

L'érosion de l'immunité des non combattants dans la guerre asymétrique

JAMES TURNER JOHNSON, PhD*

La protection des non combattants de préjudices directs pendant les conflits armés est reconnue comme étant d'une grande importance à la fois dans le droit des conflits armés que dans la réflexion morale à propos de la guerre. En effet, elle a été un élément particulièrement distinctif à la fois du droit et du discours moral depuis la Deuxième Guerre mondiale, et elle occupe une place très importante dans les deux. La guerre asymétrique pose toutefois des défis considérables à l'effort de protection des non combattants en état de guerre. Dans ce genre de guerre, il n'est pas toujours clair de savoir qui est un non combattant et chaque partie au conflit peut avoir une conception différente pouvant aller jusqu'au refus d'admettre l'existence de tout non combattant dans ses rangs. En outre, la définition même de la guerre asymétrique indique que les moyens disponibles et utilisés par chaque partie au conflit sont de nature différentes, de sorte que des normes différentes peuvent s'appliquer aux armes utilisées par chacun et à leurs cibles. Une autre question concerne la responsabilité. Les violations de l'immunité des non combattants peuvent être punies comme crime de guerre, mais la nature irrégulière des forces de l'un des camps dans la guerre asymétrique rend très difficiles les enquêtes et les poursuites à propos de crimes présumés. Par conséquent, les soldats dans les forces régulières peuvent être tenus à des normes plus élevées que ceux de la force adverse. Cet article examine les problèmes posés par la guerre asymétrique et la guerre irrégulière pour la protection de l'immunité des non combattants, en faisant valoir que le droit et le discours moral doivent s'adapter pour relever ces défis.

*L'auteur est professeur émérite de religion et associé du programme d'études supérieures en sciences politique à *Rutgers University* et *State University of New Jersey*, où il était membre du corps professoral depuis 1969. Ses travaux de recherches et d'enseignement ont porté principalement sur l'application historique des traditions islamique et occidentale liées à la guerre, la paix, et la pratique de la gouvernance. Ses ouvrages comprennent : *Ethics and the Use of Force: Just War in Historical Perspective*, (Ashgate, 2011) ; *The War to Oust Saddam Hussein: Just War and the New Face of Conflict*, (Rowman and Littlefield, 2005) ; *Morality and Contemporary Warfare*, (Yale University Press, 1999) ; et *Just War Tradition and the Restraint of War: A Moral and Historical Inquiry*, (Princeton University Press, 1981). Son dernier livre *Sovereignty: Moral and Historical Perspectives*, a été publié en 2014 par Georgetown University Press.

Le contexte historique

La guerre est intrinsèquement destructrice de vies, de biens et du tissu social. Pour certains, cela est une raison suffisante d'abolir la guerre. Une abondante littérature défend ce point de vue allant du *Dulce bellum inexpertis* (La guerre n'est douce qu'à ceux qui ne la connaissent pas) d'Érasme aux ouvrages littéraires et historiques réagissant à la perte de vies de la Première Guerre mondiale, aux livres antinucléaires comme *The Fate of the Earth* de Jonathan Schell¹. Par contre, pour d'autres tels que les divers tenants de la guerre totale à travers l'histoire, cette destruction est une vertu inhérente à amplifier jusqu'à l'asservissement total, voire même l'élimination de l'ennemi. Contrairement à ces deux positions, toutes les grandes cultures du monde ont donné naissance à des traditions morales et juridiques ainsi qu'à d'autres structures institutionnelles qui s'engageaient à limiter le caractère destructeur de la guerre.

Dans la tradition de la guerre juste qui s'est développée dans l'Occident médiéval, le droit canonique entre la fin du dixième et treizième siècles, a identifié certaines catégories de personnes qui devait être protégées de la guerre (c'est-à-dire, de ne pas être les cibles d'attaques directes et délibérées) : le clergé, les membres d'ordres religieux, les pèlerins, les femmes, les enfants, les personnes âgées, les handicapés physiques et mentaux, les paysans sur leurs terres, les citadins et les voyageurs innocents, ainsi que leurs biens. Le raisonnement était ici simple. Ces catégories de personnes ne prennent normalement pas part à la guerre et ne doivent pas faire l'objet d'attaques. Si quiconque appartenant à l'une de ces catégories devrait s'engager dans la guerre ou apporter un soutien direct quelconque, alors il perd son immunité². Pendant la Guerre de Cent Ans (du quatorzième siècle au quinzième siècle), le code chevaleresque fut incorporé dans le développement de la tradition de la guerre juste, appelant ces mêmes catégories de personnes non combattantes mais ajoutant des dispositions s'appliquant spécifiquement aux combattants. Les chevaliers faits prisonniers au combat ne devraient pas être tués mais pourraient être rançonnés ou libérés sur parole (s'ils promettent de ne pas participer aux combats pour la durée de la guerre). Cependant, tout roturier servant dans l'armée ennemie pourrait être tué. Cette dernière disposition était en fait un effort visant à atténuer les effets de la guerre en la limitant aux membres de la chevalerie, des hommes auxquels on avait appris comment et contre qui il convenait de se battre.

