

40th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law

“The Additional Protocols 40 Years Later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives”

Sanremo, 7-9 September 2017

Ms Camille Faure, Deputy Head of Legal Services, French Ministry of Defence

Focus on the principle of distinction

Je tiens tout d’abord à remercier chaleureusement le Président Pocar, l’Institut international de droit humanitaire de San Remo ainsi que le CICR, de m’avoir invitée à intervenir dans le cadre de cette prestigieuse 40^e table ronde de l’Institut, célébrant les 40 ans des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève.

Comme il me l’a été proposé, je me concentrerai ici sur le principe de distinction, qui peut aujourd’hui se résumer comme suit : les parties à un conflit armé doivent faire la distinction entre la population civile et les combattants, de même qu’entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires.

Si l’idée d’une distinction dans l’attaque n’est évidemment pas née avec les Protocoles additionnels, ceux-ci ont indéniablement contribué à l’affirmation de ce principe cardinal du droit international humanitaire (DIH) (I), dont le contenu et les modalités d’application doivent être en permanence précisés et affinés afin de s’adapter aux évolutions constantes des conflits armés (II).

En effet, il apparaît essentiel de continuer à promouvoir ce principe et à asseoir sa mise en œuvre, quand bien même nous sommes aujourd’hui confrontés à un ennemi qui utilise les civils comme une arme de guerre et cible volontairement les biens et personnes spécifiquement protégés pour amplifier l’impact médiatique de son action et obtenir, par là, un avantage stratégique sur les armées alliées.

1. Un principe cardinal consacré par les textes dès la naissance du DIH

Le préambule de la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 prévoyait déjà ainsi, que « *le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l’affaiblissement des forces militaires de l’ennemi* ». L’article 25 du Règlement de La Haye de 1907 ensuite renvoyait incidemment à ce principe, en interdisant d’attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus.

Les Conventions de Genève de 1949 y font également référence, notamment à travers l’obligation faite au combattant de se distinguer de la population civile par le port d’un

uniforme ou d'un signe distinctif aux fins de l'attribution du statut de combattant et de prisonnier de guerre en cas de capture.

L'idée portée par le principe de distinction a ainsi été très tôt consacrée, mais c'est véritablement avec l'adoption des deux Protocoles additionnels que le principe de distinction est érigé en règle fondamentale de la conduite des hostilités.

1.1. Les Protocoles additionnels ont contribué à l'affirmation du principe de distinction

Le premier Protocole érige en effet la protection générale de la population contre les effets des hostilités en règle fondamentale. Son titre IV, consacré à la population civile prévoit, à l'article 48 qu' « *en vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires* ».

Les attaques contre la population civile et les personnes civiles sont interdites, sauf si les personnes civiles prennent part directement aux hostilités (article 51). Les attaques contre des biens de caractère civil sont également interdites. Elles doivent être strictement limitées aux objectifs militaires (article 52). Afin de protéger la population civile, le combattant doit se distinguer de la population civile (article 44).

Le protocole additionnel II, applicables aux CANI, prévoit également que la population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires et que ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront faire l'objet d'attaques (article 13).

Si le protocole II est plus succinct, les différences de régime entre conflit armé international (CAI) et conflit armé non international (CANI) au regard du principe de distinction ont progressivement été gommées à travers la réaffirmation de ce principe par d'autres sources conventionnelles et par la jurisprudence.

1.2. D'autres sources ont contribué à affermir le principe de distinction et à en préciser les contours à partir de situations concrètes

- **S'agissant des sources conventionnelles**

- Le principe est inscrit dans le Protocole additionnel III à la Convention sur les armes classiques, qui a été rendu applicable aux CANI, en application d'un amendement à l'article 1^{er} de la Convention, adopté par consensus en 2001 ;
- Et la Convention d'Ottawa sur l'interdiction des mines antipersonnel stipule que la Convention se fonde entre autres « sur le principe selon lequel il faut établir une distinction entre civils et combattants ».

- **La jurisprudence a par ailleurs constaté la nature coutumière du principe**

- Ainsi, le TPIY a constaté la nature coutumière du principe de distinction et de son application en CAI comme en CANI dans les arrêts *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (ibid, par. 435) ; *Le Procureur c. Milan Martić*, examen de l'acte d'accusation (par. 437 et 552) ; *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et autres*, jugement, par. 441 et 883 ;
- Tout comme la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire relative aux faits survenus à La Tablada en Argentine, par. 64, 443 et 810.

