

La distinction entre la participation directe aux hostilités par les civils et la légitime défense des civils

Touwendé Roland Ouédraogo

Volume 29, Number 2, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046513ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046513ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ouédraogo, T. R. (2016). La distinction entre la participation directe aux hostilités par les civils et la légitime défense des civils. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 29(2), 191–223. <https://doi.org/10.7202/1046513ar>

Article abstract

In times of armed conflict, when self-defence is the act of individuals, it may prove difficult to circumscribe or even distinguish between other neighbouring concepts, namely direct participation in hostilities. While direct participation in hostilities is not expressly prohibited by international humanitarian law, it also isn't a right of civilians, while self-defence can be considered under certain conditions as such a right. Therefore, distinguishing direct participation in hostilities from self-defence of civilians and/or other concepts isn't an easy task, especially on the battlefield. This is due to the fact that self-defence generally, and in principle, operates in a context of illegal violence, whereas direct participation in hostilities, an international humanitarian law (IHL) concept, takes place in a context of authorized, if not legal, violence, at least in compliance with IHL, in most cases. So how can we make the distinction between self-defence of civilians and their direct participation in hostilities? On the basis of the notion of direct participation in hostilities as defined by the International Committee of the Red Cross in its *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities* and of the notion of self-defence as defined in the *Rome Statute of the International Criminal Court*, we propose a number of criteria as well as a new classification for the acts of civilians during a conflict, after pointing out the difficulties of the distinction, which are exacerbated by the controversies associated with the two main notions of our analysis.

LA DISTINCTION ENTRE LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS PAR LES CIVILS ET LA LÉGITIME DÉFENSE DES CIVILS

*Touwendé Roland Ouédraogo**

En période de conflit armé, lorsque la légitime défense est le fait des individus, elle peut se révéler difficile à circonscrire, voire à distinguer d'autres concepts voisins notamment celui de la participation directe aux hostilités. Celui-ci, bien que n'étant pas une prohibition expresse du droit international humanitaire (DIH), n'est pas non plus un droit des civils, tandis que la légitime défense peut être envisagée à certaines conditions comme un droit des civils. Dès lors, distinguer la participation directe aux hostilités de la légitime défense des civils et/ou d'autres concepts ne sera pas un exercice aisé, précisément sur le champ de bataille. Cela s'explique par le fait que la légitime défense s'exerce généralement et en principe dans un contexte de violence illégale, alors que la participation directe aux hostilités, notion de droit international humanitaire, a lieu dans un contexte de violence autorisée, sinon légale, du moins conforme au DIH, dans la plupart des cas. Alors, comment distinguer la légitime défense des civils de leur participation directe aux hostilités ? En partant de la notion de participation directe aux hostilités telle que définie par le Comité international de la Croix-Rouge dans son *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*, et de la notion de légitime défense du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, nous proposons quelques critères et une nouvelle catégorisation de l'action des civils au cours d'un conflit, après avoir relevé quelques difficultés de la distinction, lesquelles sont exacerbées par les controverses nourrissant les deux notions principales de notre analyse.

In times of armed conflict, when self-defence is the act of individuals, it may prove difficult to circumscribe or even distinguish between other neighbouring concepts, namely direct participation in hostilities. While direct participation in hostilities is not expressly prohibited by international humanitarian law, it also isn't a right of civilians, while self-defence can be considered under certain conditions as such a right. Therefore, distinguishing direct participation in hostilities from self-defence of civilians and/or other concepts isn't an easy task, especially on the battlefield. This is due to the fact that self-defence generally, and in principle, operates in a context of illegal violence, whereas direct participation in hostilities, an international humanitarian law (IHL) concept, takes place in a context of authorized, if not legal, violence, at least in compliance with IHL, in most cases. So how can we make the distinction between self-defence of civilians and their direct participation in hostilities? On the basis of the notion of direct participation in hostilities as defined by the International Committee of the Red Cross in its *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities* and of the notion of self-defence as defined in the *Rome Statute of the International Criminal Court*, we propose a number of criteria as well as a new classification for the acts of civilians during a conflict, after pointing out the difficulties of the distinction, which are exacerbated by the controversies associated with the two main notions of our analysis.

En el periodo de conflicto armado, cuando la legítima defensa es el hecho de los individuos, puede revelarse difícil de circunscribir incluso, de distinguir de otros conceptos vecinos particularmente el de la participación directa a las hostilidades, el cual, aunque no siendo una prohibición expresa del derecho internacional humanitario, no es tampoco un derecho de los civiles, mientras que la legítima defensa puede ser contemplada en ciertas condiciones como un derecho de los civiles. Desde entonces, distinguir la

* Candidat au doctorat en droit (LL.D.) à l'UQAM, Touwendé Roland est titulaire d'une licence en droit public et d'une maîtrise en droit des affaires de l'université de Ouagadougou (Ouaga II) ; il détient également un LL.M en droit international humanitaire et en droits humains de l'académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève, et une maîtrise en études européennes (Option « Institutions, Droit et Société ») de l'institut d'études globales de l'université de Genève. Ses intérêts de recherche liés à sa thèse portent sur les droits humains, le droit de l'environnement, le développement durable et la justice environnementale.

participación directa a las hostilidades de la legítima defensa de los civiles y/o de otros conceptos no será un ejercicio fácil, precisamente sobre el campo de batalla. Esto se explica por el hecho de que la legítima defensa generalmente se ejercita y en principio en un contexto de violencia ilegal, mientras que la participación directa en la hostilidades, noción de derecho internacional humanitario, tiene lugar en un contexto de violencia autorizada, sino legal del menos conforme al DIH, en la mayoría de casos. ¿Entonces, cómo distinguir la legítima defensa de los civiles de su participación directa a las hostilidades? Por lo tanto de la noción de participación directa a las hostilidades tal como definida por el Comité Internacional de la Cruz Roja en su *Guía interpretativo sobre la noción de participación directa a las hostilidades*, y de la noción de legítima defensa del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, proponemos algunos criterios y una nueva categorización de la acción de los civiles en el curso de un conflicto, después de haber levantado(rehecho) algunas dificultades de la distinción, las cuales son exacerbadas por las controversias que alimentan ambas nociones principales de nuestro análisis.

L'instinct de survie et de conservation n'est pas le propre des animaux sauvages. L'homme partage aussi cet instinct avec les autres êtres vivants. Cependant, pour les animaux sauvages, le cadre d'expression de prédilection de leurs instincts est la jungle où règne la loi du plus fort ou celle du « sauve qui peut ». Pour l'homme, cet instinct, d'une part, prendra plusieurs dénominations¹ et, d'autre part, se manifestera dans diverses situations². Ainsi, en est-il de la légitime défense, qui peut s'exercer tant dans la vie ordinaire qu'en période de conflit. En période de conflit cependant, lorsqu'elle est le fait des individus³, la légitime défense peut se révéler difficile à circonscrire, voire à distinguer, d'autres concepts voisins, notamment, celui de la participation directe aux hostilités. Celui-ci, bien que n'étant pas une prohibition expresse du droit international humanitaire (DIH)⁴, n'est pas non plus un droit des civils, tandis que la légitime défense peut être envisagée à certaines conditions comme un droit des civils⁵. Dès lors, distinguer la participation directe aux hostilités de la légitime défense des civils et/ou d'autres concepts ne sera pas un exercice aisé, précisément sur le champ de bataille⁶. Cela s'explique par le fait que la légitime défense s'exerce généralement et en principe dans un contexte de violence illégale, alors que la participation directe aux hostilités, notion de DIH, a lieu dans un contexte de violence autorisée, sinon légale, du moins conforme au DIH, dans la plupart des cas⁷ (dépendamment de plusieurs critères). C'est pour pallier ce risque de confusion et pour mieux protéger les civils qui sont de plus en plus impliqués dans les conflits

¹ Légitime défense, état de nécessité, contrainte, détresse, etc.

² Temps de paix, temps de conflits, etc. Voir *Manuel de San Remo sur les règles d'engagement*, Institut international de droit humanitaire à San Remo, novembre 2009 à la p 3.

³ Cette précision tient à l'existence de la légitime défense étatique reconnue aussi bien par le droit international coutumier (voir Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (*Nicaragua c États-Unis d'Amérique*), [1986] CIJ Rec 14) que par le droit international conventionnel (voir *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, art 51. L'article 51 relève du *jus ad bellum* et ne sera pas l'objet de la présente analyse). Cette légitime défense étatique est à distinguer de la légitime défense individuelle en matière pénale qui, elle, est un motif d'exonération de la responsabilité pénale. Voir *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNY 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002), art 31 §1c) [*Statut de Rome*]. Voir aussi *Le Procureur c Milan Martić*, IT-95-11-A, Jugement (8 octobre 2008) au para 268 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>>.

⁴ Voir Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2010, Recommandation X à la p 19, en ligne : CICR <<http://www.icrc.org>> [Melzer, *Guide interprétatif*].

⁵ En effet, « *It has never been questioned that people have the right to defend themselves* ». Voir Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 à la p 404 [Cryer et al]; voir également Lindsey Cameron et Vincent Chetail, *Privatizing War Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 à la p 462 [Cameron et Chetail].

⁶ En plus d'être aussi un concept de droit international pénal, « il faut noter que le critère de la légitime défense, considéré de manière stricte, comme exception au droit à la vie, s'accorde mal avec le droit des conflits armés qui accepte qu'il soit porté atteinte à la vie des personnes dans le cadre d'une offensive dirigée contre un objectif militaire », voir Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 5^e éd, Bruxelles, Bruylant, 2012 à la p 279 [David]. Cette notion de légitime défense à connotation multidisciplinaire (droit international humanitaire, droit international pénal, droit international des droits de l'homme, droit international public) sera ainsi difficile à identifier dans la conduite des hostilités.

⁷ « Le droit des conflits armés reconnaît implicitement la légalité de la violence armée dirigée contre des personnes ou contre des biens pourvu qu'elle respecte certaines limites » (voir *Ibid* à la p 273).

contemporains⁸, que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a élaboré un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*⁹ (*Guide interprétatif* ou *Guide*). Ce guide, quoique controversé¹⁰, sera le point de départ de notre analyse en ce qui concerne la participation directe aux hostilités (PDH).

S'agissant de la légitime défense, dont la distinction d'avec la notion de participation directe aux hostilités sera l'objet de cette réflexion, nous la considérerons selon l'article 31, §1 c), du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*¹¹. Au regard des risques de confusion entre ces deux notions en dépit de leurs fonctions radicalement différentes, comment distinguer la légitime défense des civils de leur participation directe aux hostilités ?

Le *Guide interprétatif* définit la notion de participation directe aux hostilités en élaborant les critères d'une telle participation et précise que la légitime défense n'est pas une participation directe aux hostilités¹², mais sans plus, en dehors des

⁸ Pour des exemples récents de civils impliqués dans des conflits, voir CICR, « Participation directe aux hostilités : questions et réponses », en ligne : CICR <<http://www.icrc.org>>.

⁹ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4.