À l'époque moderne, les restrictions sur la guerre définies dans la tradition de la guerre juste ont servi de base à l'élaboration de codes de discipline militaire et à la conception de règles coutumières de la guerre, « les lois et coutumes de la guerre ». Ces initiatives, à leur tour, ont jeté les bases sur lesquelles le droit international positif sur la guerre a commencé à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e³. Bien que le droit des conflits armés dans le droit international contemporain est défini par l'accord des états à être liés par les règles établies, ces origines dans la tradition morale de l'Occident restent visibles dans la façon dont la loi est structurée et ce qu'elle contient. La

guerre « régulière », c'est-à-dire les règles formulées, établie de cette manière repose fondamentalement sur l'accord des états. Au début du développement du droit international positif régissant la conduite de la guerre, les états signataires des accords officiels ont été liés par la loi. Ces états, à leur tour, ont convenu de réglementer leurs armées en conséquence. Le contexte présumé était une guerre déclarée officiellement impliquant les parties à l'accord décrit comme « belligérants », c'est-à-dire les états engagés dans la guerre⁴.

D'autres types de conflit armé n'ont pas été abordés dans la loi à ce stade précoce pour des raisons majeures. Premièrement, le précédent historique était de considérer tous ces conflits armés comme injustes. La tradition de la guerre juste sous-jacente dans la culture occidentale avait pris naissance dans un effort visant à limiter le droit de recourir à la force armée dans une société violente en limitant ce droit à un chef temporel sans supérieur temporel. Les personnes qui ont recours à la force étaient perçues comme agissant injustement et compromettant la paix dans la société en question, qu'il s'agisse de personnes appartenant à cette société ou lui étant étrangères, en y infiltrant des forces armées⁵. Au fur et à mesure de l'évolution de cette tradition morale, elle a continué de considérer toute forme d'emploi « privé » de la force armée comme intrinsèquement injuste, quelle qu'en soit la raison. On trouve un exemple historique particulièrement frappant en la réaction explosive de Luther à la rébellion des paysans allemands en 1624, lorsqu'il exhorta la noblesse allemande à « poignarder, frapper et massacrer » sans merci les paysans en armes, bien qu'il ait précédemment indiqué qu'il comprenait leurs griefs⁶. Un tournant décisif dans la tradition historique eut lieu lors de la Guerre de Sécession, quand l'Union décida à l'issue d'un débat animé de traiter les Confédérés comme des belligérants légitimes et non comme des rebelles dont les droits n'étaient pas garantis par les « lois et coutumes de la guerre » tels qu'ils étaient compris à l'époque⁷. Par contre, l'ancienne façon de penser est restée dans l'emploi des forces armées contre les rébellions autochtones lors des guerres coloniales de la fin du XIX^e siècle. Cet état d'esprit a créé un malheureux patrimoine : l'ensemencement du germe de la guerre illimitée dans les mémoires collectives des peuples des anciennes colonies, un semis qui a porté ses fruits qu'illustrent aujourd'hui les guerres en cours en Afrique centrale et occidentale et dans les attaques contre des civils, justifiées dans l'idéologie d'al-Qaïda et ses disciples.

La protection des non combattants dans le récent discours juridique et moral

Comme indiqué précédemment, dans son développement initial, le droit international positif sur la guerre tenait pour responsables les états de toute violation. Un changement décisif dans la loi quant à savoir qui est responsable, les états ou les individus, c'est amorcé avec la constitution de tribunaux contre les crimes de guerre après

la Deuxième Guerre mondiale. Un langage exprimant ce changement sans équivoque est apparu pour la première fois dans l'article IV de la Convention sur le génocide de 1948 : « Les personnes ayant commis le génocide, ou l'un des autres actes énumérés dans l'article III, seront punies, qu'elles soient les gouvernants, les fonctionnaires ou les particuliers ». Les articles V et VI continuent en précisant les procédures pénales applicables à ces personnes⁸. Les Conventions de Genève de 1949 identifient de même que les individus sont responsables pour les violations de l'une des Conventions, bien qu'elles rendent les états contractants responsables de l'application des peines⁹. Les Conventions de 1949 ont également pris deux autres mesures importantes dans le changement des hypothèses antérieures sur la loi internationale des conflits armés, élargissant ses exigences aux parties en conflit, même si elles ne sont pas signataires des Conventions et à certains conflits armés non internationaux¹⁰. Les Conventions de 1949 apportèrent enfin les règlements juridiques les plus élaborées jusque-là pour le traitement de toutes les victimes possibles d'une guerre, non seulement les combattants mis *hors de combat* par suite de maladie, de blessures, de naufrage (en mer) ou faits prisonnier, mais aussi les civils en tant que catégorie à laquelle la Convention IV de 1949 est entièrement consacrée.