Si les Protocoles additionnels sont venus préciser le principe de distinction, ils ne donnent toutefois pas pour autant toutes les clefs d'analyse nécessaires à sa mise en œuvre. Pourtant, lors des négociations ayant permis l'adoption des Protocoles additionnels, les problématiques actuellement rencontrées par nos forces armées existaient déjà : que faire, par exemple, en cas d'absence de port d'un uniforme dans un conflit armé, ou, s'agissant des CANI, comment traiter les membres des groupes organisés ; la pratique de l'utilisation de boucliers humains, et plus largement les enjeux liés à l'asymétrie entre belligérants étatiques et non étatiques doit-elle remettre en cause l'application sans faille du principe de distinction ?

2. Un principe de distinction régulièrement mis à l'épreuve par les évolutions des conflits internationaux

Les Protocoles additionnels ne répondent pas de manière directe et explicite aux problématiques contemporaines liées à l'irruption de nouvelles formes de conflits, à la multiplication des acteurs intervenants en zone de conflits, ni aux nouvelles méthodes de guerre.

Ainsi, chaque situation nouvelle doit faire l'objet d'un examen au cas par cas, à la lumière des règles énoncées par les textes et la jurisprudence.

2.1. L'application du principe de distinction est tout d'abord mise à l'épreuve par l'émergence de nouveaux conflits

- **Les opérations cybernétiques soulèvent de nouveaux enjeux et de nouveaux débats**

Selon le groupe des experts gouvernementaux (GGE), les principes du DIH doivent s'appliquer aux opérations cybernétiques, ce qui soulève de nombreux défis d'interprétation :

- S'agissant de la notion même d'attaque cyber, les interprétations retenues, plus ou moins extensives, ne sont pas sans conséquence sur l'application des principes cardinaux du DIH, dont le principe de distinction : s'agit-il d'opérations causant des violences aux personnes et aux biens ? L'analyse doit-elle aller plus loin et se fonder sur les effets de ces opérations sur la fonctionnalité des biens, réseaux, systèmes ?
- S'agissant de la définition d'un objectif militaire, les réseaux cybernétiques mettent à mal la distinction entre bien civil et objectif militaire par nature tant les infrastructures servent à la fois aux besoins de la population et à ceux des forces armées. De fait, même des infrastructures civiles essentielles, réputées protégées par le principe de distinction, pourraient être systématiquement visées en application de la notion de « bien à double usage », dès lors qu'elles sont également employées à des fins militaires.
- De la même manière, la difficulté à déterminer l'auteur d'une attaque cybernétique met au défi la capacité des États à respecter pleinement le principe de distinction.

2.2. L'apparition de nouveaux acteurs (conduites/ statuts/ fonctions) interroge également le principe de distinction à travers la notion de participation directe aux hostilités

S'il ne fait aucun doute que le principe de distinction, comme les autres principes fondamentaux de conduite des hostilités, s'appliquent en cas de conflits armés tant internationaux que non internationaux, la ligne de démarcation entre combattants et civils est parfois complexe à déterminer.

Certes les Protocoles rappellent de manière très claire qu'il n'existe que deux catégories de personnes au regard du DIH : les civils et les membres des forces armées, régulières ou irrégulières –, mais il ne propose aucune définition dans les Protocoles de la notion de membre de groupe armé organisé, alors que les CANI sont désormais la forme la plus répandue de conflit dans lesquelles les forces armées sont susceptibles d'intervenir. A cette absence de définition s'ajoute le flou lié à la multiplication des acteurs participant désormais aux combats – forces irrégulières, mercenaires, sociétés privées, civils participants ponctuellement à l'action armée du ou des groupes ciblés.