¹⁰ Voir à ce propos l'absence d'unanimité sur des points précis tels que celui de la fonction continue de combat (*Direct participation in hostilities: Fourth expert meeting report*, Genève, CICR, 2006 aux pp 20–22), la théorie de « la porte tournante » (*Ibid* à la p 66), la définition du concept d'hostilités (*Direct participation in hostilities: Third expert meeting report*, Genève, CICR, 2005 aux pp 18–20), le statut et le traitement des groupes armés par rapport aux forces armées étatiques (Kenneth Watkin, « Opportunity Lost : Organized Armed Groups And The ICRC » (2010) 42:3 NYUJ Intl L & Pol 641 [Watkin]), les éléments constitutifs de la PDH (Michael N. Schmitt, « Deconstructing Direct Participation In Hostilities: The Constitutive Elements » (2010) 42:3 NYUJ Intl L & Pol 697 [Schmitt]), la dimension temporelle de la PDH (Bill Boothby, « And For Such Time As: The Time Dimension To Direct Participation In Hostilities » (2010) 42:3 NYUJ Intl L & Pol 741 à la p 752); la Recommandation IX (W. Hays Parks, « Part IX Of The ICRC "Direct Participation In Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, And Legally Incorrect » (2010) 42:3 NYUJ Intl L & Pol 769).

¹¹ Ce choix est dicté par le fait que le CICR s'est contenté dans le guide d'affirmer que la légitime défense n'est pas une PDH, sans préciser ce qu'il faut entendre par légitime défense et à quelles conditions elle s'applique (voir Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 63). Le *Statut de Rome* étant la première codification de la notion de légitime défense dans l'ordre international pour les rapports entre personnes physiques (voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, 2^e ed, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p 239 [Sliedregt]), nous partons de la définition qu'il propose sans prolonger les controverses et les débats autour de cette disposition considérée par certains comme une anomalie juridique (voir Renaud Galand et François Delooz, « L'article 31 par. 1c) du Statut de la Cour pénale internationale : une remise en cause des acquis du droit international humanitaire? » (2001) 842 RICE 533 [Galand et Delooz]). En outre, la preuve de la cristallisation de cette légitime défense (entre personnes physiques) comme règle de droit international coutumier ou comme principe général de droit, n'étant pas encore indiscutablement établi à notre connaissance, nous sommes réconfortés dans notre référence au *Statut de Rome* comme point de départ de l'analyse. Enfin, l'auteur sait très bien que la PDH n'est ni interdite ni un crime international. Il se sert cependant de l'article 31 du *Statut de Rome* (bien que considéré comme un fait justificatif) parce qu'il s'agit de la codification internationale la plus élaborée et la plus opposable au plus grand nombre de personnes en la matière.

¹² « Il n'y a pas de lien de belligérance quand des effets nuisibles sont causés pour des raisons de légitime défense de soi ou d'autrui contre les actes de violence interdits par le DIH... l'emploi de la force nécessaire et proportionnée dans de telles situations ne peut pas être considéré comme une participation directe aux hostilités » (Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 63). Une interprétation *a contrario* de la première phrase de ce passage pourrait conduire à croire que selon le CICR, la légitime

« précautions pratiquement possibles » à prendre en cas de doute, ce qui constitue à notre humble avis, plutôt un autre problème¹³, qu'une solution.

défense n'est admise qu'en cas d'actes de violence interdits par le DIH, faisant de celui-ci la seule mesure de la légalité. Cela est sans doute critiquable, car bien que le DIH soit dans la conduite des hostilités le droit applicable, d'autres corps de règle notamment le droit international des droits de l'Homme (DIDH), le droit international pénal et le droit interne pourraient également être violés par des actes de violence. Et dans ce cas, à suivre le CICR, il n'y aurait pas de droit à la légitime défense. De même, le *Guide interprétatif* limite la notion de légitime défense à la défense de soi et à celle d'autrui, ignorant l'extension faite par le *Statut de Rome*. Toutefois, comme nous l'avons déjà indiqué, pour les besoins de cette analyse, la question de la défense de propriété ne sera pas développée ni détaillée.

¹³ Voir la liste des règles coutumières du DIH : CICR, « Annexe : liste des règles coutumières du droit international humanitaire » (2005) 87 RICR 315, en ligne : <<http://www.icrc.org>> [« Règles coutumières DIH »]. À noter toutefois que la mise en œuvre de cette disposition ne se fera pas de façon isolée puisqu'elle doit être complétée par des mesures de précautions selon l'article 57 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève I, qui dispose que : « 1. Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil.

2. En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises :

a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :

i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque;

ii) prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment;

iii) s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu;

b) une attaque doit être annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu;

c) dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas.

3. Lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil.

4. Dans la conduite des opérations militaires sur mer ou dans les airs, chaque Partie au conflit doit prendre, conformément aux droits et aux devoirs qui découlent pour elle des règles du droit international applicable dans les conflits armés, toutes les précautions raisonnables pour éviter des pertes en vies humaines dans la population civile et des dommages aux biens de caractère civil.

5. Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme autorisant des attaques contre la population civile, les personnes civiles ou les biens de caractère civil. »

Force est cependant de constater que les obligations découlant de cette disposition ne sont pas absolues et sont pour l'essentiel des obligations de moyens (qu'il s'agisse de l'identification des objectifs militaires, du choix des moyens et méthodes de guerre, il suffit de prendre les précautions pratiquement possibles. Ce qui revient à accorder aux belligérants une grande discrétion dans la protection des civils. Ainsi pour peu qu'ils soient de mauvaise foi ou qu'ils décident délibérément de violer le DIH, les civils seraient en danger ; de même l'annulation d'une attaque est subordonnée au résultat de la balance entre

Cet article se voudrait une analyse critique des interactions entre ces deux notions, relevant les difficultés tant théoriques que pratiques de la distinction tout en ébauchant des esquisses de solutions et/ou des pistes de réflexion. L'intérêt de la distinction étant la protection des civils contre les attaques directes ou par erreur lorsqu'ils ne participent pas directement aux hostilités. Les difficultés de la distinction, apparaissent surtout lorsqu'un civil agit en légitime défense alors qu'il a ou qu'il y a un doute sur la légalité ou l'illégalité de l'acte contre lequel il entend se défendre, défendre autrui ou défendre des biens¹⁴. Ce qui peut conduire à de nombreuses interrogations : l'attaque ou l'agression contre laquelle est admise la réaction en légitime défense doit-elle être objectivement illégale ou faut-il admettre que le civil, en toute bonne foi, puisse présumer d'une telle illégalité ? Le DIH est-il la seule mesure de la légalité/l'illégalité ? *Quid* lorsque le civil croyait que le danger était illégal alors qu'il était conforme au DIH ? Y a-t-il des critères pour trancher ces situations d'incertitudes¹⁵ ? Autant de difficultés peuvent être rencontrées lorsqu'une distinction doit être faite entre la participation directe aux hostilités et la légitime défense des civils, et la liste n'est pas exhaustive. Notre travail sera cependant limité à une analyse critique sur la seule base du concept de « civils ordinaires¹⁶ » participant

avantage militaire direct et concret attendu et dommages collatéraux; l'avertissement n'est une obligation que lorsque les circonstances le permettent...) et non de résultat. Ici également les précautions à prendre ne signifient pas qu'il y a une interdiction absolue que des civils ou des biens civils soient touchés par une attaque. Ce qui est interdit c'est qu'ils soient pris directement pour cibles, et dans le cas où ils ne seront que des dommages collatéraux parce qu'un objectif militaire aura été ciblé, que ces dommages soient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. Les civils pris en compte dans ces dommages collatéraux sont à notre sens, en droit de vouloir se défendre lorsqu'ils ont connaissance de l'attaque qui pourraient les toucher. Seulement, en agissant ainsi, ils rendent la distinction entre PDH et légitime défense difficile à faire en un temps record. C'est également l'avis de Kolb pour qui, « Les obligations de l'article 57 ne sont pas absolues mais contextuelles. Le devoir général sous-jacent à toutes ses dispositions de détail est de faire tout ce qui est pratiquement possible dans les circonstances de l'espèce pour donner un effet maximal au principe de distinction. Ces dispositions naviguent entre deux pôles : à l'impossible nul n'est tenu ; mais aussi : la négligence à nul n'est permise », voir Robert Kolb, *Ius in bello: Le droit international des conflits armés*, 2^e éd, Bruxelles, Bruylant, 2009 aux pp 262–63. En outre, « L'interdiction d'attaquer des civils subit une autre limitation dans l'hypothèse où les civils se trouvent à proximité d'objectifs militaires trop peu espacés les uns des autres pour constituer des objectifs distinct... C'est, en effet ce qui ressort de l'interprétation a contrario de l'article 51, §5, al a) du 1er PA... » (voir David, *supra* note 6 à la p 295).

¹⁴ Bien que le *Statut de Rome* de la CPI en son article 31 ait admis la légitime défense pour les attaques illégales contre la propriété, nous ne ferons qu'effleurer ce dernier aspect de la légitime défense dans notre analyse parce que « *The inclusion of property on the list of interests in defense of which, if necessary, international crimes may be committed was very controversial at the negotiations on the ICC Statute* ». Voir Gerhard Werle, *Principle of International Criminal Law*, 2^e éd, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009, à la p 201 [Werle] qui paraphrase Saland (Per Saland, « International Criminal Law Principles » dans Roy S Lee, ed, *The International Criminal Court: the making of the Rome statute, issues, negotiations, results*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 189 à la p 207). Voir aussi Nations Unies, *Rapport du groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal*, Doc NU A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1 (1998) I à la p 5.

¹⁵ Ce que nous considérons comme situations d'incertitudes va au-delà des cas prévus et traités par le *Guide interprétatif* à partir de la page 64, à savoir les situations d'« exercice de pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un territoire », de « troubles civils » et de « violence généralisée entre civils ».

¹⁶ Il s'agit de la notion de civil telle que définie par le *Guide interprétatif* dans les deux premières recommandations. Notre analyse ne prendra donc pas en compte les civils au sens de la recommandation III à savoir les sous-traitants privés et employés civils. Pas plus que nous

directement aux hostilités dans l'entendement du CICR et sur la base du concept de légitime défense au sens du *Statut de Rome*.

Pour ce faire, nous allons démontrer que le *Guide interprétatif* n'a ni épuisé ni résolu tous les problèmes relatifs à la PDH en mettant en exergue les difficultés de la distinction et en prenant des hypothèses précises et particulières qui ne prétendent pas à l'exhaustivité (II). Nous relèverons également les défis de la pratique avec quelques pistes de réflexion/solutions que nous proposerons (III). Mais au préalable, une brève clarification des différents concepts clés de notre analyse nous paraît à propos avant le vif du sujet (I).

I. Les définitions conceptuelles

Cette partie sera consacrée à la clarification des deux principaux concepts formant l'ossature de notre étude. Conséquence et préalable au principe fondamental de distinction¹⁷, la notion de participation directe aux hostilités est un carrefour incontournable de la protection des civils en DIH. Quoique, employée dans diverses dispositions tant coutumières que conventionnelles¹⁸, elle ne sera définie que par le *Guide interprétatif*, comme aboutissement d'un long processus¹⁹ initié par le CICR. Cette acception du CICR de la notion de participation directe aux hostilités sera présentée succinctement (A) avant d'aborder la notion de légitime défense au sens de l'article 31(1)(c), du *Statut de Rome* (B).

n'examinerons pas le cas des compagnies privées de sécurité, les forces de l'ONU dans le cadre d'une Opération de maintien de la paix (O.M.P.).

¹⁷ *Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I)*, 8 juin 1977, art 48 [PA I]. Concernant la protection de la population civile, voir *Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole II)*, 8 juin 1977, art 13 [PA II]. Voir également les règles n° 1 à 6 de la liste des règles coutumières du droit international humanitaire élaborées par le CICR (Règles coutumières du DIH). Les origines conceptuelles de ce principe très ancien peuvent remonter à la *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*, Saint-Petersbourg, 11 décembre 1868 (telle qu'interprétée aujourd'hui) dont le deuxième considérant stipule que : « le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ». Voir également *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexe à la Convention IV de La Haye*, 18 octobre 1907, art 25 [*Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*]; *Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre*, 18 octobre 1907, art 1. Il a été qualifié de premier des « principes cardinaux [...] formant le tissu du droit humanitaire » par la Cour internationale de justice. Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 226.