Les Protocoles de 1977 aux Conventions de 1949 continuent le long de la même trajectoire, visant à « réaffirmer et développer les dispositions qui protègent les victimes des conflits armés et de compléter les mesures destinées à renforcer l'application » et répondant à la fois aux conflits armés internationaux (Protocole I) et certaines formes de conflits armés non internationaux (Protocole II)¹¹. La protection des civils en état de guerre est particulièrement bien développée, les parties à un conflit armé se doivent « de distinguer les cibles civiles des cibles militaires ainsi qu'entre les biens civils et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires¹² ». Comme le suggère ce langage, et la définition ultérieure du terme civils, celui-ci se réfère ici aux catégories de personnes qui, dans la littérature morale sont normalement appelés « non combattants¹³ ». Les Conventions de 1949 et les Protocoles de 1977 ont ainsi fait converger, ce qui est important, le droit positif des conflits armés et les préoccupations les plus solidement ancrées dans la tradition morale pour distinguer ces catégories de personnes et éviter qu'elles soient mises directement et délibérément en danger. Cette convergence se manifeste également d'une autre façon. L'exigence que les civils soient distingués des combattants a donné naissance à l'idée d'un « principe de distinction » entre ces deux catégories de personnes, ce qui correspond directement au « principe de discrimination » généralement utilisé récemment dans le discours moral.

Bien que la responsabilité première de l'application des exigences spécifiées ici et les sanctions des violations sont à charge des parties au conflit, la création de tribunaux pour crimes de guerre commis lors de conflits spécifiques et, finalement, la création de la Cour pénale internationale ont fourni un cadre juridique au-delà des états

pour sanctionner les personnes ayant enfreint les règles ainsi établies. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a compétence sur quatre catégories de crimes : le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et l'agression¹⁴. Dans la pratique, on ne peut compter sur tous les états pour faire respecter les règles contre ces types d'actions, cela représente, fondamentalement, une suite logique à la définition d'un tel comportement dans un conflit armé comme criminel et à l'attribution de la responsabilité pénale pour un tel comportement aux individus qui en sont les auteurs. La création de tels tribunaux exerce également une pression sur les états pour punir les types de violations mentionnées.

Le récent discours moral relatif à la protection des non combattants n'a en aucun cas été aussi évalué ni aussi finement détaillé. La partie pacifiste du discours moral incorpore toutes les activités guerrières à sa critique et à sa condamnation générales de la guerre comme l'incarnation même du mal. Si nous pensons aux trois piliers de la reprise de l'idée de guerre juste, les deux ouvrages que Paul Ramsey publia dans les années 1960, *Just and Unjust Wars* de Michael Walzer publié une décennie plus tard et la lettre pastorale des évêques catholiques des États-Unis intitulée *The Challenge of Peace*, à la fois Ramsey et les évêques catholiques ont laissé pour l'essentiel la question de l'immunité des non combattants au niveau de la stratégie nucléaire¹⁵. Pour les deux, l'accent était mis sur la politique et les actions militaires des États-Unis. Ils n'ont tout simplement pas abordé la question de savoir comment transférer ce raisonnement en quelque sorte à la limitation du comportement des autres dans la guerre irrégulière actuelle. Le développement par Walzer de son analyse basée sur des exemples historiques des différentes guerres, l'a mené à des considérations plus détaillées de savoir si quelqu'un est un combattant ou non, et quelles sont exactement les protections dues aux non combattants dans divers types de circonstances. Dans cet esprit, il a étendu les exigences de la règle du double effet au-delà où Ramsey l'avait laissé, en introduisant une troisième stipulation que l'action militaire en question cherche positivement à éviter ou minimiser les préjudices aux non combattants. Cependant, il s'agissait d'un seul élément d'une vaste étude se proposant d'entreprendre une exploration plus générale des exigences de la guerre juste pour la guerre moderne dans son ensemble, en s'appuyant sur les exemples historiques donnés. Ces illustrations ont été précieuses pour ancrer les réflexions de Walzer, mais elles regardent en arrière. En outre, dans sa discussion sur l'immunité des non combattants, Walzer n'a pas prévu les particularités de la guerre irrégulière.

Si nous pensons aux débats moraux plus récents sur la guerre contemporaine, nous trouvons des trajectoires comparables. Considérons, par exemple, les discussions sur les implications morales pour les non combattants sur le double usage de ciblage ou de frappes de drones. Un tel discours moral est fréquemment concentré sur l'immoralité de telles pratiques, de sorte qu'il est devenu effectivement une attaque sur la façon dont les États-Unis font la guerre. Pour autant que des pratiques similaires

soient adoptées par d'autres pays plus développés, elles deviennent elles aussi la cible des mêmes critiques. Chaque guerre a, cependant, deux côtés (au moins), et la protection des non combattants est une question de politiques et de pratiques de toutes les parties au conflit. Cela inclut la guerre irrégulière contemporaine, que le discours moral récent a dans une large mesure ignorée. Bien qu'il est juste de susciter les préoccupations morales à propos des frappes de drones, qui occasionnent des pertes accidentelles ou disproportionnées parmi les populations civiles, la prise pour cible directe et délibérée des civils est devenue une caractéristique commune de toutes les formes de la guerre irrégulière, et le discours moral n'a ni engagé cela directement ni considéré comment peser dans les calculs de proportionnalité lorsque des actions critiquant les mesures prises contre les forces qui emploient de tels moyens. Les moralistes ici pourraient bien suivre l'exemple des avocats au sujet de la gamme complète nécessaire du discours. Ils devraient peut-être aussi aller plus loin et tenir compte de la différence morale entre prendre directement et délibérément pour cibles les populations civiles et les mettre en danger collatéralement ou par erreur quand le but direct et délibéré d'une action est une attaque contre une cible de combattants.

