité de la doctrine [233], que le droit des conflits armés non internationaux s'applique aux territoires d'États voisins, en raison de la proximité géographique avec l'État où se déroulent les hostilités, il serait incohérent qu'il ne s'applique pas à des actes liés au conflit ayant lieu à des distances aussi proches, voire plus proches, mais sur le territoire d'États non voisins. Dans le même sens, on peut se demander ce qui justifie que l'on admette l'applicabilité du droit des conflits armés non internationaux à des actes parfois très éloignés des hostilités actives dès lors qu'ils ont lieu sur le territoire de l'État où se déroulent ces hostilités, mais que l'on en refuse l'application à des actes beaucoup plus proches au motif qu'ils sont localisés sur le territoire d'États non voisins [234]. Il convient dès lors d'envisager une autre approche qui n'aboutissent pas à de telles incohérences.

B. *Une approche « déterritorialisée »*

Une autre position, également soutenue par une partie de la doctrine [235], relève d'une approche « déterritorialisée » du champ d'application géographique du droit des conflits armés non internationaux, au sens où elle ne fait plus dépendre l'appli-

---

231. Voir not. « Le terrorisme frappe à nouveau la Tunisie », *Le Monde*, 26 juin 2015.

232. Voir « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », rapport du CICR en vue de la 31e conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, 2011, https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf, p. 11.

233. Voir *supra*, n. 222.

234. Voir, pour des arguments similaires, N. LUBELL et N. DEREJKO, *op. cit.*, pp. 80-81.

235. Voir not. *ibid.*, pp. 65-88 ; L. ARIMATSU, « Territory, Boundaries and the Law of Armed Conflict », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2009, p. 189.

cabilité de ce droit de critères territoriaux mais de l'existence d'un lien ou *nexus* entre l'acte concerné et le conflit armé se déroulant sur le territoire d'un État [236]. Outre qu'elle permet d'éviter les incohérences d'une approche territoriale, elle ne semble exclue ni par les textes juridiques pertinents ni par la jurisprudence pénale internationale.

S'agissant tout d'abord des textes juridiques, en l'occurrence de l'article 3 commun et du Protocole II, leurs auteurs n'envisageaient certes leur application que sur le territoire où se déroulait le conflit dans la mesure où, comme on le sait [237], les situations qu'ils entendaient réglementer étaient celles de conflits armés internes « classiques ». Néanmoins, ces textes n'imposent en tant que tels aucune limitation géographique. En particulier, les termes selon lesquels ils s'appliquent aux « conflits armés [qui se déroulent] sur le territoire d'une Haute Partie contractante » [238] sont généralement interprétés de nos jours non pas comme limitant géographiquement leur application au seul territoire d'un État partie mais comme visant à assurer qu'ils ne s'appliquent que sur le territoire d'États ayant ratifié les traités en question [239]. Certaines dispositions du Protocole II semblent même implicitement reconnaître une approche « déterritorialisée », fondée sur le *nexus*. Il en va ainsi de certaines règles relatives à la détention [240], aux garanties en cas de poursuites pénales [241] et au déplacement de population [242], qui font expressément dépendre leur application de l'existence d'un lien avec le conflit armé.

S'agissant ensuite de la jurisprudence pénale internationale, il convient également de constater qu'elle ne s'est pas prononcée sur une telle approche et ne l'a donc pas exclue. Si les critères identifiés par les juridictions pénales internationales n'envisagent l'application du droit des conflits armés non internationaux que sur le territoire de l'État où se déroulent les hostilités, c'est en effet uniquement parce que ces juridictions n'ont été amenées à se prononcer que sur de telles situations de conflits armés internes « classiques » [243]. Par ailleurs, elles ont admis, comme on le sait, que l'applicabilité du droit international humanitaire puisse s'étendre au-delà des hostilités actives et régir un acte en raison de son lien avec le conflit armé [244].

Il convient néanmoins de circonscrire les contours de cette approche « déterritorialisée » afin de limiter l'extension du droit des conflits armés non internationaux à laquelle elle est susceptible de conduire (1) et de tempérer les craintes qu'une telle extension pourrait susciter (2).

---

236. Voir not., au sujet du critère du *nexus* développé dans la jurisprudence pénale internationale, G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 38-47 ; A. CASSESE, « The Nexus Requirement for War Crimes », *Journal of International Criminal Justice*, 2012, pp. 1395-1417.

237. Voir *supra*, n. 130 et III, A.

238. Voir l'article 3 commun aux conventions de Genève et l'article 1er du Protocole additionnel II.

239. Voir not. S. VITÉ, « La typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2009, p. 17 ; S. SIVAKUMARAN, *op. cit.*, p. 229 et les nombreux auteurs cités à la note 121.

240. Voir l'article 5, 1 du Protocole, qui ne réglemente l'internement et la détention que « des personnes privées de liberté pour des motifs *en relation avec le conflit armé* » (italiques ajoutées), et la jurisprudence du TPIY à ce sujet, *Procureur c. Dusko Tadic*, *précit.*, 2 octobre 1995, § 69.

241. Voir l'article 6, 1 du Protocole, qui prévoit des garanties en cas de poursuites pénales uniquement pour les « infractions pénales *en relation avec le conflit armé* » (italiques ajoutées).

242. Voir l'article 17 du Protocole, qui prévoit que le déplacement de la population civile est interdit lorsque les raisons de ce déplacement « [ont] trait au conflit [armé] ».

243. Voir not. en ce sens S. SIVAKUMARAN, *op. cit.*, p. 232.

244. Dans l'affaire *Kunarac*, la chambre d'Appel a clairement montré que l'acte ne devait pas nécessairement être commis dans le cadre des hostilités pour être régi par le droit international humanitaire mais qu'il suffisait qu'un lien soit établi entre cet acte et le conflit armé (TPIY, *Le Procureur c. Dragolub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, 12 juin 2002, IT-96-23/1-A, p. 18, § 57).

1. *Contours*

Bien que « déterritorialisée », l'approche en question n'est pas entièrement exempte de toute considération territoriale. D'une part, elle suppose l'existence d'un conflit armé qui se déroule au moins sur le territoire d'un État. En ce sens, si elle admet l'application possible du droit international humanitaire au monde entier et conduit ainsi à ce que la doctrine anglo-saxonne qualifie de « *global battle -field* » [245], celui-ci demeure toujours ancré dans une situation territoriale spécifique [246]. D'autre part, il doit exister un lien clair entre l'acte concerné et cette situation. Conformément à la jurisprudence pénale internationale sur le sujet [247], différents indices (ou facteurs) peuvent être utilisés pour révéler, avec plus ou moins de force, l'existence d'un tel lien. L'un d'eux est précisément la proximité géographique avec les hostilités ou le territoire contrôlé par les parties au conflit. C'est en ce sens que l'on admet généralement que le droit international humanitaire s'applique aux actes ayant lieu dans le cadre des hostilités actives. En effet, un tel degré de proximité avec ces hostilités fait présumer de manière particulièrement forte l'existence d'un lien entre l'acte concerné et celles-ci.