¹⁸ Voir *PA I*, *supra* note 17, art 51 §3; *PA II*, *supra* note 17, art 13 §3. Voir également « Règles coutumières DIH », *supra* note 13, règle no 6.

¹⁹ Le *Guide interprétatif* est le fruit des consultations d'experts conduites par le CICR et l'institut TMC Asser de 2003 à 2008. Voir Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 aux pp 10–11.

A. La notion de PDH²⁰ selon le CICR

La position du CICR sur la notion de PDH, se résume en dix recommandations accompagnées de commentaires. Mais d'emblée, il convient de rappeler la démarche qui a consisté d'abord à définir le concept de civil, puis à circonscrire la conduite constitutive d'une PDH avant d'en déterminer les conséquences.

Ainsi, «aux fins du principe de distinction, les personnes civiles sont définies comme étant les personnes qui bénéficient de l'immunité contre les attaques directes, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation²¹ ». Ce sont dans les conflits armés internationaux (CAI), «toutes les personnes qui ne sont ni des membres des forces armées d'une partie au conflit ni des participants à une levée en masse²²» et dans les conflits armés non-internationaux (CANI), «toutes les personnes qui ne sont pas des membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés d'une partie au conflit²³ ». La situation des sous-traitants privés et employés civils est traitée par la troisième recommandation et ne sera pas développée dans notre analyse. Il en sera de même pour les compagnies privées de sécurité et les forces de maintien de la paix.

De même, selon le *Guide interprétatif*, découlant de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève, «la notion de participation directe aux hostilités se réfère à des actes spécifiques commis par des individus²⁴ dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé²⁵» et qui ont pour conséquence, lorsqu'il s'agit de civils, la perte de l'immunité accordée à ceux-ci, contre lesquels, le DIH interdit les attaques directes²⁶. Le commentaire précise que cette notion est

²⁰ Il est important de souligner que la question de la PDH par des civils a été abordée dans la jurisprudence. Voir notamment *Le Procureur c Stanislas Galić*, IT-98-29-T, Jugement (5 décembre 2003) au para 48 (Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>>; *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Jugement (7 mars 2014) au para 790 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>>; *Rapport sur la situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien, article 53(1)*, ICC OTP, Examen préliminaire (6 novembre 2014) aux para 44–55 (Cour pénale internationale), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>>; *Public Committee c The Government of Israel*, HCJ 769/02, Jugement (11 décembre 2005) aux para 34–37 (Cour suprême d'Israël), en ligne : CSI <<http://www.haguejusticeportal.net>>; Situation au Darfour, Soudan, Le Procureur c *Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, Décision sur la confirmation des charges (8 février 2010) au para 83 (Cour pénale internationale), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>>. Toutefois, comme indiqué précédemment, notre analyse ne portera que sur la notion de PDH telle que définie par le *Guide interprétatif* du CICR. Les interprétations faites par la jurisprudence ne feront pas l'objet d'une analyse.

²¹ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 22.

²² *Ibid*, Recommandation I à la p 18.

²³ *Ibid*, Recommandation II aux pp 22 et s.

²⁴ A noter que le *Guide interprétatif* prévoit cependant quatre catégories d'individus participant aux hostilités ainsi que le faisait remarquer Kenneth Watkin dans son article: «*The interpretative guidance divides participants in warfare into four categories : civilians, members of regular State armed forces, organized armed groups, and the levée en masse*» (Watkin, *supra* note 10 à la p 648).

²⁵ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4, Recommandation IV à la p 43.

²⁶ *Ibid*, Recommandation VII sur la portée temporelle de la perte de protection.

composée de deux éléments constitutifs : « hostilités²⁷ » et « participation directe²⁸ ».

La notion de PDH est définie par la recommandation n° V dont la teneur se lit comme suit :

Pour constituer une participation directe aux hostilités, un acte spécifique doit remplir les critères cumulatifs²⁹ suivants :

1. L'acte doit être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé, ou alors l'acte doit être de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes (seuil de nuisance), et ;
2. il doit exister une relation directe de causalité entre l'acte et les effets nuisibles susceptibles de résulter de cet acte ou d'une opération militaire coordonnée dont cet acte fait partie intégrante (causation directe), et ;
3. l'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre (lien de belligérance)³⁰.

Il s'en suit que pour qu'il y'ait PDH de la part d'un civil, il faut trois conditions cumulatives : un seuil de nuisance, une causation directe et un lien de belligérance.

S'agissant du seuil de nuisance requis, « un acte spécifique doit être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé, ou alors l'acte doit être de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes³¹ ». La qualification d'un acte en tant que participation directe exige, non que la matérialisation des effets nuisibles atteigne un certain seuil, mais qu'il existe simplement une probabilité objective que l'acte provoque de tels effets³². Les effets nuisibles sur le plan militaire devraient être interprétés comme englobant non seulement l'infliction de pertes en vies humaines, de blessures ou de destructions au personnel et aux biens militaires, mais aussi toute conséquence nuisant aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit³³.

Concernant le lien de causalité, « il doit exister une relation directe de causalité entre un acte spécifique et les effets nuisibles susceptibles de résulter soit de cet acte, soit d'une opération militaire coordonnée dont cet acte fait partie intégrante³⁴ ». Dans cette optique, causer directement des effets nuisibles devrait être

²⁷ Selon le commentaire, le « concept d'hostilités se réfère au recours (collectif) par les parties aux conflits à des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi » (*Ibid* à la p 45).

²⁸ *Ibid*. Elle « se réfère à l'implication (individuelle) d'une personne dans ces hostilités ».

²⁹ Ces éléments constitutifs ont été critiqués par Michael N Schmitt. Voir Schmitt, *supra* note 10.

³⁰ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4, Recommandation V aux pp 48 et s.

³¹ *Ibid* à la p 49.

³² *Ibid*.

³³ *Ibid*.

³⁴ *Ibid* à la p 53.

compris comme signifiant que les effets en question sont le résultat d'une seule et même étape causale³⁵.

Pour que le lien de belligérance soit établi, « un acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre³⁶ ».

Par ailleurs, en se référant à la qualité et au degré de l'implication individuelle d'une personne dans les hostilités, le *Guide interprétatif* fait une distinction entre participation directe et participation indirecte³⁷, et aussi entre conduite des hostilités³⁸, effort général de guerre³⁹, et activités en soutien à la guerre⁴⁰. Le *Guide* pour finir, précise les modalités régissant la perte de la protection des civils comme conséquences de leur participation directe aux hostilités : « Les civils perdent leur protection pendant la durée de chaque acte spécifique constituant une participation directe aux hostilités⁴¹ ». De même « des précautions et présomptions dans les situations de doutes⁴² », des « limitations à l'emploi de la force lors d'une attaque directe⁴³ » ainsi que « les conséquences de la restauration de la protection accordée aux civils⁴⁴ » sont examinées par le CICR, pour parer à toute éventualité. Après cet aperçu de la notion de PDH selon le *Guide interprétatif*, il convient maintenant de cerner la notion de légitime défense au sens du *Statut de Rome*, avant d'en montrer les difficultés de la distinction avec la notion de PDH.

³⁵ *Ibid* à la p 55.

³⁶ *Ibid* à la p 60.

³⁷ Constituent une participation indirecte, la « conduite individuelle consistant simplement à développer ou à maintenir la capacité d'une partie à nuire à l'adversaire ou ne produisant des effets nuisibles que de manière indirecte. Par exemple, le fait d'imposer un régime de sanctions économiques à l'encontre d'une partie à un conflit armé, de la priver de ses ressources financières, ou de fournir à son adversaire divers biens et services (électricité, carburant, matériaux de construction, finances et services financiers); la recherche scientifique et la mise au point, de même que la production et le transport d'armes et d'équipements, à moins que ces activités soient menées en tant que partie intégrante d'une opération militaire spécifique, conçue pour causer directement des effets nuisibles atteignant un certain seuil ; le recrutement et la formation du personnel », etc. (Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 aux pp 55–56.

³⁸ *Ibid* à la p 54. La conduite des hostilités s'entend de toutes les opérations et actions « conçues pour causer les effets nuisibles requis – c'est-à-dire faire en sorte qu'ils se matérialisent ».

³⁹ *Ibid*. L'effort général de guerre s'entend de « toutes les activités qui contribuent objectivement à la défaite militaire de l'adversaire (mise au point, production et envoi d'armes et d'équipement militaire ainsi que travaux de construction ou de réparation de routes, ports, aéroports, ponts, voies ferrées et autres infrastructures en dehors du contexte d'opérations militaires concrètes, par exemple) ».

⁴⁰ *Ibid*. Les activités en soutien à la guerre comprennent les « activités politiques, économiques ou médiatiques soutenant l'effort de guerre général (propagande politique, transactions financières, production de denrées agricoles ou de biens industriels non militaires, par exemple) ».

⁴¹ *Ibid* à la p 76. Voir la Recommandation VII.

⁴² *Ibid* à la p 77. Voir la Recommandation VII.

⁴³ *Ibid* à la p 80. Voir la Recommandation IX.

⁴⁴ *Ibid* à la p 86. Voir la Recommandation X.

B. La notion de légitime défense dans le *Statut de Rome*

L'article 31⁴⁵, du *Statut de Rome* de la CPI qui traite des « Motifs d'exonération de la responsabilité pénale » dispose en son alinéa 1er, (c), que :

Une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause : [...] Elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés. Le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa.

La légitime défense qui constitue « *an inherent part of all domestic legal orders, and is thus a general principle of law*⁴⁶ », apparaît à la lecture de cette disposition comme le droit de réagir contre un recours imminent et illicite à la force, par une violence proportionnée, qui serait elle-même illégale, n'eût été l'existence des circonstances obligeant à agir en défense. « *Indeed (non-mistaken) self-defence is often a paradigmatic justification of conduct*⁴⁷ ». Elle a aussi été reconnue par la jurisprudence⁴⁸. De même selon les commentaires (Triffterer et Cassese), « *The*

⁴⁵ Cette disposition est une innovation du *Statut de Rome* de la CPI en comparaison aux Statuts des TPI qui l'ont précédé. Ainsi « *No defenses are contained in the Statutes of either the Yugoslavia or the Rwanda Tribunal* » (Werle, *supra* note 14 à la p 198). Voir également Albin Eser, « Article 31 Grounds for excluding criminal responsibility » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, eds, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers, Notes, Article by Article*, 2^e ed, Munich, Bech, 2008, 863 [Eser]; et Cryer et al, *supra* note 5 à la p 404. Elle a cependant été critiquée comme une disposition qui pourrait remettre en cause certains acquis du DIH. Voir par exemple, les critiques du Professeur Eric David (Éric David, « La Cour pénale internationale », en ligne : <<http://www.scribd.com/doc/56741239/51>> à la p 94; et les Actes de la Croix-Rouge de Belgique (section francophone), sur l'art. 31, § 1 (c) (Galand et Delooz, *supra* note 11). A noter aussi que le titre de cette disposition a été qualifié de « *misleading* » et son contenu « *incomplete* » par un commentateur du *Statut de Rome* (Eser, *supra* note 45 à la p 865). Pour des développements plus élaborés sur la légitime défense dans la doctrine, l'on peut se référer à Sam Muller, Alan Stephens et Arthur Eyffinger, eds, *Self-Defence as a Fundamental Principle*, La Haye, Hague Academic Press, 2009; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 5^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2013 aux pp 330–41; Sliedregt, *supra* note 11 aux pp 233–41; Fiona Leverick, *Killing in Self-Defence*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Cameron et Chetail, *supra* note 5 aux pp 461–66.