L'attention croissante accordée aux droits de l'homme depuis la Deuxième Guerre mondiale a exercé lors des dernières décennies une influence considérable aussi bien sur la réflexion morale (en particulier celle née des travaux de Walzer) que sur le droit¹⁶. Comme énoncés d'un idéal, le corps de matériau définissant les différents types de droits de l'homme est impressionnant et la protection des droits identifiés se transpose aisément aux paramètres de protection des non combattants dans le droit des conflits armés et le discours moral sur la guerre. L'idéal n'est toutefois pas la même chose que la réalité. Des différences, certaines sont importantes, parmi les diverses déclarations internationales quant à la nature des droits définis, leur sources, les protections qui leur sont donnés et les sanctions à imposer, le cas échéant, aux auteurs d'infractions. Certaines des disparités sont fondées sur les différences culturelles, y compris les croyances et pratiques religieuses ainsi que les mœurs culturelles établies de longue date. Certains les font remonter aux objectifs politiques particuliers de certains états ou blocs d'états, d'autres reflètent l'influence d'organisations non gouvernementales et d'organisations bénévoles privées sur la formulation d'accords donnés. Les droits identifiés dans les divers instruments internationaux n'ont pas tous la même priorité et il est en effet difficile de savoir exactement comment déterminer la priorité relative de tous les types de droits identifiés. Quand on compare les protections explicitement données ou implicites en droit international des droits de l'homme à ceux du droit international sur les conflits armés, ces dernières sont nettement plus spécifiques et ciblées en tant que guides opérationnels. De plus en plus, cependant, les droits de l'homme vont être utilisés comme fournissant un cadre plus large et une justification pour les protections et restrictions énoncées dans le droit des conflits armés. Par exemple, l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale

énumère les crimes considérés comme « crimes contre l'humanité » et les protections correspondantes basées sur les diverses conventions des droits de l'homme. Alors que dans l'article 8 les « crimes de guerre » sont définis d'abord en termes de violations spécifiques du droit des conflits armés mais, en outre, définies par référence aux mêmes infractions citées dans l'article 7¹⁷. Toutefois, le fait demeure que les différences évoquées plus haut en font beaucoup moins une énumération précise de crimes basés sur des droits qu'on l'aurait voulu.

Le droit des conflits armés a procédé en établissant des règles pour la conduite de la guerre, y compris pour la protection des non combattants, l'objectif est une guerre « régulière » ou une guerre régie par des lois. Au moins jusqu'à présent, il n'a pas complètement réussi à atteindre cet objectif mais le cadre qu'il a défini est impressionnant. Fondamentalement, même si cela fait plus d'un demi-siècle que le droit a cherché à tenir les individus responsables des violations des règles établies, le droit dépend en fin de compte de la coopération des états. Le contenu du droit lui-même est compris comme étant le produit d'accords entre états, y compris l'engagement de se conformer aux règles convenues. En réalité, bien entendu, certains éléments de ce cadre de règles bénéficient d'un soutien moins général que d'autres, et les états ont souvent des désaccords sur le sens de questions auxquelles ils ont formellement adhéré. De plus, les états ne sont pas égaux dans leur capacité à faire appliquer les lois établies lors de situations de conflit armé. La guerre régie par des lois vise à créer et à rester un objectif plutôt qu'une réalisation accomplie.

Les défis particuliers à la protection des non combattants dans la guerre irrégulière et asymétrique

L'écart entre les objectifs et la réalité est exacerbé lorsque l'une ou plusieurs des parties à un conflit armé ignore, nie ou prévaut sur les règles, c'est-à-dire dans la guerre irrégulière sous toutes ses formes, y compris les conflits asymétriques. La nature de la guerre irrégulière présente de sérieux défis à l'effort de limiter les destructions de la guerre en la régularisant. Quatre types particuliers de questions sont particulièrement problématiques.