En outre, dans la mesure où l'acte doit s'inscrire dans les relations entre les mêmes parties que celles qui s'opposent sur le territoire de l'État où se déroulent les hostilités, un autre indice déterminant d'un tel lien est la nature du bien et le statut de la personne concernés par l'acte. En ce sens, l'existence du lien est également fortement présumée si ce bien ou cette personne relève d'une des parties au conflit. Un élément essentiel est donc l'appartenance aux parties en question. L'appartenance des personnes à un groupe armé constitue à cet égard l'une des questions les plus délicates. Différentes théories s'affrontent à ce sujet [248]. Toutefois, quelle que soit la théorie retenue, il ne suffit pas qu'une personne prête allégeance à un groupe armé pour qu'elle appartienne à ce groupe. Tout au plus pourrait-on envisager cette personne, si elle mène des actes d'hostilités en soutien à un groupe armé dans le cadre des hostilités qui opposent ce groupe à l'État intervenant, comme un civil participant directement à ces hostilités pourvu que les conditions d'une telle participation soient remplies.

Ces questions se posent de manière particulièrement aiguë en ce qui concerne les nombreux attentats récemment commis sur le territoire d'États intervenants au nom de groupes terroristes, en particulier l'État islamique. L'applicabilité du droit international humanitaire à ces attentats ainsi qu'aux actions coercitives menées contre les personnes suspectées de les avoir commis dépend en effet de l'appartenance de ces personnes à l'organisation terroriste ou de leur participation directe aux hostilités entre cette organisation et l'État intervenant. La pratique montre que les personnes impliquées dans ces attentats avaient des profils divers. Certaines de ces personnes constituaient manifestement des membres de l'État islamique. Il en va ainsi notamment de certains auteurs et complices présumés des attentats de Paris et de Bruxelles, ayant été entraînés en Syrie au sein de l'organisation terroriste et ayant participé aux combats sur le territoire syrien [249]. La

---

245. Voir not. N. LUBELL et N. DEREJKO, *op. cit.*, p. 65.

246. Voir, en ce qui concerne les auteurs insistant sur cet ancrage territorial, M. MILANOVIC, « The End of Application of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, 2014, p. 186.

247. Voir not. TPIY, *Le Procureur c. Dragolub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, *précit.*, p. 18, § 58 ; TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, 21 mai 1999, ICTR-95-1-T, p. 54, § 188.

248. Voir not. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE et J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, chapitre 5.3.3.

249. Voir not., au sujet d'une description de ces profils qui permettent de penser qu'ils étaient membres de l'État islamique au sens du droit international humanitaire, notamment parce qu'ils avaient participé à des entraînements au sein du groupe terroriste ou pris part aux combats, « Attentats du

plupart de ces attentats ont néanmoins été commis par des personnes qui ne sont pas membres de l'État islamique, bien que ces personnes aient prêté allégeance à l'organisation terroriste et que celle-ci ait revendiqué ces attentats en présentant leurs auteurs comme leurs soldats, agissant en riposte aux attaques menées à son encontre en Syrie et en Irak [250]. Dans ces nombreux cas, il ne semble pas que les auteurs de ces attentats aient toujours eu pour objectif de soutenir l'organisation terroriste dans le conflit qui l'opposait à l'État intervenant en Syrie ou en Irak, mais plutôt de manifester seulement leur adhésion aux valeurs de l'État islamique ou toute forme de contestation à l'égard des autorités de l'État dont ils étaient les nationaux [251]. Ces personnes ne pouvaient donc être envisagées comme des civils apportant un soutien direct à l'organisation terroriste dans sa lutte contre l'État intervenant à l'étranger et leurs actes de violence comme régis par le droit des conflits armés non internationaux. Autrement dit, les cas d'applicabilité de ce droit sur le territoire des États intervenants, en lien avec les attentats commis au nom de l'Etat islamique, demeurent particulièrement limités.

2. *Risques tempérés*

L'extension du champ d'application du droit des conflits armés non internationaux, à laquelle conduit l'approche « déterritorialisée », pourrait susciter certaines craintes, particulièrement dans le cas de la lutte armée contre des groupes terroristes tels que l'État islamique ou les entités affiliées à Al-Qaida. On peut ainsi se demander si elle n'est pas susceptible de faciliter le recours à des mesures coercitives contre les personnes suspectées d'appartenir aux groupes terroristes, en permettant aux États de se soustraire à leurs obligations plus protectrices prévues

---

13 novembre : qui sont les suspects toujours recherchés ? », *Le Monde*, 21 mars 2016 ; « Najim Laachraoui, maillon essentiel des attentats de Paris et Bruxelles », *Le Monde*, 23 avril 2016. Voir également, en ce qui concerne d'autres membres présumés de l'État islamique, « Un proche présumé d'Abaaoud arrêté en Allemagne », *Le Monde*, 8 juillet 2016; « Attentats du 13 novembre : les confessions du quatrième commando », *Le Monde*, 26 avril 2016 ; « Attaque du Thalys : le terroriste était sous les ordres d'Abdelhamid Abaaoud », *Le Monde*, 19 décembre 2016 ; « Attentats de Téhéran : les assaillants avaient combattu aux côtés de l'EI en Irak et en Syrie », *Le Monde*, 8 juin 2017 ; « Danemark : quatre combattants présumés de l'EI arrêtés, des armes saisies », *Le Monde*, 7 avril 2016.

250. Voir not., s'agissant de l'Allemagne, « Pour la première fois, l'organisation État islamique revendique une attaque en Allemagne », *Le Monde*, 20 juillet 2016 ; « L'organisation État islamique revendique l'attentat d'Ansbach, en Allemagne », *Le Monde*, 25 juillet 2016 ; « Allemagne : le groupe État islamique revendique un meurtre à Hambourg », *Le Monde*, 30 octobre 2016 ; « Allemagne : quatre blessés lors d'une attaque à la hache dans un train », *Le Monde*, 18 juillet 2016. Voir not., s'agissant de la France, « Que sait-on de Larossi Abballa, le meurtrier d'un couple de policiers à Magnanville ? », *Le Monde*, 14 juin 2016 ; « Saint-Étienne-du-Rouvray : le deuxième tueur identifié », *Le Monde*, 28 juillet 2016 ; « Ines Madani, la djihadiste qui se faisait passer pour un homme », *Le Monde*, 7 novembre 2016 ; « Derrière l'attaque de Notre-Dame, un ancien journaliste doctorant en sciences de l'information », *Le Monde*, 7 juin 2017 ; « Attaque des Champs-Elysées : les questions que pose la revendication de l'État islamique », *Le Monde*, 21 avril 2017 ; « Le profil inédit de Mohamed Lahouaiej Bouhlel, auteur de l'attentat de Nice », *Le Monde*, 16 juillet 2016. Voir not., s'agissant des États-Unis, « Qui est Omar Mateen, l'auteur de l'attentat d'Orlando ? », *Le Monde*, 12 juin 2016. Voir not., s'agissant de la Belgique, « En Belgique, l'attaque à la machette, à Charleroi, ravive l'angoisse du terrorisme », *Le Monde*, 8 août 2016. Voir not., s'agissant du Royaume-Uni, « Attentat de Londres : la police dévoile l'identité de deux des trois assaillants », *Le Monde,* 5 juin 2017 ; « Attentat de Londres : les terroristes voulaient louer un poids lourd pour faire plus de morts », *Le Monde*, 10 juin 2017. Voir not., s'agissant du Kenya, « l'État islamique revendique son premier attentat au Kenya », *Le Monde*, 15 septembre 2016. Voir not., s'agissant de la Turquie, « Attentat d'Istanbul : l'auteur, identifié, aurait été localisé », *Le Monde*, 5 janvier 2017.