Dans ce contexte, la question de la définition de la participation directe aux hostilités et de la contribution effective à l'action militaire devient centrale. En effet, par analogie avec la définition du combattant donnée par l'article 44 paragraphe 3 du Protocole additionnel I qui se fonde davantage sur la fonction que sur l'incorporation, il paraît raisonnable de déduire que cette même logique doit s'appliquer dans l'exercice d'identification d'un membre de groupe armé. L'appartenance à la branche militaire d'une partie non-étatique à un conflit armé se déduit ainsi des faits et d'une multitude d'indices, établis notamment par le renseignement. Il conviendra ainsi de réunir des constats d'une participation à des activités

relevant à proprement parler de la conduite des hostilités – donc à des activités frappant ou pouvant frapper concrètement et directement l’adversaire – et non pas du seul effort de guerre.

Le principe de distinction nous impose ainsi d’être en mesure de distinguer les branches politiques et les branches armées des parties non-étatiques à un conflit. Or certains groupes sont dotés d’une structure particulièrement élaborée et complexe et peuvent comporter, outre une branche armée à proprement parler, des forces presque comparables à des forces de police. Il convient alors de s’interroger sur le fait de savoir si ces « forces » peuvent être légitimement ciblées. Ainsi, par exemple, les membres de la police religieuse employés par « l’État islamique » (EI) peuvent-ils être considérés comme participant directement au conflit qui oppose la coalition à Daech ?

Les clés d’interprétation permettant d’éclairer juridiquement ce type de situation sont à rechercher dans la jurisprudence et la doctrine.

Il en ressort que le fait de prendre part à des actes ou à des activités en rapport avec des actes qui ne sont pas, par leur nature ou par leur but, destinés à frapper concrètement des objectifs militaires ou le personnel ou le matériel des forces armées adverses au moment considéré ne relève pas d’une participation directe aux hostilités. Ainsi, pour reprendre la question précédente, notre analyse nous a-t-elle conduite, au regard de ces critères, à considérer que les membres de la police religieuse de l’Etat islamique ne pouvaient pas être ciblés. Ce n’est que lorsqu’il est établi que ceux-ci participent directement aux hostilités qu’ils peuvent faire l’objet d’une attaque et uniquement pendant la durée de cette participation, mais ils ne peuvent être ciblés du seul fait de leur rattachement à la police religieuse.

2.3. La notion d’objectif militaire appliquée à l’égard des biens est également plus difficile à cerner dans les conflits contemporains, mais des solutions conformes au DIH peuvent être dégagées

S’agissant de l’application du principe de distinction à l’égard des biens, la définition de la notion d’objectif militaire donnée par l’article 52 paragraphe 2 du Protocole additionnel I est également générale et ne fournit pas de solution « clefs en mains » pour chacune des situations qui se présente à nos forces.

Mais cette définition ne laisse pas non plus de place à toutes les interprétations, grâce aux critères de la « contribution effective à l’action militaire¹ » et de « l’avantage militaire précis² ». Là encore, au-delà de la simple contribution à l’effort de guerre, le bien en cause

¹ Exemples : 1) Les biens militaires par nature (VBIED [Véhicules blindés artisanaux de l’Etat islamique], fabriques d’IED, camps d’entraînement, etc.) sont pourvus d’un caractère stratégique intrinsèque et apportent, par eux-mêmes et en permanence, une contribution effective aux actions de guerre, et ce quel que soit leur usage concret. 2) Les biens militaires par usage, notamment les biens à double usage ne paraissent devoir être attaqués que s’ils présentent un intérêt stratégique, opératif ou tactique avéré.

² Rappel : la violence doit être limitée à ce qui est indispensable pour contraindre l’adversaire à se soumettre

doit apporter une contribution effective à l'action militaire. Cette effectivité implique un lien concret³ et suffisamment direct avec l'action militaire et donc avec la conduite des hostilités à proprement parler.

Ainsi, pour être considéré comme un objectif militaire, un bien à caractère civil ne doit pas seulement permettre à l'adversaire de subvenir à ses besoins militaires en général, notamment d'un point de vue économique. Il doit contribuer concrètement aux actions de combat menées au moment considéré. Il convient en outre de pouvoir identifier un avantage militaire précis avant toute frappe, ce qui permet encore de circonscrire le champ des possibles à cet égard. Cette préoccupation est particulièrement présente s'agissant de l'examen de frappes sur des biens dits « à double usage ». Dans ces cas de figure, la nécessité militaire de les détruire ou de les neutraliser doit être explicitement démontrée précisément en recourant à ces critères. Ainsi, au Levant, certains puits de pétrole ont pu paraître devoir être considérés comme des cibles légitimes à partir du moment où un lien direct a pu être établi entre les ressources en carburant tirées de l'exploitation de ces puits et les actions de combat menées au moment considéré par le groupe armé organisé « État islamique ».