Les différences culturelles

Pour commencer, la guerre irrégulière récente a souvent été définie en termes de différences culturelles significatives, en particulier des différences ethniques ou religieuses, ou les deux, entre les parties belligérantes. Lorsqu'un conflit est formulé de cette façon, dans l'optique de chacune des parties tous les membres du groupe ennemi, pas simplement les combattants, sont perçus comme ennemis et méritent d'être tués, chassés ou soumis à d'autres dommages. Les exemples abondent, y compris les guerres de démembrement de la Yougoslavie, du génocide rwandais de 1994 du conflit Ta-

mouls - Cinghalais au Sri Lanka, les fréquentes guerres récentes en Afrique centrale, le conflit indo-pakistanaï latent et les activités terroristes de groupes tels que l'Armée républicaine irlandaise et al-Qaïda. Comme exemple particulier, les analystes réalistes ont souvent tendance à rejeter l'élément religieux dans les actions d'al-Qaïda, ce faisant, ils ignorent le langage clair des déclarations de ces dirigeants, qui décrivent une lutte permanente au nom de l'Islam lui-même contre l'agression occidentale¹⁸. La cause de la guerre est décrite comme ayant une cause religieuse et tous les Américains et leurs alliés sont susceptibles d'être tués, sans distinction entre combattants ou non combattants. La référence à des normes qui transcendent tout ce qui est commun aux parties au conflit, rend effectivement quiconque est identifié avec l'ennemi digne d'être attaqué et tué : *tous* les Américains sont coupables d'attaquer « Allah, son messager et les Musulmans ». Al-Qaïda rejette non seulement les efforts visant à assurer aux non combattants la protection définie non seulement dans la tradition de la guerre juste et du droit international mais aussi dans la tradition islamique.

Que peut-on dire contre cela ? En Occident, les horreurs de la guerre à motivations religieuses endurées lors de la Guerre de Trente Ans à conduit au déni à la religion de justifier la cause de la guerre avec la Paix de Westphalie. Ce rejet se retrouve dans le droit international, où la seule raison légitimant l'entrée en guerre d'un état est la défense contre une « agression armée », ou l'aide à un autre état dans sa propre défense contre une telle agression. Alors, quel est l'enjeu de l'affirmation que la religion justifie les attaques contre les civils et les militaires, ce qui est à la fois un déni de la distinction entre combattants et non combattants et des efforts d'exclusion des différences religieuses des causes justifiant la guerre. On peut dire la même chose de l'affirmation que les clivages ethniques justifient la guerre, justifient en fait une guerre aveugle, comme l'illustre par exemple le massacre par les Hutus de Rwandais d'ethnicité Tutsi et d'ethnicité mixe en 1994. Quincy Wright a observé, il y a plusieurs décennies, dans son ouvrage novateur *A Study of War* que la guerre au-delà des frontières culturelles est particulièrement difficile à modérée et, ici, nous voyons cela se manifester dans le refus d'admettre que les normes internationalement reconnues ont en fait de l'importance dans ce genre de guerre¹⁹. Réaffirmant et mettre en œuvre ces normes pose un défi à l'ensemble de la communauté internationale.

Toutefois, la meilleure façon de le faire reste largement ignorée et incertaine, car la mise en application des normes nécessiterait probablement un recours plus vigoureux de mesures militaires contre les contrevenants. Mais par qui ? À ce jour, des troupes françaises sont en République centrafricaine pour aider le gouvernement contre des insurgés qui ont systématiquement attaqué des civils. Récemment, des troupes françaises ont également intervenues au Mali pour repousser l'offensive des combattants d'al-Qaïda au Maghreb islamique qui, lorsqu'ils ont pris le contrôle des centres urbains, ont attaqué régulièrement de simples citoyens. Au même moment, toutefois, les États-Unis et la Grande-Bretagne ont retiré toutes leurs troupes d'Irak,

alors que le gouvernement irakien s'est montré incapable de protéger efficacement sa population des insurgés d'al-Qaïda. En outre, les pays de l'OTAN ont retiré leurs forces d'Afghanistan, et les forces des États-Unis sont censées se retirer en 2014. À l'exception de la volonté de la France d'intervenir militairement, si nécessaire, dans ses anciennes colonies, aucun pays occidental ne manifeste aujourd'hui beaucoup d'intérêt pour une telle action militaire, même en cas de situation humanitaire préoccupante. Ils n'ont pas non plus une grande latitude pour le faire en termes de droit international. L'édition de la doctrine de la Responsabilité de protéger, issue du Sommet mondial de 2005, a limité le pouvoir d'intervenir à de telles fins (sauf en cas d'intervention sur invitation, comme en témoignent les actions françaises en République centrafricaine et au Mali) au Conseil de sécurité. Le Conseil n'a autorisé une telle opération qu'une seule fois dans le cas de la révolution libyenne et a plus généralement fait preuve d'inaction. La structure institutionnelle des opérations de maintien de la paix des Nations Unies ne fait pas non plus espérer grand-chose pour le genre d'action militaire robuste qui serait nécessaire en cas de grave danger pour une population civile se trouvant prise au milieu d'une guerre irrégulière, comme en témoigne l'exemple mémorable de l'inaction des forces de maintien de la paix au Rwanda à l'occasion du massacre de 1994 quand il s'est agi d'y mettre fin ou de protéger les victimes.