251. Dans certains cas, aucun lien n'a pu être établi entre l'auteur de l'attentat et l'État islamique, bien que celui-ci en ait revendiqué la paternité ; voir not. les attentats mentionnés dans « Attaque des Champs-Elysées : les questions que pose la revendication de l'État islamique », *précit.* ; « Mohamed Bouhlel, l'auteur de l'attentat de Nice, décrit comme 'simplet', 'influençable' et 'sadique' par ses proches », *Le Monde* 2 octobre 2016 ; « Attentat de Londres : la police n'a trouvé aucun lien entre l'assaillant et des groupes djihadistes », *Le Monde*, 27 mars 2017.

par le droit international des droits de l'homme lorsqu'ils exercent un contrôle sur ces personnes. Cette crainte concerne principalement le cas de l'usage de la force létale par les États intervenants, en dehors du cadre des hostilités actives, sur les territoires qu'ils contrôlent et, en particulier, leur propre territoire. On doit admettre que le droit international humanitaire, qu'il régisse les conflits armés internationaux ou non internationaux, n'interdit pas d'utiliser une telle force contre certaines personnes : les membres des forces armées étatiques ou non étatiques peuvent être ciblés à tout moment ainsi que les civils participant directement aux hostilités pendant la durée de leur participation. Les droits de l'homme font, quant à eux, dépendre la légalité du recours à la force létale des circonstances du cas d'espèce et imposent des conditions restrictives, notamment de n'user de cette force qu'en dernier ressort, après avoir tenté de capturer et d'arrêter la personne. La doctrine distingue ainsi généralement deux paradigmes en la matière [252], à savoir, respectivement, le paradigme de droit international humanitaire, plus souple, et celui des droits de l'homme, plus strict, qualifié dans la doctrine anglo-saxonne de « *law enforcement paradigm* ». Selon la position classique, partagée par les États, seul le paradigme de droit international humanitaire s'applique en tant que *lex specialis* à tous les cas d'usage de la force létale dans les situations de conflit armé, y compris en dehors des hostilités actives, même lorsque les droits de l'homme sont également applicables. Aussi pourrait-on craindre que toute extension du droit des conflits armés non internationaux ne rende légales des attaques qui ne le seraient pas en vertu des droits de l'homme. Cette crainte doit être relativisée. Il existe une tendance croissante dans la pratique, la jurisprudence et la doctrine à exiger d'un État qui contrôle le territoire où se trouve une personne de n'user de la force létale contre cette personne que si cet usage est absolument nécessaire et qu'une solution alternative, à savoir sa capture et son arrestation, n'est pas praticable, même si cette personne constitue une cible légitime au regard du droit international humanitaire [253]. Cette tendance peut se fonder sur trois approches différentes.

La première continue de postuler une application exclusive du paradigme de droit international humanitaire dans les situations de conflits armés mais donne une interprétation différente de ce paradigme. Selon cette approche, si le droit humanitaire n'interdit pas d'attaquer certaines personnes, cette absence d'interdiction ne signifierait pas que la force létale puisse être exercée à leur encontre en toutes circonstances, sans que d'autres considérations soient prises en compte. C'est la position que soutient le guide interprétatif du CICR sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire. Il y est en effet indiqué que « le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent » [254]. Cette restriction découlerait de l'application combinée des principes de nécessité militaire et d'humanité, sur lesquels repose l'ensemble du droit humanitaire. Toujours selon le guide interprétatif, la fonction restrictive de ces principes « peut devenir décisive […] *quand une partie au conflit exerce un contrôle territorial effectif, tout particulièrement* […] *lors de conflits armés*

252. Voir not., au sujet de la distinction entre ces deux paradigmes, G. GAGGIOLI (ed.), « Expert Meeting. The Use of Force in Armed Conflicts. Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement », *ICRC*, 2013, https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf, pp. 4-12.

253. De telles approches soulèvent certainement de nombreuses questions en ce qui concerne l'arrestation et la détention des personnes par les États intervenants, particulièrement lorsque ces personnes sont à l'étranger et que l'État territorial n'y a pas consenti. Il en va ainsi, notamment, de l'identification du régime juridique sous lequel aurait lieu l'arrestation. Néanmoins, comme indiqué plus haut (voir *supra*, n. 3), ces questions ne seront pas examinées dans cet article.

254. « Guide interprétatif… », *précit.*, p. 80.

non internationaux » [255]. Cette approche est certes contestée [256]. Elle peut toutefois s'appuyer sur plusieurs éléments [257], dont une certaine lecture de plusieurs dispositions du droit international humanitaire, telle que celle interdisant de causer des maux superflus à l'ennemi, de la jurisprudence [258] et de la pratique [259].

Deux autres approches, conduisant au même résultat, se fondent sur l'application des droits de l'homme. L'une d'elles soutient l'application exclusive de ces droits. D'aucuns estiment en effet qu'en dehors du cadre des hostilités actives, lorsque l'État exerce un contrôle effectif sur le territoire où se trouvent les personnes ciblées et, en particulier, sur son territoire, le principe de la *lex specialis* impose que le droit international humanitaire, interprété en son sens classique comme permettant d'user de la force létale en toutes circonstances contre les personnes qu'il n'interdit pas d'attaquer, cède la place aux droits de l'homme, plus restrictifs [260]. Il n'est pas exclu que l'on puisse interpréter en ce sens les déclarations de la représentante du ministère de la Défense français, qui a affirmé, au sujet du droit appliqué par les autorités françaises au lendemain des attentats de novembre 2015, que « *some have claimed that the intensity had been reached [on the French soil] but that France had virtuously decided not to apply IHL and to stick to human rights and law enforcement paradigm* » [261].

Cela dit, les contours du principe de la *lex specialis* ne sont pas clairs et il n'est guère aisé, particulièrement dans le cadre de conflits armés non internationaux, de déterminer quelle est, du droit international humanitaire ou des droits de l'homme, la branche de droit international qui constitue la *lex specialis*. Aussi peut-on avancer une dernière approche, aboutissant à une solution similaire sans recourir à ce principe, en soutenant que les deux régimes, ne se contredisant pas, s'appliquent de manière concomitante aussi bien dans le cadre qu'en dehors des hostilités actives. Dans le cadre de telles hostilités, cette application ne devrait en principe pas conduire à une solution divergente [262]. En revanche, si, en dehors du cadre des hostilités actives, l'application du régime des droits de l'homme devait aboutir en principe à une interdiction plus large d'user de la force létale, il ne faudrait pas concevoir cette interdiction comme contredisant celle plus limitée du droit international humanitaire mais plutôt comme s'ajoutant à celle-ci et la complétant. Les deux interdictions se cumuleraient et devraient ainsi toutes les deux être respectées par l'État partie au conflit.

Il est vrai que cette conception d'un usage limité de la force létale dans les situations de conflits armés, lorsque les États agissent en dehors des zones d'hostilités actives et contrôlent effectivement le territoire où se trouve la personne pouvant

---

255. *Ibid.*, p. 83, notes omises.

256. Voir not. W. H. PARKS, « Part IX of the ICRC 'Direct Participation of Hostilities' Study : No Mandate, No Expertise, an Legally Incorrect », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 769 et s.