⁴⁶ Werle, *supra* note 14 à la p 200; Voir également, *Le Procureur c Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2-T, Jugement (26 février 2001) au para 449 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>> [Le Procureur c Kordic et Cerkez].

⁴⁷ Cryer et al, *supra* note 5 à la p 408, paraphrasant lui-même George Fletcher, *The Grammar of Criminal Law*, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2007 aux pp 23–7, 50-1; Onder Bakircioglu, *Self-Defence in International and Criminal Law: The Doctrine of Imminence*, New York, Routledge, 2011 à la p 17 [Bakircioglu].

⁴⁸ Voir par exemple *Le Procureur c Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2-A, Jugement (17 décembre 2004) au para 837 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>>; *Le Procureur c Kordic et Cerkez*, *supra* note 46 aux para 448 et s; Commission des Crimes de Guerre des Nations Unies, *Law reports of Trials of War Criminals XIII* (1945) aux pp 149 et s; Voir aussi Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D Jones, *The Rome*

*principle enshrined in this provision, as aptly summarized by the ICTY in Kordic, reflects provisions found in most national criminal codes and may be regarded as constituting a rule of customary international law*⁴⁹ ». Telle que formulée, cette disposition exonérerait⁵⁰ de sa responsabilité pénale toute personne qui aurait commis un crime relevant de la compétence de la cour, si ce crime a été commis en légitime défense. Cependant, comme tout droit subjectif, l'exercice du droit à la légitime défense est soumis à des conditions qui, si elles sont réunies exonèrent la personne ayant ainsi agi de sa responsabilité pénale. Ainsi, « *as to its elements, it is beyond doubt that an unlawful attack against a protected interest (life, physical integrity, and property), a proportional reaction and the actor's knowledge of acting in self-defence are required*⁵¹ ». De la disposition précitée et des commentaires⁵² du *Statut de Rome*, trois conditions sont nécessaires pour invoquer la légitime défense :

- 1) *A person (not merely) involved in a defensive operation;*
- 2) *An imminent and unlawful use of force against legally protected interests or unlawful use of force producing a danger to a person or property;*
- 3) *And "an appropriate defence against it" or a "reasonable and proportionate reaction to avert the danger.*

S'agissant de la première condition, elle permet de limiter le champ d'application de la légitime défense selon le *Statut de Rome* qui, en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale individuelle ne doit pas être confondue avec la légitime défense étatique :

*This distinction between self-defence on the levels of international criminal and of public international law and their terminological designations is additionally confused by the fact that article 51 UN Charter distinguishes between "individual self-defence of a Member State (in case of an armed attack) and "collective self-defence" rendered by other Member States (in support of the attacked State) [...] sentence 1 (of article 31, 1 c) is in fact, justifying only "private " self-defence as distinct from "operational" self-defence carried out within or in course of a collective action*⁵³.

statute of the International Criminal Court: A Commentary, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2002 à la p 1004. [Cassese, Gaeta et Jones].

⁴⁹ Eser, *supra* note 45 à la p 878.

⁵⁰ À noter qu'il y a une distinction classique qui est faite entre « faits justificatifs » (*justifications*) et « clauses d'irresponsabilités » (*excuses*) et aussi entre « *defences in the omnibus sense (in the common law world) and types of defences, in particular between justifications and excuses (in civil law jurisdictions)* ». Voir Cryer et al, *supra* note 5 à la p 403; et Bakircioglu, *supra* note 47 aux pp 17 et s. Selon Cassese, « *According to the widespread view of criminal lawyers, when the law provides for a justification, an action that would per se be considered contrary to the law, it is regarded instead as lawful and thus does not amount to a crime... By contrast, in the case of excuses, the action contrary to a norm is regarded as unlawful, but the wrongdoer is not punished* » (Cassese, Gaeta et Jones, *supra* note 48 aux pp 951–52; et Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2008 aux pp 255–58 [Cassese, *International Criminal Law*]. Pour la CPI : « *It is not yet clear whether it draws a legal distinction between these two categories* » (*Ibid* à la p 258).

⁵¹ Cassese, Gaeta et Jones, *supra* note 48 à la p 1023.

⁵² *Ibid* aux pp 1031–35; Eser, *supra* note 45 à la p 879.

⁵³ *Ibid*.

Cette condition consacre une sorte d'autonomie et d'indépendance de la légitime défense individuelle par rapport à celle étatique, puisque « [...] *the legality or illegality of a collective defence operation is independent of the recognition or rejection of self-defence in an individual conflict taking place within the framework of this operation*⁵⁴ ».

En ce qui concerne la seconde condition⁵⁵, qualifiée souvent de condition relative à l'agression ou à l'attaque, c'est l'exigence préalable d'un recours imminent et illicite à la force comme acte déclencheur de la réaction en légitime défense. La force concernée doit être interprétée largement allant de la force physique à la menace psychologique. Le recours à cette force doit être imminent et c'est le cas « *if it is immediately antecedent, presently exercised or still enduring... Thus, a defender neither has to wait until a danger has become present, nor is it allowed to use preemptive or even preventive means to circumvent a use of force, nor is it permitted to retaliate against an already passed attack*⁵⁶ ». Le recours à la force doit également être illicite, illégal. Et comme le précise le commentaire :

*The unlawfulness of the use of force under paragraph 1 (c) must not be confused with the legality or illegality of a collective engagement. Paragraph 1 (c) is concerned with the unlawfulness of the individual attack, whilst it is indifferent to this attack's being part of a legal or illegal collective campaign. Thus, the use of force is unlawful if it is not justified for its part by law or any other legally valid permission or order*⁵⁷.

Cet usage illicite de la force doit mettre en danger la vie, l'intégrité physique, ou la liberté d'autrui contre lequel il est dirigé et ouvre droit à la fois à la légitime défense de soi-même et à celle d'autrui comme motif d'exonération de la responsabilité pénale pour tout crime relevant de la compétence de la cour. Pour les crimes de guerre exclusivement, la disposition précitée admet la légitime défense à l'égard de certains biens : ceux qui sont essentiels à la survie de la personne en risque d'une attaque illicite et ceux qui sont essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire⁵⁸. Cette extension de la légitime défense à la propriété par le *Statut de Rome* a toutefois fait l'objet de nombreuses critiques⁵⁹. Pour terminer avec cette condition,

⁵⁴ Cassese, Gaeta et Jones, *supra* note 48 à la p 1034.

⁵⁵ *Ibid* aux pp 1032–34; Cryer et al, *supra* note 5, aux pp 409–10; Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 50 aux pp 261–62; *Le Procureur c Kordic et Cerkez*, *supra* note 46 au para 451.

⁵⁶ Eser, *supra* note 45 à la p 881.

⁵⁷ *Ibid*.

⁵⁸ La Belgique considère que cette disposition est contraire au *jus cogens*. Voir Cryer et al, *supra* note 5, à la p 410. De même, selon Cassese, « *To a large extent Article 31 codifies a rule of customary international law, as an ICTY TC rightly emphasized in Kordic and Cerkez. However, the provision also contains a clause that is extraneous to customary international law. This is the clause whereby the defence applies to cases where one intends to defend property which is essential to the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission* » (Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 50 à la p 261); Enfin, selon Eric David, « la reconnaissance [...] de la nécessité militaire, comme cause de justification, d'un des crimes visés au statut est une boîte de Pandore rigoureusement incompatible avec les axiomes du droit des conflits armés [...] La règle apparaît comme une violation du *jus cogens* » (David, *supra* note 6 à la p 693).

⁵⁹ *Ibid*; Antonio Cassese, « The statute of the International Criminal Court: Some preliminary Reflections » (1999) 10 EJIL 154.

« [T]he use of force as well as the danger to person or property must be objectively given and may not only exist in the subjective belief of the defender⁶⁰ ». Cette exigence signifie que si la personne a simplement cru raisonnablement qu'elle serait victime, d'une attaque qui, en réalité n'est pas illicite, elle ne pourrait pas être exonérée de sa responsabilité pénale pour le crime commis sur la base de la légitime défense ; elle devrait plutôt invoquer l'erreur de fait.

Enfin, s'agissant de la troisième condition⁶¹, qui est aussi souvent qualifiée de condition relative à la défense, elle concerne les mesures prises en légitime défense, qui doivent être concomitantes à l'agression, raisonnables et proportionnées⁶² au but de la légitime défense, c'est-à-dire repousser l'attaque/l'agression ou y mettre fin. Raisonnable renvoie à l'idée de nécessaire dans le contexte de légitime défense. Ainsi,

[R]easonable means that the defence must be necessary and adequate to prevent or avert the danger. Thus, a reasonable reaction must only create the harm to the aggressor necessary to repel the danger and the means applied must not be inept or inefficient. Even if the defence is reasonable, it must still be proportionate, i.e., it may not cause disproportionately greater harm than the one sought to be avoided⁶³.

La légitime défense, à la lumière de cette condition n'est pas un droit illimité, mais un droit confiné dans le prisme du principe de proportionnalité. Une lecture conjointe des articles 31 (3) et 21 du *Statut de Rome* à la loupe des principes généraux en droit comparé, révèle que la légitime défense requiert également un élément subjectif.

It is generally recognized that the defender must at least know about the attack; it is controversial whether he or she must also be motivated by this knowledge... the subjective element is an additional requirement, which lends stronger legitimacy to the defender's claim that his or her conduct was justified and lawful... In sum the use of force cannot be justified by a mere objective standard; it also requires that the defender acted in good faith, believing that he or she was entitled to use self-defence⁶⁴.

À ce stade, on pourrait déjà faire une comparaison et déduire que la PDH et la légitime défense sont deux notions qui se rapprochent en ce qui concerne leurs actes constitutifs, autrement dit leurs éléments matériels, mais qui se distancent du point de vue de leur objectif, but, ou encore leur élément intentionnel, leur champ d'application et leurs conséquences (l'une entraînant la perte de l'immunité contre les attaques directes et l'autre une exonération de la responsabilité pénale). La PDH se distinguerait alors de la légitime défense parce qu'elle vise à nuire à une partie à un conflit au profit d'une autre tandis que, en cas de légitime défense, il n'y a qu'un seul

⁶⁰ Eser, *supra* note 45 à la p 882. Nous reviendrons sur ce standard objectif adopté par le *Statut de Rome* dans la seconde partie de cet article.

⁶¹ Cryer et al, *supra* note 5 à la p 410; Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 50 à la p 262.

⁶² Eser, *supra* note 45 à la p 882.

⁶³ Cassese, Gaeta et Jones, *supra* note 48 à la p 1034.

⁶⁴ *Ibid* à la p 1035.

but : la défense de soi-même, d'autrui ou de la propriété. Cette comparaison facile est cependant théorique et superficielle dans la mesure où elle n'est pas aussi évidente sur un champ de bataille et si l'on prend en compte les controverses entourant la notion de légitime défense en matière pénale.

De ce fait, les différents concepts ayant été clarifiés, notre tâche consistera maintenant à les confronter pour relever les difficultés lorsqu'il s'agit de tracer leurs frontières respectives, tant sur un champ de bataille qu'in abstracto. L'instrument d'un tel tracé sera constitué par quelques hypothèses que nous examinerons à présent.