La distinction entre non combattants et combattants

Même si tous les membres du groupe ennemi ne sont pas ciblés, il est difficile de discerner dans la guerre irrégulière un non combattant d'un combattant, et, en pratique, il est complexe sinon impossible de différencier l'un de l'autre. Dans une telle guerre, les combattants sont généralement vêtus comme ils le seraient normalement dans le civil ; ils peuvent continuer à vivre chez eux avec leur famille ou être logé et nourris dans un quartier ami ; et ils peuvent permuter facilement et sans problèmes de combattant à civil. Paul Ramsey a une fois observé, aigrement, qu'aucun penseur sur la guerre juste n'a jamais présumé que les non combattants seraient séparés des combattants « comme [l'étaient] les dames lors d'un tournoi au Moyen Âge²⁰ ». En fait, toutefois, la pensée médiévale sur la guerre juste a procédé à identifier des catégories de personnes, y compris les femmes en tant que classe, et pas seulement « dames à un... tournoi », devant être traitées comme non combattants. L'observation de Ramsey aurait pu être utile dans le contexte dans lequel il l'offrit, c'est-à-dire comme argument en faveur d'une stratégie nucléaire antiforces et s'opposant à la prise pour cible de la population. La guerre irrégulière est menée par des individus et de petits groupes de combattants dans des contextes où les non combattants évoluent en général au milieu et autour des combattants d'un des camps ou des deux. Il est donc de la plus haute importance de reconnaître les non combattants, non seulement pour permettre

le ciblage des combattants mais aussi, et surtout, de laisser les combattants des deux côtés savoir qui, chez l'ennemi, représente une menace.

À cet égard, un élément particulier du développement du droit international sur les conflits armés a en fait contribué à créer une ambiguïté quant à savoir qui est un combattant et qui ne l'est pas. Dans les règles de Francis Lieber concernant les membres des groupes irréguliers participant à une guerre, initialement prévu dans le cadre de la Guerre de Sécession, mais incorporées plus tard dans le droit international à la Conférence de La Haye de 1907 et retrouvées intactes dans les Conventions de Genève de 1949, exigeaient que les conditions suivantes soient satisfaites :

- (a) d'être commandés par une personne responsable de ses subalternes ;
- (b) d'avoir un insigne distinctif reconnaissable à distance ;
- (c) de porter ouvertement leurs armes ;
- (d) que la conduite de leurs opérations soit conforme aux lois et usages de la guerre²¹.

Considérons, par contre, ce langage du Protocole I de Genève de 1977, article 44, paragraphe 3, qui modifie les conditions (b) et (c) ci-dessus :

Reconnaissant... qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant, à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement :

- (a) pendant chaque engagement militaire, et
- (b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer²².

Que signifie cela en pratique ? Un exemple aidera à répondre à cette question. Lors de l'invasion de l'Irak par les forces américaines en 2003, selon des reportages de l'époque, des membres des *Fedayin de Saddam* (un groupe paramilitaire) se sont approchés d'une unité américaine, habillés en Bédouins irakiens ordinaires²³. Lorsqu'ils s'en étaient rapprochés suffisamment pour attaquer, ils ont ouvert leurs robes, ont sorti leurs armes et ont ouvert le feu. Dans la mesure où l'Irak n'avait pas ratifié les protocoles de 1977, on peut affirmer que les *Fedayin* étaient soumis aux règles énoncées dans la Convention III de Genève de 1949, d'après laquelle il s'agissait clairement d'une violation du droit des conflits armés. (Il en va de même du point de vue des États-Unis, qui avaient signé mais jamais ratifié les Protocoles de 1977). Néanmoins, du point de vue de ces protocoles, la question est plus ambiguë. Plus près de mon propos ici est le fait qu'un tel comportement (il y eut d'autres incidents semblables) a conduit les troupes américaines à se méfier de tous les civils, en les traitant comme des combattants jusqu'à preuve du contraire. Cet état d'esprit a conduit à un certain

nombre d'évènements dans lesquels des civils ont essuyé des tirs quand ils se sont approchés de postes de contrôle dans des véhicules tentant de fuir les zones de combat. En d'autres termes, le comportement des *Fedayin*, qui pourrait être interprété comme étant autorisé par les règles de Lieber, modifiées figurant dans le Protocole I de 1977, sapait la protection des non combattants en créant une ambiguïté quant à l'identité d'un non combattant et mettait en danger des non combattants authentiques dont le comportement semblait menaçant.

Le Protocole I de 1977 se rapporte, bien entendu, aux conflits armés internationaux et s'applique donc à la guerre d'Irak de 2003 (bien que ni les États-Unis ni l'Irak l'avait ratifié). Toutefois, le genre de comportement rencontré dans l'exemple ci-dessus, ainsi que le même genre d'effet, est endémique aux conflits à caractère non international, dans lesquels les combattants s'habillent très souvent comme les civils non combattants et s'en servent pour en tirer un avantage militaire. Le fait que les règles de Lieber, telles que modifiées par le Protocole I de 1977, peuvent avoir tendance à introduire cette érosion de la protection des non combattants dans les conflits armés non internationaux, suggère qu'une nouvelle attention à cette version des règles de Lieber pourrait s'imposer. Les moralistes pourraient, à tout le moins, examiner d'un œil critique l'effet du changement apporté à ces règles sur l'érosion de la distinction entre combattants et non combattants comme il doit être fait dans le feu de l'action.