257. Voir à ce sujet N. MELZER, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity : A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 909-913.

258. Voir not. Cour suprême israélienne, 14 décembre 2006, affaire HCJ 769/02, § 40 ; « General Comment n° 3 of the African Commission of Human and Peoples' Rights », § 34, http://www.achpr.org/files/instruments/general-comments-right-to-life/general_comment_no_3_english.pdf.

259. Voir not. le manuel militaire colombien, Colombia, Commando General Fuerzas Militares, Manual de Derecho Operacional, FF.MM, 2009, pp. 3-41.

260. Voir not. D. KRETZMER, A. BEN-YEHUDA et M. FURTH, « Thou Shall Not Kill: The Use of Lethal Force in Non-International Armed Conflicts », *Israel Law Review*, 2014, pp. 191 et s.

261. Voir l'intervention de Mme C. Landais, directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense français, à la 17e édition du colloque de Bruges, *op. cit.*, p. 104.

262. Voir not. en ce sens M. SASSÒLI et L.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*, 2008, p. 613

être ciblée, demeure contestée en droit. Quoi qu'il en soit, on doit constater qu'en raison de « *policy considerations* », elle est souvent suivie dans les faits, la pratique témoignant en effet de ce que toutes les mesures sont généralement prises pour tenter d'arrêter la personne plutôt que de recourir à la force létale à son encontre dans de telles situations [263].

VI. – LÉGISLATION ANTI-TERRORISTE ET DROIT DES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

Les difficultés que posent les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international au regard du droit international humanitaire ne sont pas toutes liées à l'élément extraterritorial de ces interventions. Certaines résultent également de la nature en l'occurrence terroriste des groupes armés faisant l'objet de telles interventions. Elles concernent les poursuites pénales exercées par les États intervenants à l'encontre des personnes impliquées dans les activités de ces groupes. Il s'agit le plus souvent de nationaux de ces États, soit capturés à l'étranger et remis à leurs autorités, soit revenant d'eux-mêmes sur le territoire de leur État et arrêtés à cette occasion. Force est de constater que les États intervenants ont tendance à privilégier les poursuites pénales pour infractions terroristes plutôt que pour violations graves du droit international humanitaire, constitutives de crimes de guerre [264]. Cette pratique soulève la délicate question des rapports entre la législation relative à la lutte contre le terrorisme et le droit

263. Voir not. G. GAGGIOLI, *op. cit.*, p. 23. Il est vrai qu'il est reproché à certains États intervenant en Irak et en Syrie de privilégier l'usage de la force létale contre leurs ressortissants membres de l'État islamique, afin d'éviter leur retour dans leur pays d'origine. Voir en ce sens « France's Special Forces Hunt French Militants Fighting for Islamic State », *Wall Street Journal*, 29 mai 2017. Néanmoins, il s'agit généralement d'opérations menées dans le cadre d'hostilités actives et non sur un territoire effectivement contrôlé par l'État territorial ou les États intervenants. En tous les cas, les opérations en question n'ont pas lieu sur le territoire de ces derniers.

264. Voir not., en ce qui concerne les États luttant contre Boko Haram et, en particulier, le Niger, Tribunal militaire de Maroua, *Ministère public c. Mataba Moussa, Boukar Goni, Ousmanou Ahmadou, Zakaria Amadou Ali,* jugement du 12 août 2016, inédit ; Tribunal militaire de Maroua, *Ministère public c. Oumar Ramat*, jugement du 19 juillet 2016, inédit ; Tribunal militaire de Maroua, *Ministère public c. Mode Oumarou, T. Yerima*, jugement du 18 octobre 2016, inédit ; Tribunal militaire de Maroua, *Ministère public c. Baba Gana Alhadji Ali, Baba Gana Alhadji Ousman*, jugement du 17 janvier 2017, inédit ; s'agissant du Tchad, « Chad Execute 10 Boko Haram fighters over deadly attacks », 29 août 2015, *BBC* ; et s'agissant du Nigéra, « Nigerian Courts Convict 40 Boko Haram Members », *Premium Times*, 24 février 2014. Voir not., en ce qui concerne les États luttant contre Al-Schabaab et, en particulier, s'agissant de l'Ouganda, « Prison à vie pour les auteurs des attentats de Kampala en 2010 », *Le Parisien,* 27 mai 2016 ; et s'agissant des États-Unis, « U.S. Department of Justice. United States Attorney, Southern District of New York », 20 décembre 2011, https://lawfare.s3-us-west-2.amazonaws.com/staging/s3fs-public/uploads/2013/03/Warsame-Ahmed-Abdulkadir-Plea-Agreement.pdf; « U.S. Citizen Pleads Guilty to Providing Material Support to Al Shabaab », 8 septembre 2017, https://www.justice.gov/opa/pr/us-citizen-pleads-guilty-providing-material-support-al-shabaab. Voir not., en ce qui concerne les États intervenant contre le terrorisme international en Syrie et en Irak et, en particulier, s'agissant de la Belgique, Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, traduction officielle, inédit ; Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 juillet 2015, inédit ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 6 novembre 2015, inédit ; Corr. Bruxelles (90e ch.), 25 novembre 2015, inédit ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 22 janvier 2016, inédit ; Anvers (14e ch. Corr.), 27 janvier 2016, traduction officielle, inédit ; Corr. Bruxelles (90e ch.), Corr. Bruxelles (70e ch.), 29 janvier 2016, inédit ; Corr. Bruxelles (90e ch.), 11 juin 2018, inédit ; s'agissant de la France, « Le djihadiste français capturé au Mali mis en examen », *Le Monde*, 22 mars 2013 ; Cour de Cassation, chambre criminelle, arrêt n° 5259, 7 octobre 2016 ; « Jusqu'à 10 ans de prison au procès de la filière djihadiste de Champigny », *Le Monde*, 12 avril 2016 ; « Le djihadiste français Nicolas Moreau condamné à dix ans de prison », *Le Monde*, 2 janvier 2017 ; « Filière djihadiste de Strasbourg : le parquet de Paris fait appel du jugement », *Le Monde*, 25 juillet 2016 ; « La justice juge par sécurité des djihadistes français présumés morts », *Le Monde*, 10 mars 2017 ; s'agissant des États-Unis, « American Sentences to 20 Years for Joining ISIS », 27 octobre 2017, https://www.justice.gov/opa/pr/american-sentenced-20-years-joining-isis.

international humanitaire, particulièrement problématiques en ce qui concerne les conflits armés non internationaux [265]. Il convient de souligner les différences majeures qui existent entre le terrorisme de paix et le terrorisme de guerre (A) en vue de justifier l'application exclusive du droit international humanitaire à tous les actes terroristes régis par ce droit (B).