II. Les difficultés de la distinction : une analyse critique

Pointer du doigt les « *grey areas* » de la distinction entre PDH et légitime défense des civils avec en toile de fond une analyse critique du *Guide interprétatif* et de l'article 31 (1) (c) du *Statut de Rome*, sera l'objet de cette seconde partie de notre étude. Ainsi, nous ferons un tour d'horizon non exhaustif de ces zones d'ombres, en partant de la situation contextuelle par excellence de légitime défense (A) à l'hypothèse d'une « légitime défense contre une PDH » (C). Cette analyse prendra également en compte l'hypothèse d'un doute sur l'illégalité/légalité de l'attaque⁶⁵ contre laquelle une réaction en légitime défense est envisagée (B).

A. L'hypothèse de l'attaque illégale

Conformément aux conditions⁶⁶ de la légitime défense, la réaction proportionnée doit viser à repousser ou à mettre fin à une attaque/agression illégale. Toutefois, même dans une situation d'attaque ou d'agression illégale, faire une distinction entre légitime défense et PDH peut s'avérer difficile notamment lorsqu'il s'agit de défense d'autrui ou de défense des biens⁶⁷. Prenons l'exemple d'un civil (A) qui veut défendre un civil (B) contre une attaque directe de la part d'un combattant⁶⁸ (C) dans un CAI, les deux civils étant sur le territoire de leur État sur lequel se

⁶⁵ Aux fins de montrer que la distinction entre légitime défense et PDH n'est pas toujours opérante, la signification que nous donnons au mot attaque dans le cadre de ce travail va au-delà de la lettre et de l'esprit de l'article 49, (1) du *PA I* qui dispose que : « L'expression "attaques" s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs ». Ainsi, ce mot comprendra aussi le cas échéant toute menace à la vie, à l'intégrité physique, ou à la propriété comme conséquences d'une attaque. L'article 51, al 1^{er} du *PA I* ne dispose-t-il pas que « [l]a population civile et les personnes jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires » (*PA I, supra* note 17, art 51)

⁶⁶ Voir la section I/B La notion de légitime défense dans le *Statut de Rome*.

⁶⁷ Nous ne donnerons cependant pas d'exemples concernant cette défense, même si ce serait un truisme que de dire qu'il y en a.

⁶⁸ Le terme combattant est utilisé ici de façon générique et pourrait inclure les membres des groupes armés organisés, le cas échéant.

trouvent aussi les forces armées ennemies⁶⁹. La difficulté de savoir si le civil (A) participe directement aux hostilités ou agit en légitime défense ne saurait se poser par rapport au combattant (C) puisque, en tant qu'auteur d'une attaque illégale contre le civil (B), il ne pourrait que s'attendre à la réaction défensive de celui-ci, à qui le civil (A) apporte son soutien (défense d'autrui). Par contre la difficulté apparaît nécessairement lorsqu'on considère un autre combattant (D) vis-à-vis du civil (A) et même du civil (B). Comment le combattant (D) qui, soudainement tombe sur son compagnon (C) aux prises avec les deux civils peut-il le savoir s'il s'agit de civils qui se défendent et non qui participent directement aux hostilités ? Et par suite, comment va-t-il s'y prendre pour ne pas violer l'immunité contre les attaques directes reconnue aux civils ? Ces questions trouvent leur fondement dans le fait que le combattant (D) ignore que c'est son collègue (C) qui a attaqué illégalement et injustement le civil (B), c'est-à-dire qu'il n'en sait rien. Cet exemple, quoique fruit de notre imagination, prouve que même lorsqu'une attaque est illégale et que les autres conditions de la légitime défense sont réunies, la distinguer de la PDH ne sera pas toujours aisée. Autrement dit, le combattant (D) de notre exemple pourrait en toute bonne foi venir aussi en renfort à son collègue (C) en prenant pour cibles les civils (A) et (B) alors que ceux-ci ne participent pas directement aux hostilités, si l'on applique les trois critères cumulatifs. Il se rendrait ainsi coupable d'une violation du DIH⁷⁰. Malheureusement le *Guide interprétatif* à notre humble avis ne permet pas de trancher une telle situation avec ses critères abstraits. Tels que le seuil de nuisance⁷¹ et la causation directe⁷² ont été définis⁷³, ils pourraient probablement être satisfaits dans notre exemple, tandis qu'il sera difficile d'affirmer qu'il existe un lien de belligérance entre les deux civils (A et B) et leur État (une partie au conflit). Cette hypothèse avec les mêmes circonstances, peut être transposée également *mutatis mutandis*, dans le cas d'un CANI et la difficulté juridique soulevée sera identique. Et, elle sera d'autant plus grande si le nombre de civils/combattants impliqués dans de tels comportements augmente.

Une autre situation propice à une réaction en légitime défense, mais qui peut rendre la ligne de démarcation entre PDH et la légitime défense difficile à cartographier, est celle d'une attaque/agression illégale couverte par un fait justificatif

⁶⁹ Pour les besoins de cette analyse, nous présumons qu'il ne s'agit pas d'un territoire occupé ni d'une situation où il est possible d'appliquer la théorie fonctionnelle de l'occupation. Il s'agit simplement du territoire d'une partie au conflit sur lequel ont lieu quelques hostilités.

⁷⁰ *PA I*, *supra* note 17, art 51(3); *PA II*, *supra* note 17, art 13(3).

⁷¹ En effet : « Les effets nuisibles sur le plan militaire devraient être interprétés comme englobant non seulement l'infliction de pertes en vies humaines, de blessures ou de destructions au personnel et aux biens militaires mais aussi toute conséquence nuisant aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit. Par exemple, outre le fait de tuer et de blesser le personnel militaire et de causer des dommages matériels ou fonctionnels aux biens militaires, il est possible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit par des actes de sabotage et d'autres activités, armées ou non armées, visant à entraver ou à perturber les déploiements, la logistique et les télécommunications » (Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 aux pp 49–50).

⁷² « Causer directement des effets nuisibles devrait être compris comme signifiant que les effets en question sont le résultat d'une seule et même étape causale » (*Ibid* à la p 55).

⁷³ *Ibid* aux pp 5 et s.

ou par une cause d'irresponsabilité⁷⁴. Dans le premier cas, l'attaque ou l'agression illégale est rendue légale par l'existence du fait justificatif et n'ouvrirait en principe pas droit à une réaction en légitime défense, selon l'article 31 du *Statut de Rome* de la CPI. C'est l'exemple d'un combattant qui agit (commet un crime de guerre) sous la contrainte, sous un état d'intoxication ou sous un état de déficience mentale au sens de l'article 31(1)(a), (b) et (d) du *Statut de Rome* de la CPI⁷⁵. Par contre, dans le cas d'une cause d'irresponsabilité, puisqu'elle joue au niveau de la peine et non au niveau de la qualification de l'acte qui reste illégal, il serait possible d'admettre une réaction en légitime défense⁷⁶. Il faudrait avoir reconnu aux civils des vertus et compétences à la fois prophétiques et divinatoires⁷⁷ pour considérer qu'ils pourraient être en mesure de connaître le caractère légal d'un acte justifié (en droit international pénal), mais pouvant porter atteinte à leur vie, intégrité physique ou à des biens essentiels à leurs survies ! Faut-il le rappeler ! Le civil ordinaire n'est pas un spécialiste du DIH. Pourtant, réagir concomitamment face à un tel acte, de la part d'un civil, ne serait pas une PDH, puisqu'il n'y aurait aucun lien de belligérance *prima facie*. Cet acte ne remplirait pas non plus la seconde condition de la légitime défense selon l'article 31 du *Statut de Rome* précité... Que d'actes juridiquement inqualifiables, on pourrait rencontrer si l'on s'en tient uniquement à une application mathématique et bornée des éléments constitutifs de la PDH tels qu'envisagés par le CICR !

Sans la prétention d'avoir envisagé toutes les hypothèses (puisque nous n'avons donné aucun exemple concernant la défense des biens) qui peuvent s'inscrire sous ce libellé, nous terminerons par celle dans laquelle, un civil profite du contexte d'un CANI pour s'en prendre à un membre des forces armées gouvernementales à des fins personnelles⁷⁸, mais en feignant de défendre un autre civil (souponné simplement par le gouvernement d'avoir des accointances avec le mouvement rebelle qu'il combat) au moment où il fait l'objet d'une attaque illicite de la part du militaire («ennemi» de notre civil défenseur). Le civil agit ici au fond pour des raisons purement personnelles (haine, jalousie, colère, antipathie, vengeance, etc.), mais il le

⁷⁴ Ces deux expressions sont employées ici en référence à la distinction classique entre faits justificatifs et cause d'irresponsabilité dans les codes pénaux des pays de *civil law*.

⁷⁵ « *The person acting under a justification intends to attain the result caused by his action and is aware that by undertaking the conduct he will bring about that result (for instance, he intends to cause the death or wounding of enemy combatants through the use of prohibited weapons). However, this frame of mind is not considered culpable mens rea; that is, intend to murder, for that action and the attendant mental element are deemed to be legally authorized... Self defence by the victim of criminal conduct is not warranted when such conduct is covered by a justification, because that conduct must be regarded as lawful from the outset (whereas self-defence is only admissible to repel unlawful violence by another subject)* » (Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 50 à la p 257). Nous y reviendrons de fond en comble dans le point suivant (B) lorsque nous examinerons l'hypothèse d'une attaque légale.

⁷⁶ « *Any action in self-defence by the victim of criminal conduct is allowed (provided, of course, it is in compliance with the requirements of self-defence) if for such criminal conduct an excuse may be raised in defence. Self-defence is permissible because the criminal conduct to which the actor acting in self-defence intends to react, although excused by law, nevertheless remains unlawful per se* » (*Ibid*).

⁷⁷ À supposer même qu'ils aient ces vertus et compétences, il serait inconcevable qu'ils se laissent tuer parce qu'ils sont en présence d'une attaque légale (acte illégal justifié). C'est une exigence de justice naturelle et d'instinct de survie.

⁷⁸ À noter toutefois que les motivations personnelles sont impertinentes sous l'angle du DIH.

fait en se servant de la défense d'autrui. Mais en réalité l'élément intentionnel de la légitime défense et de la PDH (lien de belligérance) font défaut, car cette attitude cache plutôt des motivations personnelles. Il profite en fait d'une situation objective de légitime défense pour régler ses comptes à un militaire qu'il guettait depuis longtemps. Serait-ce une légitime défense ? Comme on peut le constater à travers les exemples cités ci-dessus, même dans la situation de prédilection par excellence de la légitime défense, pouvoir la distinguer de la PDH n'est pas une évidence surtout quand on connaît la célérité avec laquelle les décisions (d'attaquer ou non) se prennent sur un champ de bataille justement par instinct de survie. Mais la situation la plus complexe est celle que nous allons maintenant examiner.

B. L'hypothèse d'un doute sur l'illégalité/légalité de l'attaque imminente : la légitime défense putative

Cette hypothèse est de loin celle où les incertitudes frontalières entre la légitime défense et la notion de PDH sont les plus prononcées. En effet, il apparaît que des situations mêmes conformes au DIH, peuvent s'avérer préjudiciables à des civils qui vaquent tranquillement à leurs occupations, c'est-à-dire qui ne participent pas directement aux hostilités au départ, mais qui vont par la suite accomplir des actes qui échappent à toute qualification ou du moins qui s'y prêtent difficilement. Ainsi, selon l'article 51, al 5, b) du *PA II*⁷⁹ :

Seront, entre autres, considérés comme effectués sans discrimination les types d'attaques suivants :

[...] les attaques dont on peut s'attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Cette disposition est on ne peut plus claire sur sa signification : causer des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux civils, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages n'est pas interdit par le DIH pour autant que ces pertes et dommages ne soient pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. C'est le fameux principe de la proportionnalité en DIH, qui est un principe fondamental dans la conduite des hostilités et la protection des civils⁸⁰.