A l'inverse, les autorités françaises considèrent que les activités de propagande ne constituent qu'une forme de participation indirecte aux hostilités et qu'en conséquence les centres de propagande utilisés par Daech ne peuvent être pris pour cible quand bien même ils permettent à la branche armée de Daech de recruter de nouveaux membres et d'inciter à la commission de crimes internationaux.

Ces interrogations illustrent le type de difficultés juridiques auxquelles les États et leurs forces armées sont régulièrement confrontés en matière d'identification des objectifs militaires. Or pour mémoire, en cas de doute sur la contribution effective de la cible potentielle à l'action militaire, les Protocoles additionnels sont très clairs : la personne ou le bien considéré ne peuvent être ciblés.

2.4. Le développement des armes nouvelles ou les nouveaux moyens ou méthodes de guerre renouvelle encore les questions relatives à la mise en œuvre du principe de distinction

- **Le respect du principe de distinction est l'une des conditions de la licéité des armes nouvelles, conformément à l'article 36 du PA I⁴**

³ On ne frappe pas le « moral » de l'adversaire par exemple, car il ne s'agit pas d'un bien matériel tangible contribuant à l'effort de guerre. Dans le cas contraire, tout objet susceptible d'affaiblir ce moral, qu'il soit de nature économique, politique, culturelle ou sociale, pourrait par répercussion être lui-même visé.

⁴ Dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractant a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante.

- Le rythme élevé du développement des technologies impose d'adopter une approche multidisciplinaire (juridique, mais aussi technique, ou doctrinale) afin de déterminer si une arme nouvelle pourra satisfaire au respect du principe de distinction durant la durée de son service.
 - La volonté d'appliquer ce principe doit ainsi conduire un État soucieux du respect de ses engagements internationaux à examiner, notamment, la nature de l'arme (offensive / défensive), sa capacité à identifier une cible, son caractère prédictible ou sa fiabilité dans la durée afin de veiller à la compatibilité des spécifications de l'arme avec ce principe.
- **La même logique de questionnement devra s'appliquer, dans l'avenir, aux systèmes d'armes létaux autonomes (SALA)**
 - La question de la capacité d'une arme autonome à respecter le principe de distinction, notamment dans les situations complexes se posera de manière manifeste, compte tenu du niveau croissant d'autonomie de ces armes.
 - S'il n'est pas possible de prédire aujourd'hui le degré d'autonomie de ces armes, la mécanisation croissante des processus de décision associée à leur emploi soulève des questions de droit nouvelles et redoutables : les SALA seront-ils en mesure de distinguer un combattant d'une personne hors de combat ? Ces machines pourront-elles apprécier de manière autonome la « contribution effective à l'action militaire » ou « l'avantage militaire précis » ? Qui sera responsable des violations du DIH commises par ces SALA ?
 - À supposer même que l'opérateur humain demeure toujours dans le processus de décision, comme c'est le cas aujourd'hui dans toute chaîne de commandement et de contrôle (C2), encore faut-il que ce contrôle soit et demeure effectif.

Conclusion

La mise en œuvre du principe de distinction constitue assurément un défi majeur pour les forces armées. Toutefois, les diverses solutions dégagées à l'occasion de situations complexes ou nouvelles ont permis d'illustrer la pertinence toujours actuelle de ce principe dans la conduite des hostilités.

Ce principe permet, en effet, d'appréhender quelques grands principes d'interprétation du DIH :

- interprétation téléologique pour assurer la finalité première du DIH, à savoir la protection des civils
- le doute profite à la protection

Comme le résumait Jean Pictet en 1983 dans son ouvrage *Développement et principes du droit international humanitaire*, ce principe, tel qu'énoncé par les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, sert de ligne directrice dans les cas non prévus et constitue un sommaire facile à assimiler, indispensable à la diffusion de cette branche du droit international propre aux situations de conflits armés.

Je vous remercie de votre attention.