A. *Terrorisme de paix et terrorisme de guerre*

Les instruments internationaux et nationaux en matière de terrorisme qualifient de terroristes certains actes attentatoires à l'intégrité physique ou aux biens en fonction du but poursuivi par leur auteur. Or, la plupart des législations antiterroristes, y compris celles récemment adoptées par certains États en vue de lutter contre les groupes armés affiliés à Al-Qaida et à l'État islamique [266], mentionnent parmi ces buts, non seulement celui de répandre la terreur parmi la population mais également celui de contraindre le gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte. Il est clair qu'un tel but est en principe poursuivi par tout groupe armé qui lutte contre un gouvernement dans le cadre d'un conflit armé non international. Par conséquent, les actes d'hostilités des membres d'un tel groupe seront nécessairement qualifiables d'actes terroristes, même s'ils ne violent pas le droit international humanitaire et quelle que soit la cause, même louable, que le groupe entend défendre [267]. Ne bénéficiant pas du privilège du combattant, les membres du groupe pourront être poursuivis non seulement pour infractions de droit commun, telles que le meurtre, les coups et blessures ou la destruction de biens, mais également pour acte terroriste, lequel constitue une circonstance aggravante à l'infraction de droit commun et conduit à des peines en principe plus sévères. En ce sens, la qualification de terroriste ajoute une « strate supplémentaire d'incrimination » à celle déjà existante dans le droit national commun, réduisant ainsi et « encore plus les chances d'obtenir que [les] règles [du droit international humanitaire] soient respectées [par ces groupes] » [268], dans la mesure où leurs membres pourront nécessairement faire l'objet de poursuites pénales, y compris pour terrorisme, même s'ils se conforment à ce droit [269].

De l'autre côté, on constate que le terrorisme fait déjà l'objet d'une réglementation spécifique en temps de conflit armé par le droit international humanitaire, y compris lorsque le conflit est de nature non internationale. Dans le cadre de la protection des civils contre les attaques, ce droit interdit « les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population

---

265. Voir not., au sujet de cette question, M. SASSÒLI, « Terrorism and War », *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 959-981 ; T. FERRARO, « Interaction and Overlap between Counter-Terrorism Legislation and International Humanitarian Law », *in Les Actes du 17e Colloque de Bruges…*, *op. cit.*, pp. 25-30.

266. Voir not., en ce qui concerne le Tchad, Loi n° 034/PR/2015 portant Répression des actes de terrorisme, adoptée le 30 juillet 2015, article 3, b) ; le Cameroun, Loi n° 2014/018 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme, article 2, 1), a). Voir, de manière générale, au niveau mondial, le Projet de convention générale sur le terrorisme international, A/59/894, 12 août 2005, article 2, 1), c), et, au niveau européen, Directive relative à la lutte contre le terrorisme, 15 mars 2017, 2017/541, article 3, 2), b).

267. Voir, en particulier, à cet égard certaines conventions régionales anti-terroristes qui excluent expressément de leur champ d'application les actes commis dans le cadre de guerres de libération nationale dans la mesure où ces organisations considèrent ce type de lutte comme légitime (*infra*, n. 274). Voir également en ce sens la clause générale d'exclusion belge et l'exposé des motifs de la loi qui l'a introduite dans le code pénal (*infra*, n. 276 et 278).

268. CICR, « Le droit international humanitaire et les défis … », *précit.*, p. 58.

269. Voir *supra*, n. 61.

civile » [270]. Selon la jurisprudence internationale [271], la violation de cette interdiction est par ailleurs constitutive d'un crime de guerre spécifique, distinct de celui résultant d'attaques dirigées contre des civils. Le terrorisme est ainsi doublement limité en temps de conflit armé. D'une part, seul le but de répandre la terreur parmi la population civile est pris en compte, ce qui exclut d'autres buts non pertinents dans les conflits armés, comme celui de contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte. D'autre part, le terrorisme ne concerne que les attaques menées contre la population civile [272]. Il n'est certes pas exclu que des attaques ciblant des objectifs militaires, entièrement licites au regard du droit international humanitaire, provoquent la terreur parmi les civils. Toutefois, de manière générale, les conflits armés constituent des situations terrorisantes [273]. Aussi est-il normal que le droit international humanitaire circonscrive le terrorisme dans de telles situations.

En définitive, le terrorisme en temps de guerre semble bien différent du terrorisme en temps de paix. Ces éléments conduisent à conclure que le droit international humanitaire paraît plus approprié que la législation anti-terroriste pour régir le terrorisme dans les situations de conflits armés et que son application devrait ainsi être préférée dans de telles situations.

B. *Application exclusive du droit international humanitaire*

Cette approche semble partagée par plusieurs instruments internationaux adoptés en matière de lutte contre le terrorisme, qui contiennent une clause prévoyant que l'instrument en question ne régit pas « les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire » [274]. Cette clause, dite d'« exclusion » (des infractions terroristes) ou de « sauvegarde » (du droit international humanitaire), vise en effet à éviter le

---

270. Voir not. l'article 13, 2) du Protocole additionnel II et l'article 51, 2) du Protocole additionnel I aux conventions de Genève. Voir également l'article 33 de la Convention de Genève IV qui interdit, à l'instar des peines collectives, toutes mesures de terrorisme contre les personnes protégées (en l'occurence civils) étant donné que de telles mesures « frappent sans discrimination coupables et innocents » (J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*. Volume IV, 1958). De même, l'article 4, 2), d) du Protocole additionnel II interdit les actes de terrorisme à l'égard de ceux qui ne participent pas ou plus aux hostilités.

271. Voir not. TPIY, *Le Procureur c. Dragomir Milosevic*, 1er décembre 2007, IT-98-29/1-T, § 875 ; TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, 30 novembre 2006, IT-98-29-A, §§ 103 et s.

272. Voir not. en ce sens Y. SANDOZ, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes », *in* J.-F. FLAUSS, *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 52.

273. Voir not. en ce sens O. VENET, « Infractions terroristes et droit humanitaire : l'article 141*bis* du Code pénal », *Journal des tribunaux*, 2010, p. 172.

274. Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée à New York le 15 décembre 1997, article 19, § 2. Voir également, au niveau mondial, Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée à New York le 17 décembre 1979, article 12 ; Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, adoptée à New York le 13 avril 2005, article 4, § 2 ; Projet de convention générale sur le terrorisme international, *précit.*, article 20, § 2. Voir en outre, au niveau régional et, en particulier, européen, Directive relative à la lutte contre le terrorisme, *précit.*, préambule, al. 37. Certaines conventions régionales anti-terroristes excluent uniquement de leur champ d'application les actes commis dans le cadre des guerres de libération nationale au sens de l'article 1, § 4 du Protocole additionnel I aux conventions de Genève : voir not. la Convention arabe relative à la répression du terrorisme, adoptée au Caire le 22 avril 1998, https://ctaf.bct.gov.tn/ctaf_f/userfiles/files/lea_f.pdf ; Convention de l'OUA sur la Prévention et la Lutte contre le Terrorisme, adoptée à Alger le 14 juillet 1999, article 3, 1), http://www.peaceau.org/uploads/algiers-convention-terrorism-fr.pdf ; Convention de la Conférence de l'Organisation islamique pour combattre le terrorisme, adoptée à Ouagadougou le 1er juillet 1999, https://www.oic-oci.org/upload/pages/conventions/fr/OIC_Convention_to_Combat_Terrorism_fr.pdf, article 2, a). Voir également les législations nationales *infra*, n. 275, 276 et 279.

chevauchement des deux régimes juridiques en temps de conflit armé, en excluant l'application de la législation anti-terroriste à tous les actes des forces armées, régis par le droit international humanitaire.