La pertinence de cette disposition pour cette partie de notre analyse, tient au fait qu'elle met en exergue des difficultés lorsqu'on veut faire une distinction entre PDH et légitime défense. La première difficulté est relative au préjudice que pourraient subir les civils soit en leurs propres personnes soit à travers leurs biens et qui, de ce fait, pourraient vouloir agir (c'est-à-dire riposter par des actes qui pourraient aussi porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui) pour éviter

⁷⁹ *PA I*, *supra* note 17.

⁸⁰ *Ibid*, art 51 §5b).

cela. Serait-il juste que les civils subissent de tels préjudices sans se défendre parce que cela est conforme au DIH ? La seconde difficulté, elle, est relative à la qualification juridique, si l'on se place du côté des civils, de l'attaque susceptible de produire de tels préjudices, dont ces civils, victimes potentielles, ne sauraient être sûrs. On ne saurait non plus *in casu* leur reprocher d'avoir cru que l'attaque était illégale et dirigée contre eux. Serait-il juste alors de demander à ces civils de rester passifs, devant une telle menace, au motif qu'elle est conforme au DIH⁸¹ ? On est donc en présence d'une situation où un ou des civils (nous parlons de ceux qui ont été pris en compte dans le calcul de la proportionnalité) peuvent sentir leurs(s) vie(s), leur(s) bien(s) ou ceux d'autrui menacés, sans savoir si la menace imminente est légale ou illégale, dirigée contre eux ou non. C'est donc l'hypothèse d'un doute sur la légalité/l'illégalité d'une attaque/agression du point de vue des civils, (l'acte étant objectivement conforme au DIH). L'hypothèse de l'attaque/agression illégale⁸² ayant été déjà abordée, nous ne traiterons plus dans cette partie que de l'hypothèse d'une attaque légale.

Au regard de l'imminence de la menace pour un civil dans une telle situation, on ne saurait lui reprocher d'avoir tenté de « sauver sa peau » même si, ce faisant, il commet un acte spécifique qui pourrait satisfaire au critère du seuil de nuisance et même à celui de la causation directe. Une telle réaction ne serait cependant pas une PDH, car il n'y aurait pas de lien de belligérance⁸³. De même, il ne s'agirait pas d'une légitime défense selon l'article 31 du *Statut de Rome*, car il n'y aurait pas eu au préalable un recours illicite à la force. Mais en rester là, donnerait un gout d'inachevé à notre démarche, car cela reviendrait à ignorer la théorie de la légitime défense putative⁸⁴ qu'il convient d'examiner à présent, car elle ne facilite pas non plus la distinction entre PDH et la légitime défense.

La légitime défense putative correspond à la situation où « *[t]he conflict between aggressor and defender does not take place in the real world but only in the mind of the defender, who mistakenly believes that he is attacked, his reaction is*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Voir section II/A L'hypothèse de l'attaque illégale.

⁸³ Voir Melzer, *Guide interprétatif, supra* note 4 aux pp 60–66. De même, selon les commentateurs des *Protocoles additionnels*, par « participation directe », on entend : « [I]es actes de guerre que leur nature ou leur but destine à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées adverses. C'est seulement pendant cette participation que le civil perd son immunité et devient un objectif licite. Une fois la participation terminée, le civil recouvre son droit à la protection de la présente Section, c'est-à-dire contre les effets des hostilités; il ne peut plus être attaqué » (CICR, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Martinus Nijhoff Publishers, 1986 à la p 633 au para 1944. À notre humble avis le « ou » dans la phrase « leur nature ou leur but » est malheureux, car une telle exigence alternative aurait pour effet de qualifier des actes comme PDH même si leur but n'est pas de nuire à une partie au profit d'une autre. Il aurait fallu employer un « et » au lieu du « ou ». Heureusement que le *Guide* dans sa définition du lien de belligérance s'en est démarqué.

⁸⁴ À la lecture de l'article 31 du *Statut de Rome*, on peut affirmer qu'une telle défense n'est pas reconnue devant la CPI comme motif d'exonération de la responsabilité pénale même si les commentaires n'ont du reste pas écarté la prise en compte d'un élément subjectif. Mais pour nous, une telle défense pourrait être un motif d'exonération de la responsabilité pénale en droit interne. Elle est d'ailleurs codifiée dans la plupart des codes pénaux des Etats de la *common law*.

*necessary, etc*⁸⁵ ». C'est la situation où une personne croit par erreur être attaquée alors qu'elle ne l'est pas en réalité. Elle découle donc d'une erreur qui peut porter soit sur les faits c'est-à-dire la condition de l'attaque illicite (une personne croit raisonnablement être attaquée alors qu'elle ne l'est pas en réalité), soit sur l'imminence de l'attaque, etc⁸⁶. Elle se distingue de la légitime défense (au sens de l'article 31) objective, celle dans laquelle l'agression est réelle et illégale. L'examen de la légitime défense putative, et de sa distinction d'avec la PDH, nous renvoie inéluctablement aux controverses sur les concepts de légalité/légitimité et situation objective/subjective de légitime défense.

Concernant le débat légalité/légitimité, il faut d'emblée relever que légalité et légitimité entretiennent des relations étroites et complexes⁸⁷. En effet, comme le fait remarquer Julien Detais :

Dans leurs sens communs, ces deux mots sont souvent considérés comme synonymes quoique leurs définitions ne permettent pas de les intervertir à souhait. Selon leurs sens les plus courants, la légalité renvoie à l'idée de conformité à la loi alors que la légitimité s'entend comme quelque chose qui « est juridiquement fondé, consacré par la loi ou reconnu conforme au droit et spécialement au droit naturel ». Du point de vue du droit international, la légitimité se définit comme la « qualité de ce qui est légitime. [Elle] se distingue de la légalité ou de la licéité, qualités qu'une institution ou une norme tirent de leur conformité à une règle de droit positif ». La notion de légitimité semble donc être plus large que celle de légalité, car la seconde paraît devoir se rattacher exclusivement au droit positif. Ce qui est légal est conforme à la loi en vigueur. La première si elle reprend cette idée paraît moins restrictive dans le sens où ce qui est légitime n'est pas uniquement ce qui est conforme à la loi en vigueur, mais également, et peut-être surtout, ce qui correspond à une certaine équité ou une certaine justice.⁸⁸

Nous allons plus loin en disant que ce qui est légitime, c'est aussi ce qui est généralement acceptable, moralement fondé, logiquement raisonnable et juridiquement envisageable, ce pour quoi, pencherait le plus grand nombre de personnes⁸⁹. Sans aller plus loin par rapport à ce débat, et en se contentant de ce qui précède, il ne serait donc pas erroné de dire que le caractère légitime d'une défense va au-delà de sa conformité *au de lege lata*.

⁸⁵ Kai Ambos, « Other Grounds for excluding Criminal Responsibility » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R W D Jones, eds, *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 1003 à la p 1032 [Ambos, « Other Grounds »].

⁸⁶ François Lareau, *Légitime défense et théorie*, thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 1992, en ligne: <<http://www.lareau-law.ca/thesefinal13.html>> [Lareau].

⁸⁷ Julien Detais, *Les Nations Unies et le droit de légitime défense*, thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2007 à la p 11, en ligne <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/34/63/98/PDF/These_finale_reprographie.pdf>.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Même si nous sommes aussi d'avis que la majorité n'a pas toujours raison. Elle peut avoir tort. Voilà pourquoi nous concevons la légitimité par une application cumulative de ce qui est généralement acceptable, moralement fondé, logiquement raisonnable et juridiquement envisageable.

S'agissant du débat situation objective/subjective il convient de rappeler que même si le *Statut de Rome* a opté pour un critère objectif, il serait prématuré en l'état actuel de dire que la jurisprudence de la CPI serait constante en la matière. En effet, comme le font remarquer les commentateurs du *Statut de Rome*, en matière de légitime défense, le critère subjectif prévaut dans les systèmes de *common law* et c'est au terme d'un compromis que l'article 31 a été libellé dans sa formulation actuelle⁹⁰. Il ne serait donc pas exclu qu'au fil du temps des juges influents issus du système de la *common law*, en vertu de l'article 21⁹¹ du *Statut de Rome*, appliquent la notion de légitime défense putative devant la cour⁹². En ce qui nous concerne d'ailleurs, nous pensons que l'objectivité de la légitime défense ne devrait pas être mesurée par rapport à la réalité de l'existence d'une attaque illégale, mais plutôt à la réalité de l'existence d'une menace contre la vie, l'intégrité physique ou des biens importants, qu'elle soit dirigée ou non contre la victime d'une telle menace. Ainsi pour nous, si des circonstances réelles, légales ou non, créent la certitude ou même l'impression que l'on se trouve devant une menace à sa propre vie, à celle d'autrui ou à des biens (essentiels à sa survie), il est possible d'agir en défense à condition que la menace soit effective, même si ces circonstances sont conformes à la loi (c'est la situation des civils qui ont été pris en compte dans le calcul de la proportionnalité et qui voudraient se défendre). Les défenses putatives pourraient donc être acceptées si l'atteinte semble réelle et vraisemblable. Dans un tel cas, la défense est commise sans culpabilité grâce à l'erreur sur les circonstances qui ont déclenché la légitime défense. De ce fait, le caractère pénal sera écarté par l'erreur de fait (et non par l'argument de la légitime défense) et la personne ne serait en principe pas pénalement responsable. « *In sum, the use of force cannot be justified by a mere objective standard; it also requires that the defender acted in good faith, believing that he or she was entitled to use self-defence* »⁹³.

⁹⁰ Ambos, « Other Grounds », *supra* note 85 à la p 1032.

⁹¹ Selon cette disposition concernant le droit applicable par la CPI : « 1. La Cour applique :

- a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;
- b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;
- c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.

2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

3. L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7 paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité » (*Statut de Rome*, *supra* note 3, art 21).

⁹² Même si cela ne serait pas souhaitable au regard de la gravité des crimes qui pourraient ainsi être justifiés, à moins qu'elle ne soit reconnue que comme une circonstance atténuante jouant au niveau de la sanction. Par contre nous sommes de l'avis que devant les juridictions nationales cette notion pourrait être appliquée en ce qui concerne certains délits et crimes.

⁹³ Ambos, « Other Grounds », *supra* note 85 à la p 1035.

Revenant à notre hypothèse, et par application de notre entendement du concept de légitimité, il serait généralement acceptable, moralement fondé, logiquement raisonnable et juridiquement envisageable de reconnaître la légitimité de la réaction d'une personne qui agit pour se défendre sur la seule base d'un critère subjectif (en droit interne surtout). Toutefois, ayant choisi pour cette analyse d'utiliser la notion de légitime défense telle que prévue par le *Statut de Rome*, nous n'en dirons pas plus⁹⁴ sur la légitime défense putative qu'il ne reconnait pas expressément, d'autant plus que les règles pénales sont d'interprétation stricte.

Cette hypothèse de l'attaque/agression légale a permis une fois de plus de montrer la difficulté de la distinction entre PDH et légitime défense, mettant ainsi en exergue une situation qui, sans être une légitime défense (au sens du *Statut de Rome*) ne serait pas non plus une PDH (selon le Guide) dont les trois critères cumulatifs ne seraient pas remplis, faisant ainsi la part belle à une sorte de comportement sui generis.