Les décisions concernant les armes et les cibles

Dans la mesure où le conflit armé en question est asymétrique, des moyens très différents sont disponibles pour chaque partie au conflit, et chacun a aussi des structures de commandement et de contrôle dissemblables. Ce fait nous ramène à une question déjà abordée plus haut dans l'examen du premier défi posé par la guerre irrégulière et la protection des non combattants. En raison de l'asymétrie entre les parties au conflit, des normes différentes s'appliquent aux types d'armes employés par chaque partie et aux décisions prises quant à leurs objectifs. Bien que n'importe quelle arme peut être utilisée discriminatoirement ou indistinctement, il y a une différence fondamentale entre la prise pour cibles directe et délibérée des non combattants ou l'indifférence intentionnelle à l'égard des non combattants présents dans une zone visée et l'effort fait pour ne cibler que les combattants tout en acceptant le risque de mettre les non combattants en danger et en cherchant à le minimiser. Cela signifie que le problème n'est pas à la base les armes elles-mêmes, par exemple, les frappes de missiles à partir d'avions téléguidés [drones] comparativement à l'explosion d'un véhicule piégé par un kamikaze, mais la nature de la décision derrière une frappe donnée et son intention. La nature réelle d'une frappe particulière et la piste de décisions conduisant à elle sont relativement simples à enquêter pour une force militaire expérimentée et bien organisée. En revanche, les forces irrégulières ont tout intérêt à promouvoir

l'ambiguïté dans les résultats de leurs actions et de dissimuler leur piste de décisions, les motifs d'une décision particulière et la ou les personnes qui en sont responsables. Ces personnes restent généralement dissimilées, donc difficile à amener à la justice et peut-être même impossible de les obliger à rendre des comptes, du moins dans le laps de temps limité dans lequel il pourrait facilement être lié au tort causé aux civils en question. Les critiques morales de la guerre asymétrique contemporaine ont eu tendance dans une perspective morale à s'attaquer aux objectifs faciles à atteindre représentés par les actions de la partie au conflit la mieux organisée et techniquement compétente à qui la loi est plus facilement applicable. Cependant, il est souvent impossible de pénétrer à l'intérieur de la structure de commandement et de prise de décisions des groupes irréguliers, et les auteurs d'actions particulières jugées répréhensibles sont souvent à l'abri des sanctions, voire même (dans le cas des auteurs d'attentats suicide) morts.

Une façon d'aborder cette question est peut-être de revenir à l'ancienne norme qui considérait la guerre irrégulière comme intrinsèquement répréhensible, ce qui permettait de poursuivre les personnes engagées dans ce type de guerre en leur refusant les droits accordés aux combattants. La difficulté de cette approche tient au fait qu'elle peut dégénérer en mesures extrêmes impliquant la privation de tous les droits pour les personnes associées à ce type de guerre. Approcher la question de cette manière est de toute façon difficile pour les démocraties (comme l'illustre, par exemple, la controverse à propos des « combattants ennemis » détenus à Guantanamo), bien que relativement plus facile pour les gouvernements autocratiques ou despotiques. Dans le même temps, toutefois, on peut trouver une justification morale pour cela à la fois dans les traditions occidentale et islamique, pour ne citer que deux des principales traditions culturelles et morales impliquées aujourd'hui dans des conflits asymétriques.

La responsabilité

Il reste le problème de statuer sur la responsabilité. Les violations de l'immunité des non combattants peuvent justifier la punition comme un crime de guerre mais dans la guerre irrégulière la nature des forces et de leurs actions rend la collecte de preuves, l'identification des personnes responsables et la capture de ceux qui doivent être jugés difficiles, voire même impossibles, ce qui compromet le processus juridique. Lorsque le conflit en question est également asymétrique, avec des forces régulières d'un côté et irrégulières de l'autre, le potentiel d'application des règles de bonne conduite est également asymétrique. Pour les forces régulières, le fonctionnement du commandement et de contrôle, y compris la tenue d'archives pour chaque opération, fournit une chaîne de preuves qui est, en principe, d'accès facile. Par conséquent, on peut identifier les personnes impliquées dans la violation en question et, au moins en principe, déterminer la responsabilité de la violation. Par conséquent, les soldats de la

force régulière sont tenus à des normes disciplinaires et judiciaires supérieures de conduite que celles qui s'appliquent à la force irrégulière qui les oppose. Leur relative vulnérabilité à ce titre ouvre également la porte à des motivations politiques dans le choix des affaires devant donner lieu à une enquête et/ou des poursuites. Cette perspective met l'équité de la loi en question et donc sape ainsi encore plus la confiance dans les protections qu'elle offre. Ainsi, non seulement la protection des non combattants est minée, mais aussi le personnel militaire du camp auquel les règles s'appliquent est désavantagé par rapport à celui de l'autre camp, qui peut combattre sans retenue et sans grande crainte de devoir rendre des comptes pour ses actions devant la justice.