Rares sont toutefois les États qui ont mis en œuvre cette clause et la prévoient dans leur législation pénale. Dans certains cas, ils en ont limité la portée. La législation pénale canadienne n'envisage ainsi son application que par rapport aux actes considérés comme licites au regard du droit international humanitaire [275]. L'exclusion n'opère plus et la qualification terroriste redevient donc applicable dans les cas d'actes illicites en droit international humanitaire. Une telle approche est peu logique. Elle conduit à reconnaître la spécificité du droit international humanitaire en ce qui concerne la réglementation du terrorisme en temps de conflit armé lorsque l'acte auquel il s'applique est licite mais à lui dénier une telle spécificité dès lors qu'il y a violation de ses règles. Or, une telle spécificité demeure. Elle est inhérente aux règles du droit international humanitaire et ne dépend pas de la licéité de l'acte au regard de ce droit.

Par ailleurs, dans tous les cas où la législation d'un État prévoit une clause d'exclusion, il n'est pas certain que cette dernière soit favorablement accueillie par les juridictions nationales, surtout lorsqu'il s'agit de poursuivre des membres présumés de groupes armés universellement considérés comme terroristes, tels qu'Al-Qaida ou l'État islamique. Les juridictions belges fournissent un enseignement particulièrement intéressant à cet égard. Une clause d'exclusion est en effet prévue dans le code pénal de la Belgique [276]. Son champ d'application est exceptionnellement large. Tout d'abord, cette clause exclut des infractions terroristes tous les actes des forces armées régis par le droit international humanitaire, que ces actes soient licites ou non au regard de ce droit. Ensuite, selon la jurisprudence nationale [277] ainsi que les travaux préparatoires de la loi l'ayant introduite dans le code pénal [278], elle s'applique aux conflits armés tant internationaux que non internationaux et bénéficie aussi bien aux forces armées étatiques qu'aux groupes armés. Enfin, contrairement à celles prévues dans d'autres législations nationales [279], elle porte sur toutes les infractions terroristes contenues dans le code pénal. Une telle clause n'a pas manqué d'être invoquée à de nombreuses reprises par les avocats des personnes poursuivies pour infractions terroristes en raison du fait qu'elles étaient suspectées d'avoir rejoint les rangs de groupes affiliés à Al-Qaida ou à l'État islamique en Irak ou en Syrie [280]. Force est de constater que, jusqu'à présent, aucune juridiction belge n'a en l'occurrence admis son application. Ce rejet, le plus souvent fondé sur le motif que le groupe auquel appartenaient les personnes poursuivies ne constituait pas un groupe armé au sens du droit international humanitaire, est toutefois contestable [281]. Les juridictions non seulement développent une interpré-

---

275. Voir Code criminel, L.R.C., 1985, ch. C-46, Partie II. Infractions terroristes, 83.01 (1), b), http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/.

276. Article 141*bis*.

277. Voir not. corr. Bruxelles (49e ch.), 10 janvier 2008, inédit ; Bruxelles (2e ch.), 26 juin 2008, inédit ; corr. Anvers, ch. AC4, 11 février 2015, *précit.*

278. Voir not. « Exposé des motifs », Chambre, Doc. 51 0258/001, p. 16.

279. Voir not. la législation des États-Unis, qui prévoit des clauses d'exclusion en fonction d'actes spécifiques, en particulier les « *[a]cts of nuclear terrorism* » (18 U.S. Code § 2332i – (d)) et « *[b]ombings of places of public use, government facilities, public transportation systems and infrastructure facilities* » (18 U.S. Code § 2332f – (d)).

280. Voir not. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, *précit.*, feuillets 31-37 ; Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 juillet 2015, *précit.*, pp. 24-34 et 155 ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 6 novembre 2015, *précit.*, feuillets 6-15 ; Anvers (corr. 14e ch.), 27 janvier 2016, *précit.*, pp. 54-58 ; Corr. Bruxelles (90e ch.), 27 janvier 2016, *précit.*, feuillets 5-9 ; Corr. Bruxelles (90e ch.), 11 juin 2018, *précit.*, pp. 36-43.

281. Voir de manière générale en ce sens V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite 'Sharia4Belgium' et l'article 141bis du Code pénal belge », *in* A. JACOBS et D. FLORE (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 85-103 ; M. WÉRY, « La

tation particulièrement stricte, voire erronée, des critères classiques de définition du groupe armé [282] mais recourent parfois également à des critères additionnels, étrangers au droit international humanitaire [283] ou uniquement pertinents pour la définition d'autres types de forces armées [284]. Il serait difficile de ne pas voir dans cette attitude une certaine réticence des juridictions belges à appliquer la clause d'exclusion dans ce type de dossiers [285].

Plusieurs éléments sont susceptibles d'expliquer une telle réticence. Le premier tient à la nature terroriste universellement et incontestablement reconnue à Al-Qaida et à l'État islamique, ainsi qu'aux groupes affiliés à ces deux entités, en raison des méthodes qu'ils adoptent en vue de réaliser leur politique. Cette nature est à ce point évidente et indiscutable qu'il semble difficile d'envisager leurs membres comme des « combattants » qui luttent contre un ennemi dans le cadre d'un conflit armé et dont les activités ne seraient pas toutes nécessairement qualifiables de terroristes. Autrement dit, il n'est pas exclu que la perception que les autorités ont du groupe, comme indiscutablement terroriste, joue un rôle dans la non-application de la clause d'exclusion. Une affaire récente [286], qui contraste avec celles, nombreuses, dans lesquelles la clause d'exclusion a été rejetée, peut être interprétée en ce sens. Si le juge belge a ainsi admis l'applicabilité de la clause dans cette affaire, force est de constater que celle-ci ne concernait plus des membres présumés d'Al-Qaida ou de l'État islamique mais des personnes relevant

---

délicate relation entre le droit international humanitaire et la législation antiterroriste : premiers échos de la pratique des juridictions belges concernant la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal », *in Recueil de la Conférence des Assistants*, Larcier, à paraître.

282. Voir not., pour une telle interprétation du critère d'organisation, Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, *précit.*, feuillets 34-36 ; Anvers (corr. 14e ch.), 27 janvier 2016, *précit.*, pp. 57-58, ce critère n'impliquant pas nécessairement une organisation verticale ou pyramidale, comme le suggèrent ces décisions, mais pouvant être rencontré lorsque l'organisation est uniquement « horizontale » (voir not. en ce sens S. SIVAKUMARAN, *op. cit.*, pp. 172-176). Voir not., en ce qui concerne le critère relatif à l'aptitude des parties au conflit à respecter le droit international humanitaire applicable, Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, *précit.*, feuillets 36-37, ce critère n'impliquant pas, comme le suggère cette affaire, que les parties aient l'intention de le respecter ou le respectent mais uniquement qu'elles soient en mesure de le faire (voir not. en ce sens TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj*, *Haradin Bala, Isak Muslu,* 30 novembre 2005, IT-03-66-T, § 88).

283. Certaines juridictions font de la clandestinité un critère excluant la qualification de groupe armé (voir not. Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 juillet 2015, *précit.*, p. 32 ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 6 novembre 2015, *précit.*, feuillet 14 ; Corr. Bruxelles (90e ch.), 27 janvier 2016, *précit.*, feuillet 6 ; Corr. Bruxelles (90e ch.), 11 juin 2018, inédit, pp. 42-43) ou insistent sur les objectifs (terroristes) poursuivis par le groupe dans leur raisonnement conduisant à lui dénier la qualification de groupe armé (voir not. Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 juillet 2015, *précit.*, p. 32 ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 6 novembre 2015, *précit.*, feuillet 13 ; Anvers (corr. 14e ch.), 27 janvier 2016, *précit.*, p. 56). Voir not., au sujet de l'absence de pertinence de la clandestinité dans la qualification de groupe armé, S. SIVAKUMARAN, *op. cit.*, p. 172 et TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj*, *Haradin Bala, Isak Muslu*, *précit.*, §§ 45, 132 et 171, et des objectifs poursuivis par le groupe, *ibid.*, § 170.