En effet, la riposte des civils prise en compte dans le calcul de la proportionnalité, si elle porte atteinte à la vie ou à l'intégrité physique des militaires, pourrait être de nature à nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé, atteignant ainsi le seuil de nuisance requis⁹⁵. Ce qui ne serait pas le cas si leur réaction consiste par exemple à fuir et à se mettre à l'abri des risques encourus. De même, le lien de causalité pourrait être établi parce que l'on pourrait raisonnablement attendre des actes spécifiques en question commis par les civils, qu'ils causent directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis⁹⁶ (surtout dans le cas où plusieurs civils et combattants sont concernés par l'hypothèse décrite plus haut). Cependant, il serait difficile d'établir le lien de belligérance⁹⁷ dans la mesure où ce comportement ne viserait pas spécifiquement à causer des effets nuisibles à l'avantage d'une partie à un conflit armé et au détriment d'une autre⁹⁸.

⁹⁴ En effet, il aurait été intéressant de remonter aux différents fondements tant philosophiques que juridiques de la légitime défense dont entre autres : « le droit naturel, la théorie de la justice absolue qui stipule que le "droit n'a pas à reculer devant l'injustice" et la comparaison des intérêts juridiques en conflit parce qu'ils nous semblent à la fois les plus actuels et les plus permanents » (Lareau, *supra* note 86 à la p 52). Toutefois, la modestie de cette brève analyse ne nous en donne pas le loisir.

⁹⁵ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 52.

⁹⁶ *Ibid* à la p 60.

⁹⁷ Comme cela est précisé dans le *Guide interprétatif* (note 147) : « L'exigence d'un lien de belligérance est conçue de manière plus étroite que l'exigence d'un lien avec le conflit armé développée dans la jurisprudence du TPIY et du TPIR en tant que condition préalable pour la qualification d'un acte en tant que crime de guerre [(voir *Le Procureur c Kunarac et consorts*, IT-96-23/1-A, Arrêt relatif à la sentence (12 juin 2002) au para 58 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, en ligne: TPIY <<http://www.icty.org>>; *Le Procureur c Rutaganda*, TPIR-96-3, Arrêt relatif à la sentence (26 mai 2003) au para 570 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel), en ligne: TPIR <<http://www.icty.org>>)]. Alors que l'exigence d'un lien avec le conflit armé se réfère au rapport entre un acte et une situation de conflit armé dans son ensemble, l'exigence du lien de belligérance se réfère au rapport entre un acte et la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé. Durant les réunions d'experts, il a été généralement admis qu'une conduite ne présentant pas un lien suffisant avec les hostilités ne pourrait constituer une participation directe à ces hostilités. Voir *Report DP H 2005*, à la p 25 et, plus généralement, *Background Doc. DP H 2004*, aux pp 25–26; *Report DP H 2004*, aux pp 10, 25; *Background Doc. DP H 2005, WS II-III*, à la p 8; *Report DP H 2005*, aux pp 9–10, 22 et ss. 27, 34 ».

⁹⁸ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 61.

Comme on le voit, certains comportements de civils se révèlent inadaptés aux critères de la PDH et à celui de la légitime défense, et cette situation peut également s'étendre à des comportements dans lesquels seuls des civils sont en cause au cours d'hostilités opposant des belligérants.

C. L'hypothèse d'une légitime défense contre une PDH⁹⁹ : Affrontements entre civils

Au cours de la conduite des hostilités, il peut arriver que des civils, soit, appartenant à différentes parties au conflit (CAI), soit, appartenant à une même partie au conflit s'affrontent entre eux, soit, aux côtés d'une partie au conflit, soit, de leur propre chef et pour des raisons liées ou non aux hostilités. Ces cas de figure ne sont pas non plus de nature à rendre la distinction entre PDH et la légitime défense aisée à faire. Imaginons un CAI, dans lequel les civils d'une partie P1 au conflit commettent des actes spécifiques constitutifs d'une PDH contre les civils appartenant à l'autre partie P2 qui, eux, ne participent pas directement aux hostilités et bénéficient donc en principe de l'immunité contre les attaques directes. En rappel, selon le *Guide*, le fait d'infliger des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes, constitue des actes qui atteignent le seuil de nuisance requis¹⁰⁰. Lorsque ces civils (de la partie P2 au conflit), victimes de conduites constitutives de PDH (de la part de civils de la partie P1) ripostent contre les actes dont ils seraient victimes, par des actes similaires, la question pourrait se poser de savoir, s'ils le font pour se défendre ou s'ils le font également en soutien à la partie au conflit dont ils relèvent. Une autre situation dans laquelle la distinction entre légitime défense et PDH ne serait pas facile à faire. Cette hypothèse ressemble un peu à celle examinée au point précédent¹⁰¹ dans la mesure où la PDH en tant que telle n'est pas interdite par le DIH¹⁰², mais elle s'en éloigne en se dirigeant vers la première hypothèse¹⁰³ en ce sens que même si la PDH n'est pas interdite par le DIH, les actes commis pendant une telle PDH, eux, peuvent l'être, en l'occurrence le fait d'attaquer directement des civils qui ne participent pas directement aux hostilités. Nous retombons alors dans la situation où des civils seraient en face d'une attaque illégale. S'ils (civils de la partie P2) ripostent en retournant en commettant des actes spécifiques qui pourraient porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de leurs agresseurs (civils de la partie 1), il ne s'agirait pas en principe d'une PDH, (mais bien d'une légitime défense) et comme tel, ils bénéficieraient toujours à en croire le CICR¹⁰⁴ de l'immunité contre les attaques

⁹⁹ Il ne s'agit pas ici de l'exercice du pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un territoire, qui est une hypothèse envisagée dans le *Guide*. (Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 64).

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 49.

¹⁰¹ Voir la section II/B L'hypothèse d'un doute sur l'illégalité/légalité de l'attaque imminente : la légitime défense putative.

¹⁰² *PA I*, *supra* note 17, art 51(3); *PA II*, *supra* note 17, art 13(3).

¹⁰³ Voir section II/A L'hypothèse de l'attaque illégale.

¹⁰⁴ « Si des civils emploient la force pour se défendre eux-mêmes contre une attaque illicite ou contre des pillages, des viols et des meurtres commis par des soldats en maraude, le niveau de nuisance requis peut être atteint; par contre, le but n'est clairement pas de soutenir une partie au conflit au détriment

directes. Ce qui serait normal d'un point de vue logique et théorique. Mais nous ne sommes cependant pas certains, que ces civils (de la partie P1), qui, les premiers par leurs PDH, ont commis des actes spécifiques illégaux respecteraient cette immunité. La situation peut se compliquer d'ailleurs si l'on considère le scénario où les combattants que ces civils (de la partie P1) participant directement aux hostilités ont voulu aider, leur viennent en renfort en retour. Ils (ces combattants) prendraient pour cible des civils qui ne participent pas directement aux hostilités tout simplement parce qu'ils ne seraient même pas en mesure de connaître la qualification juridique des actes de ces civils de la partie P2.

L'intérêt de cette hypothèse réside dans le fait que les civils en participant directement aux hostilités perdent leur immunité contre les attaques légales et deviennent de ce fait des cibles militaires légitimes pour les combattants (uniquement) qui ont le droit de PDH. Or dans notre exemple, ils sont face à d'autres civils (P2), qui, conformément au DIH, n'ont pas reçu expressément le droit de participer aux hostilités. Leur riposte ne pourra donc être envisagée que sous l'angle d'une légitime défense, et il faudrait comme nous l'avons déjà démontré, qu'il y'ait eu une attaque illégale dirigée contre eux au préalable.

Plus incertaine sera encore la distinction lorsque les affrontements opposent des civils qui appartiennent à une même partie à un CAI pour des raisons liées au conflit¹⁰⁵. Par exemple lorsqu'il s'agit d'un conflit qui a une origine religieuse ou ethnique opposant un État (A) à un État (B) et que des civils de l'État (A) s'en prennent à d'autres civils du même État (A) qui sont perçus comme ethniquement ou religieusement rattachés à l'État (B). Les premiers à lancer l'offensive le font-ils en soutien à la partie (A) au conflit ? Comment qualifier la riposte de ces civils (de la même partie A) attaqués ? Réagissent-ils pour se défendre ou pour soutenir leur État d'ethnie ou de religion (B) ? Peut-être aussi qu'il s'agirait d'un CANI qui existerait parallèlement au CAI. Autant d'écheveaux que les critères du *Guide* ne permettent pas de démêler avec dextérité ni certitude.

En mettant au grand jour la difficulté de la distinction entre légitime défense et PDH aux hostilités, ces exemples illustrent, comme l'ont fait d'autres¹⁰⁶ au paravent, l'imprécision et l'imperceptibilité des critères du *Guide*. Pour notre part, distinguer la PDH d'autres types de comportements au cours des hostilités est difficile parce que le seuil de nuisance, la causation directe et le lien de belligérance ne se lisent pas ni ne s'aperçoivent pas dans la seule conduite au cours des hostilités. Selon une critique précédente d'ailleurs « à force de vouloir trop préciser le contenu de la participation directe aux hostilités, on rend la compréhension de cette notion encore plus difficile, en raison de la subtilité et de l'imprécision qui caractérisent ses

d'une autre. Si la légitime défense individuelle contre des actes de violence interdits devait provoquer la perte de protection contre les attaques directes, cela aurait pour résultat absurde de légitimer une attaque précédemment illicite » (Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 63).

¹⁰⁵ Il ne s'agit pas de la situation de violence généralisée dont fait cas le *Guide interprétatif*.

¹⁰⁶ À titre illustratif on peut citer les fameux exemples du conducteur civil d'un camion transportant des munitions et celui de la porte tournante. À noter cependant que le *Guide* lui-même évoque la question de la porte tournante aux pages 73–76.

éléments constitutifs¹⁰⁷ ». De ce fait nous regrettons que le CICR n'ait pas profité de l'élaboration du *Guide* pour conceptualiser les autres types de participation aux hostilités, après avoir défini la PDH. D'où notre proposition de conceptualisation des comportements *sui generis* examinés dans la seconde partie de notre analyse, aux fins de dégager des indices réalistes de la distinction entre légitime défense et PDH, lesquels pourraient servir aux autres situations (autres comportements a priori sans qualification juridique précise).

À la fin de cette partie, la confusion semble être maintenant à son point culminant tant les limites frontalières entre la PDH et la légitime défense résistent toujours à tout tracé clair et précis. Comme on peut le constater, une telle entreprise doit se faire *in concreto* et le *Guide interprétatif* n'en est pas à lui tout seul, la panacée. Il nous semble d'ailleurs moins une solution en matière de PDH qu'un point de départ pour déterminer d'autres indices pouvant servir au principe de distinction et partant, à la double protection des civils et des combattants, qui, bien que cibles légitimes (bien entendu et uniquement pour ceux qui ont le droit de participer directement aux hostilités : les combattants au sens large), méritent aussi à notre sens une protection contre les actes hostiles non autorisés des civils. Examiner d'autres indices pour une distinction plus opérante entre PDH et légitime défense sera maintenant l'objet de notre dernière partie.