Conclusion

Cet article offre une vue pessimiste de la question de la protection des non combattants dans la guerre contemporaine. Bien que la protection des non combattants a développé un thème majeur à la fois dans la réflexion morale sur la guerre et le droit international des conflits armés, les efforts visant à assurer une telle protection restent fragiles. Cette protection est particulièrement menacée dans la guerre irrégulière, dans laquelle les forces irrégulières peuvent ne pas partager les valeurs morales et sous-jacentes qui définissent une telle protection mais peuvent offrir des justifications différentes qui définissent l'adversaire comme méritant la mort et d'autres dommages. Ces mêmes forces, généralement des acteurs non étatiques, ignorent ou nient les restrictions définies dans le droit international et, de toute façon, ne peuvent pas facilement échapper aux sanctions prévues par la loi. Nous devons accorder plus d'attention aux implications négatives de cette situation par tous ceux qui sont, ou peuvent être en mesure d'influer sur la politique et l'action future.

Notes

1. ERASMUS, Desiderius, *Bellum Erasmi*, Londres : Thomas Berthelet, 1533 ; et SCHELL, Jonathan, *The Fate of the Earth*, New York : Knopf, 1982.

2. TURNER JOHNSON, James, *Ideology, Reason, and the Limitation of War: Religious and Secular Concepts, 1200–1740*, Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1975, pp. 43–46.

3. Voir, par exemple, le Préambule de la Convention IV de La Haye de 1907, in ROBERTS, Adam et GUELFF, Richard, *Documents on the Laws of War*, 3^e édition, Oxford, Royaume Uni : Oxford University Press, 2000, pp. 69–70.

4. *Id.*, Articles 1 et 2.

5. TURNER JOHNSON, James, *Sovereignty: Moral and Historical Perspectives*, Washington, DC : Georgetown University Press, 2014, pp. 28–32. Cf. JOHNSON, *Just War Tradition and the Restraint of War: A Moral and Historical Inquiry*, Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1981, p. 127, pp. 162–165.

6. MANSCHREK, Clyde L., *A History of Christianity*, vol. 2, Englewood Cliffs, New Jersey : Prentice-Hall, 1964, pp. 36–38.

7. JOHNSON, *Just War Tradition*, pp. 306–322.

8. ROBERTS et GUELFF, *Documents*, pp. 181–182.

9. Voir, par exemple, l'article 49 de la Convention I de Genève de 1949, in ROBERTS et GUELFF, *Documents*, p. 198.

10. *Id.*, Article 2 ; et Article 3 commun des Conventions de Genève de 1949, ROBERTS et GUELFF, *Documents*, pp. 198-199.
11. Préambule du Protocole I de 1977 ; cf. Préambule du Protocole II, in ROBERTS et GUELFF, *Documents*, pp. 422-423, pp. 483-484.
12. Article 48 du Protocole I de 1977 in ROBERTS et GUELFF, *Documents*, p. 447
13. *Id.*, Article 50, pp. 448-449.
14. Voir Article 5, paragraphe 1 in « *Rome Statute* », consulté le 11 décembre 2014, http://legal.un.org/icc/statute/99_corr/2.htm.
15. RAMSEY, Paul, *War and the Christian Conscience: How Shall Modern War Be Conducted Justly?*, Durham, Caroline du Nord : Duke University Press, 1961, et *The Just War: Force and Political Responsibility*, New York : Charles Scribner's Sons, 1968 ; WALZER, Michael, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York : Basic Books, 1977 ; et National Conference of Catholic Bishops, *The Challenge of Peace: God's Promise and Our Response*, Washington, DC : United States Catholic Conference, 3 mai 1983, www.usccb.org/upload/challenge-peace-gods-promise-our-response-1983.pdf.
16. Voir, par exemple, RODIN, David, *War and Self-Defense*, Oxford, Royaume Uni : Oxford University Press, 2003. Pour les déclarations internationales concernant les droits de l'homme, voir « *Human Rights* », Nations unies, consulté le 13 décembre 2013, www.un.org/en/rights/index.shtml.
17. Voir « *Rome Statute* ».
18. Voir, par exemple, la déclaration du « *Jihad against Jews and Crusaders: World Islamic Front Statement Federation of American Scientists* », 23 février 1998, www.fas.org/irp/world/para/docs/980223-fatwa.htm.
19. WRIGHT, Quincy, *A Study of War*, 2^e édition, Chicago : University of Chicago Press, 1965, pp. 1344-1354.
20. RAMSEY, *Just War*, p. 145.
21. 1907 Hague Convention IV, Annex, Art. 1, in ROBERTS et GUELFF, *Documents*, p. 73. Le langage cité ici est celui de l'article 4 (2) de la Convention III de Genève de 1949, in *id.*, p. 246. Les dispositions sont les mêmes que dans les contextes antérieurs.
22. ROBERTS et GUELFF, *Documents*, pp. 444-445.
23. *New York Times*, 24 mars 2003, B6 ; et « *Iraqis Fake Surrender and Put Prisoners on TV* », *Star-Ledger*, Newark, New Jersey, 24 mars 2003, p. 1.