284. Certaines juridictions se réfèrent aux critères des forces armées étatiques irrégulières comme critères de qualification d'un groupe armé (voir not. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, *précit.*, feuillet 33 ; Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 juillet 2015, *précit.*, pp. 32-33 ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 6 novembre 2015, *précit.*, feuillet 14).

285. Il convient par ailleurs de noter que, même si les juridictions belges avaient admis l'application de la clause d'exclusion, l'effet de cette clause aurait été annihilé en ce qui concerne les personnes ayant rejoint les rangs des groupes armés terroristes à l'étranger depuis la Belgique. Ces personnes auraient en effet pu être poursuivies pour une autre incrimination que celle de « participation à une activité d'un groupe terroriste », à savoir celle, également incriminée par le Code pénal belge et à laquelle une peine identique est attachée, qui résulte du fait de « quitte[r] le territoire national en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction [terroriste] ». Il s'agit en effet d'un acte qui ne tombe pas dans le champ d'application de la clause d'exclusion puisqu'au moment de quitter le territoire, la personne n'est en principe pas encore membre des « forces armées » non étatiques et le fait de quitter le territoire n'est en principe pas régi par le droit international humanitaire.

286. Voir Bruxelles (ch. des mises en accusation), 18 septembre 2017, arrêt n° 2017/2911, traduction, inédit. L'arrêt de la chambre des mises en accusation a récemment été cassé par la cour de cassation mais uniquement pour des raisons de procédure (13 février 2018, P.17.1023.N/1, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20180213-2).

du PKK, à savoir d'un groupe dont la nature terroriste n'est pas unanimement reconnue. Une telle approche, faisant en définitive dépendre l'application du droit international humanitaire de la qualification du groupe, serait particulièrement problématique dans la mesure où une telle application serait susceptible de varier d'un État à un autre.

Un autre élément expliquant cette réticence à appliquer la clause d'exclusion et, de manière générale, l'absence de volonté des États intervenants à poursuivre (également) pour crimes de guerre est d'ordre probatoire. On constate en effet que les poursuites pour infractions terroristes, exercées par ces États à l'encontre des personnes impliquées dans les activités des groupes affiliés à Al-Qaida ou l'État islamique à l'étranger, ne sont le plus souvent fondées que sur l'appartenance de ces personnes aux groupes terroristes ou leur participation aux activités de ce groupe [287]. Il en va de même généralement des poursuites menées par les juridictions de l'État territorial [288]. La simple appartenance à un groupe terroriste est en effet punissable selon la législation de certains États [289]. Par ailleurs, lorsqu'un acte de participation aux activités du groupe est requis [290], les juridictions ne cherchent généralement pas à identifier un acte précis [291] dès qu'elles concluent que la personne a rejoint les rangs du groupe terroriste, voire n'en identifient aucun, laissant ainsi entendre que cette appartenance implique nécessairement un acte, même minime, de participation [292]. Autrement dit, les personnes ne sont pas poursuivies pour les actions qu'elles ont personnellement menées dans le cadre des hostilités [293]. De telles poursuites permettent ainsi aux autorités chargées de l'action publique de se dispenser de la lourde tâche d'apporter la preuve de ces actions. Une telle tâche est en effet particulièrement délicate [294]. De manière générale, elle implique de récolter des éléments de preuve sur le territoire d'un État en proie à un conflit armé. Cette situation d'hostilités actives rend les investigations difficiles voire impraticables. La tâche se complique par ailleurs pour les États intervenants en raison de leur éloignement par rapport au lieu où les faits se sont produits. Elle peut enfin s'avérer impossible pour l'État territorial dans la mesure où ses autorités compétentes ne sont plus opérationnelles.

Si de telles poursuites permettent ainsi de contourner les obstacles d'ordre probatoire, elles demeurent problématiques. Les personnes sont en effet poursuivies pour la même incrimination et reçoivent le plus souvent la même peine, parfois de mort [295], quelle que soit la nature des actions menées en tant que membres du groupe – qu'elles aient cuisiné, même une seule fois, pour le groupe ou qu'elles aient

---

287. Voir *supra*, n. 264.

288. Voir not. les poursuites exercées par l'Irak, « Iraq's Rapid-fire Trials Send… », *précit*.

289. Voir not. la France, l'article 421-2-1 du code pénal ; voir également l'Irak, « Irak : Les procès de l'État islamique sont biaisés », *Human Rights Watch*, 5 décembre 2017.

290. Voir not., en Belgique, l'article 140 du code pénal et Corr. Bruxelles (70e ch.), 29 janvier 2016, *précit.*, feuillet 33 ainsi que Anvers (corr. 14e ch.), 27 janvier 2016, *précit.*, p. 29, qui précisent que le « fait de rejoindre les rangs/de n'être que membre d'un groupe terroriste » n'est pas suffisant pour conclure à une « participation aux activités d'un groupe terroriste ». Voir aussi, au Cameroun, l'article 2 de la loi du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme, *précit*.

291. Voir not. néanmoins Corr. Bruxelles (70e ch.), 29 janvier 2016, *précit.*, feuillet 111 ; *ibid.*, feuillet 120.

292. Voir not, en particulier, en Belgique, Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, *précit.*, feuillet 55 ; Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 juillet 2015, *précit.*, pp. 76-80 ; Corr. Bruxelles (70e ch.), 29 janvier 2016, *précit.*, feuillet 102 ; *ibid.*, feuillets 102-103 ; *ibid.*, feuillet 105 ; voir aussi, au Cameroun, Tribunal de Maroua, *Ministère public c. Oumar Ramat*, 19 juillet 2016, *précit*.

293. Voir néanmoins, outre *infra*, n. 297, le cas exceptionnel d'« [u]n djihadiste belge condamné pour un assassinat commis en Syrie », *Le Monde*, 13 février 2017.

294. Voir néanmoins les initiatives de l'ONU concernant la collecte des preuves en vue de poursuites futures pour crimes internationaux en Syrie, « Une magistrate française pour centraliser les preuves des crimes en Syrie », *Le Monde*, 4 avril 2017.

295. Voir les jugements en Irak (voir *supra*, n. 288), au Cameroun et au Tchad (voir *supra*, n. 264).

participé à de multiples attaques et commis des atrocités à l'encontre de civils. Rendre la justice suppose que les personnes soient également jugées pour les actions qu'elles ont personnellement menées dans le cadre des hostilités et fassent l'objet d'une incrimination correspondant à la nature de leurs actions [296]. Les plus graves d'entre elles devraient ainsi être poursuivies pour crimes de guerre. Il n'existe à ce jour qu'un nombre particulièrement limité de poursuites de ce type [297], mais il n'est toutefois pas exclu qu'elles se multiplient dès que les hostilités auront cessé et que les preuves pourront être plus aisément récoltées.

*

Le droit international humanitaire est confronté à une réalité nouvelle, dont la réglementation n'avait pas été envisagée par les rédacteurs des conventions de Genève et des Protocoles additionnels de 1977, à savoir des opérations militaires menées par des États contre des groupes armés à l'étranger, universellement qualifiés de terroristes, que ce soit avec ou sans le consentement de l'État sur le territoire duquel les opérations sont menées. Diverses solutions sont certainement envisageables pour répondre aux questions que soulève cette réalité au regard du droit international humanitaire. Les approches en l'occurrence proposées se veulent cohérentes et reposent ainsi essentiellement sur des considérations d'ordre logique. Certaines d'entre elles envisagent une extension mesurée du droit des conflits armés non internationaux tandis que d'autres écartent l'applicabilité de certaines réglementations jugées inappropriées, y compris de certaines règles du droit international humanitaire. La plupart tendent à fournir une solution qui évite de complexifier davantage ce droit.

Ainsi, s'agissant, d'une part, des approches qui conduisent à étendre l'applicabilité du droit international humanitaire, il semble cohérent d'envisager le soutien fourni par un État ou un groupe armé à une partie à un conflit armé non international préexistant comme susceptible non pas de créer un nouveau conflit armé non international mais de rendre cet État ou ce groupe partie au conflit armé préexistant. L'extension du champ d'application du droit international humanitaire à laquelle aboutit cette approche demeure limitée dans la mesure où elle est fondée sur la notion de participation directe à un conflit armé non international préexistant, ancrée dans une notion juridique connue et soumise à des conditions restrictives. Différents indices, tels que l'invitation formulée par les parties au conflit aux forces tierces intervenantes, permettent par ailleurs de vérifier le respect de ces conditions. Cette approche présente en outre l'avantage d'éviter la multiplication de conflits armés non internationaux parallèles et de soumettre les forces armées tierces intervenantes au même régime juridique, en particulier celui qui gouverne le conflit armé préexistant.

---

296. Voir également en ce sens, s'agissant des poursuites exercées par les autorités irakiennes à l'égard des personnes présumées impliquées dans les activités de l'État islamique, « Irak : Les procès de l'État islamique sont biaisés », *précit*.

297. Voir les deux jugements exposés par M. Ritscher, procureur fédéral allemand, dans le cadre de la 17e édition du colloque de Bruges, *précit.*, pp. 128-130. Il est intéressant de constater que, dans le second cas, l'individu a été condamné non seulement pour crime de guerre, conformément à la section 8 du code pénal de droit international (http://www.iuscomp.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/03/voestgb.pdf), mais également pour participation à une organisation terroriste, conformément à la section 129 a) et b) du code pénal (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1222). Cette dernière section pose question dans la mesure où elle considère comme organisation terroriste (dont la formation ou à laquelle la participation est punissable) toute organisation dont l'objectif est notamment de commettre des crimes de guerre. Autrement dit, elle confond les registres, pourtant distincts, du terrorisme en temps de paix et du terrorisme en temps de guerre.

À cet égard, on a constaté que la distinction entre la réglementation prévue par l'article 3 commun et celle du Protocole additionnel II devait être relativisée. D'une part, au niveau conventionnel, il serait incohérent de ne pas réserver au Protocole II l'interprétation évolutive dont l'article 3 commun fait l'objet, selon laquelle ce dernier s'applique à tout conflit armé entre un État et un groupe armé, y compris si les hostilités ont lieu sur le territoire d'un autre État et quand bien même ce dernier ne serait pas impliqué dans ces hostilités. D'autre part, au niveau coutumier, il n'est pas exclu que toutes les règles du Protocole II soient de nature coutumière et applicables, à ce niveau, dans les mêmes circonstances que celles conditionnant l'application de l'article 3 commun. Une telle extension du droit des conflits armés non internationaux est également limitée dans la mesure où elle ne concerne qu'une réglementation rudimentaire, susceptible d'être appliquée par tout groupe armé organisé. Il en résulterait par ailleurs une simplification de la réglementation des conflits armés non internationaux. Il n'existerait, en droit coutumier, qu'une seule catégorie de conflit armé non internationaux, celle correspondant au conflit visé à l'article 3 commun, auquel s'appliqueraient toutes les dispositions coutumières régissant de tels conflits et comprenant non seulement cet article mais également les dispositions du Protocole II et d'autres règles exclusivement coutumières.

Une troisième hypothèse d'extension du droit des conflits armés non internationaux concerne le champ d'application géographique de ce droit. On a constaté que l'approche consistant à établir la réglementation applicable en fonction de considérations territoriales, telles que le franchissement des frontières ou la distance géographique par rapport aux hostilités actives, est susceptible d'aboutir à certaines incohérences. Aussi convient-il de préférer une approche « déterritorialisée », qui fait dépendre l'applicabilité du droit des conflits armés non internationaux d'un lien ou *nexus* avec un conflit armé non international. Cette extension du droit international humanitaire applicable est à nouveau limitée par une série d'éléments, dont la nécessité de démontrer l'existence d'un ancrage territorial spécifique et d'un lien clair entre l'acte ou la personne concernés et le conflit. À cet égard, plusieurs indices, tels que l'appartenance de la personne aux parties au conflit, permettent de vérifier l'existence d'un tel lien. L'approche en question, fondée sur un critère unique, conduit ainsi à une simplification de la question du champ d'application géographique du droit des conflits armés non internationaux. Elle évite de faire varier l'applicabilité de ce droit selon que l'acte concerné a lieu sur le territoire de l'État où se déroule le conflit ou sur ceux de l'État voisin, des États intervenants ou d'État tiers.

S'agissant, d'autre part, des approches qui conduisent à écarter l'applicabilité de certaines réglementations jugées inappropriées, on a montré que la qualification de conflit armé non international ne devrait pas se doubler de celle de conflit armé international dans les situations où l'intervention étatique étrangère, exclusivement dirigée contre des groupes armés, n'aurait pas reçu le consentement de l'État sur le territoire duquel se situent ces groupes. Cette double qualification impliquerait en principe une juxtaposition des conflits armés non internationaux et internationaux, qui conduirait à une double réglementation dont les effets juridiques aboutiraient à des résultats incohérents, que cette double réglementation s'applique à tous les actes d'hostilités des forces intervenantes ou à certains d'entre eux seulement. Quand bien même de tels effets pourraient être évités en ne reconnaissant que l'applicabilité des deux réglementations dès l'intervention armée non consentie et en réservant leur application respective à des actes différents, en fonction de leur lien avec le type de conflit armé, non international ou international, une telle approche s'avérerait inutile et serait par ailleurs susceptible de réduire la protection des personnes.

Enfin, on a également montré qu'en cas de poursuites pénales exercées contre les personnes suspectées d'être impliquées dans les activités de groupes armés à l'étranger, seul le registre du droit international humanitaire s'avérait approprié lorsque les actions faisant l'objet de ces poursuites se déroulaient dans les situations de conflits armés et qu'elles constituaient des actes terroristes régis par ce droit. Celui-ci contient en effet une réglementation spécifique du terrorisme. Il en donne une définition adaptée aux situations de conflits armés, différente de celle prévue par la législation anti-terroriste applicable en temps de paix. L'application d'un seul corps de règles, en l'occurence du droit international humanitaire, simplifie ainsi la réglementation de ce phénomène et écarte par ailleurs le risque de résultats incohérents qui découleraient de la mise en œuvre d'autres réglementations, inadaptées.