III. D'autres indices de distinction et les défis de la pratique : une suggestion de précaution pratiquement possible

Cette partie se voudrait une réponse à notre question de base : comment distinguer la PDH de la légitime défense des civils ? Pour ce faire, une requalification générique de la légitime défense dans la conduite des hostilités en tenant compte des difficultés et des situations de comportement mixtes ou hybrides relevées plus haut nous semble séante (A) afin de dégager d'autres pistes qui pourraient faciliter la distinction (B). Toute chose qui implique des conséquences et des défis à relever dans la pratique (C). Une précaution ultime pour un meilleur respect de l'immunité des civils pourrait être aussi envisagée en dernier recours (D).

¹⁰⁷ Antoine Kabore, *Les boucliers humains volontaires participent-ils directement aux hostilités? Analyse à la lumière du Guide interprétatif du CICR sur la participation directe aux hostilités*, Genève, Académie de droit international humanitaire de Genève, 2010 à la p 61.

A. Les cas de légitime défense putative : une « participation instinctive¹⁰⁸ » aux hostilités

À suivre le CICR qui affirme sans ambages que la légitime défense n'est pas une PDH, c'est le lien de belligérance qui permet de faire cette distinction¹⁰⁹. Dans les situations de doute comme celles que nous nous sommes attelés à signaler dans la seconde partie de notre étude, il préconise que : « Toutes les précautions pratiquement possibles¹¹⁰ doivent être prises au moment de déterminer si une personne est une personne civile et, en ce cas, si cette personne civile participe directement aux hostilités. En cas de doute, la personne doit être présumée protégée contre les attaques directes¹¹¹ ». Cette solution est bien idéale, mais pas très réaliste, car l'on ne saurait s'attendre à ce que les combattants respectent cette présomption de l'immunité contre les attaques directes, lorsqu'ils sont en face de civils qui pourraient porter atteinte à leur propre intégrité physique ou à leur vie, eussent-ils un doute sur le fait qu'ils participent directement aux hostilités ou pas. Pour nous donc, puisque c'est le lien de belligérance¹¹² qui distingue fondamentalement la PDH de la légitime défense et d'autres types de comportements au cours des hostilités, la distinction devrait reposer essentiellement sur une approche téléologique de la participation. Partant de ce postulat, nous construisons l'image suivante à l'effet de regrouper toutes les situations d'incertitude : les comportements au cours des hostilités formeraient une médaille à double facette : la première représentant les implications dans les hostilités avec un lien de belligérance comme condition *sine qua non* et raison de la participation ; l'autre représentant les implications sans lien de belligérance. La première facette de la médaille correspond à la notion de PDH telle que définie par le *Guide interprétatif*, tandis que nous appellerons « participation instinctive » la seconde facette de la même médaille constituée par une autre forme de participation aux hostilités et qui est toutefois quasi consubstantielle à la notion de PDH. La participation instinctive

¹⁰⁸ Cette expression est un néologisme que nous avons créé pour désigner les situations où un acte accompli au cours d'hostilités réunit mais pas totalement, à la fois des conditions de la légitime défense et celle de la participation directe, faisant de lui un acte à mi-chemin entre la légitime défense et la participation directe aux hostilités. Autrement dit, elle regroupe des comportements *mixtes ou hybrides* sans une qualification juridique claire et précise *a priori* ou susceptibles d'une double qualification juridique, tant l'acte en cause chancelle entre au moins deux notions juridiques. Nous appelons « acte mixte ou hybride » dans le cadre de cette réflexion, l'acte ou la conduite qui se situe à équidistance entre la PDH et la légitime défense en ce sens que de part et d'autre, toutes les conditions sont remplies à l'exception d'une seule. Les deux premiers éléments constitutifs de la PDH sont réunis à l'exception du lien de belligérance. Toutes les autres conditions de la légitime défense sont réunies sauf l'exigence d'une attaque/agression illicite préalable, c'est dire que la *lege lata* est respectée *a priori*.

¹⁰⁹ « Aux fins d'établir une distinction entre les activités qui constituent une participation directe aux hostilités et les autres activités, le critère du lien de belligérance revêt une importance particulière dans les quatre situations suivantes : légitime défense individuelle... ; exercice du pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un terrain... ; Troubles civils... ; Situation de violence généralisée entre civils. » (Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 aux pp 63–65).

¹¹⁰ Pour une critique de cette expression très élastique et manipulable à volonté, voir *PA I*, *supra* note 17.

¹¹¹ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 aux pp 77 et s. Cette solution, bien que nous l'estimions idéale, ne nous semble cependant pas très réaliste, car dans les hypothèses que nous avons explorées plus haut, il nous paraît patent que les combattants ne prendraient pas le risque de perdre leur propre vie dans le seul but de vouloir respecter cette présomption.

¹¹² Il a trait au but objectif de l'acte et se distingue de l'intention subjective et de l'intention hostile.

regrouperait tous les actes d'hostilité des civils qui ont lieu au cours des hostilités entre les parties, mais sans un lien de belligérance : il s'agit des actes accomplis pour se défendre même si les conditions de la légitime défense ne sont pas réunies comme nous l'avons déjà vu en cas de légitime défense putative, et des actes commis par état de nécessité (entendu ici au sens du *Statut de Rome*)¹¹³ etc. qui ne sont rien d'autre que des manifestations de l'instinct de survie. Ce sont les comportements téléguidés par l'instinct de conservation ou de survie et pas plus. La légitime défense et les autres types de comportements examinés dans notre deuxième partie sont des participations instinctives et comme telles, elles se distinguent *a priori* de la PDH par leur but : se défendre sans intention de nuire, ni de favoriser l'un des belligérants. En revanche, toute participation instinctive aux hostilités n'est pas une légitime défense au sens du *Statut de Rome*.

Tout acte d'hostilité d'un civil au cours des hostilités, autrement dit, toute participation aux hostilités serait soit directe/indirecte telle que définie dans le *Guide*, soit instinctive lorsque commandée par l'instinct de survie (en l'absence d'un lien de belligérance). Cette sorte de *summa divisio* ne vise qu'une meilleure protection. Lorsque tous les éléments de la PDH ne sont pas réunis, il s'agirait alors d'une participation instinctive et comme telle, elle ne porte pas atteinte à l'immunité contre les attaques directes. De même, la mort d'un participant instinctif aux hostilités ne devrait pas être considérée comme un dommage collatéral, mais plutôt comme un acte répréhensible passible de poursuites pénales lorsqu'elle a été occasionnée sans nécessité¹¹⁴ par ses auteurs. Enfin, la participation instinctive aurait vocation à être une cause d'irresponsabilité pénale lorsqu'elle a été strictement proportionnelle au but de défense ou de protection. Elle pourrait dans le cas contraire être au moins une circonstance atténuante. La distinction ne saurait cependant être faite qu'au cas par cas en se servant d'indices qui ne sont pas autosuffisants ni des recettes magiques.

B. Des indices pour une distinction plus opérante

En sus des critères proposés dans le *Guide* pour cerner la notion de PDH aux fins de la distinguer d'autres comportements se produisant au cours des hostilités, il nous semble qu'il existe des éléments qui pourraient être pris en compte pour rendre plus efficaces ces critères en comblant leurs lacunes, en l'occurrence aux fins de la distinction entre PDH et légitime défense des civils. Toutefois, comme cela a été illustré par nos différentes hypothèses, il n'y a pas de critères universellement applicables et opérants dans toutes les circonstances. Cependant, des éléments indicatifs peuvent être exploités au cas par cas pour la distinction entre PDH et la

¹¹³ L'article 31 §1d) du *Statut de Rome* considère comme motif d'exonération de sa responsabilité pénale, les crimes par une personne « sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, et si elle a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter... » (*Statut de Rome*, *supra* note 3, art 31 §1d)).

¹¹⁴ En tant que PGD. Voir la section III/D Le recours à la nécessité en tant que principe général de droit (PGD).

légitime défense. Sans prétendre à l'exhaustivité ni à une hiérarchie entre eux, nous en examinerons successivement quelques-uns.

1. LE CONTEXTE

Le contexte nous semble un indice assez déterminant pour distinguer le civil qui participe directement aux hostilités de celui qui exerce son droit à la légitime défense. En effet, dans un contexte d'attaques illégales (directes) généralisées et d'assauts régulièrement lancés contre la population civile, il serait plus indubitable, du fait de l'existence d'un tel contexte de considérer les civils de cette population comme agissant en légitime défense plutôt que, comme prenant part aux hostilités. Lorsque des combattants, systématiquement s'en prennent aux civils, soit qu'ils pillent leurs biens, soit qu'ils se livrent à des viols, ou à d'autres crimes (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide ou même crimes de droit interne)¹¹⁵, les actes hostiles commis par ces civils en retour seront plus facilement identifiables comme légitime défense et non comme une participation directe aux hostilités, puisque ces derniers ne commettent de tels actes que tant qu'ils sont l'objet d'attaques directes. Ainsi de même que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) ont dans de nombreuses décisions, d'abord établi l'existence d'un contexte de politique génocidaire avant de qualifier certains comportements de génocide, par extrapolation, l'établissement d'un contexte d'attaques directes dirigées contre les civils, pourrait être de nature à faciliter une meilleure qualification du comportement des civils dans un tel contexte.

Par contre dans un contexte où les belligérants respectent au mieux le DIH et s'en prennent rarement, sinon jamais aux civils, l'on serait tenté de croire à l'existence d'un lien de belligérance lorsque ceux-ci commettent des actes d'hostilités. Cependant, cela ne saurait être le cas des civils qui sont pris en compte dans le calcul de la proportionnalité et qui sont considérés comme dommages collatéraux. Dans un tel cas, une présomption à tout le moins non irréfragable de lien de belligérance peut être soutenue, mais l'idéal serait d'accorder à ces civils (dommages collatéraux), l'immunité contre les attaques. Toutefois, même si cela est souhaitable, il ne serait pas réaliste de s'attendre à ce qu'une partie au conflit qui a choisi délibérément de violer le DIH, respecte au moins la règle de l'immunité des civils contre les attaques directes dans un tel contexte. En rappel, le contexte n'est qu'un indice et ne saurait être un critère magique, voire « passe-partout » jouable dans toutes les situations. Il pourrait être évalué avec d'autres éléments tout aussi non autosuffisants.

2. LE LIEN AVEC LES HOSTILITÉS

La PDH est une notion qui recouvre les actes spécifiques commis dans le cadre de la conduite des hostilités,

¹¹⁵ La légalité ne saurait se limiter à la conformité au DIH. Voir *supra* note 12.

[n]otion intrinsèquement liée à des situations de CAI ou CANI. Par conséquent, la notion de participation directe aux hostilités ne peut pas faire référence à une conduite intervenant en dehors de situations de conflit armé (par exemple, en période de troubles intérieurs et de tensions internes, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues). Qui plus est, même en période de conflit armé, toute conduite ne fait pas nécessairement partie des hostilités¹¹⁶.

Cela suppose une qualification claire au préalable de la situation générale qui prévaut avant la qualification du comportement individuel. Le lien avec les hostilités permet d'écarter très rapidement de la notion de PDH, les actes de violence commis en dehors des hostilités entre les parties à un conflit, c'est-à-dire en l'absence de « recours (collectif) par les parties au conflit à des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi¹¹⁷ ». Déterminer si une conduite individuelle a un lien ou s'inscrit dans le cadre des hostilités pourrait contribuer ainsi à bien distinguer la PDH de la légitime défense. Lorsqu'il est établi que la conduite s'inscrit dans la conduite des hostilités, on pourrait prendre en compte le contexte et aussi « les circonstances qui prévalent au moment et à l'endroit en question¹¹⁸ » pour une définition plus certaine du comportement en cause.

3. LES CIRCONSTANCES DU MOMENT

Une évaluation des circonstances qui prévalent au moment de la conduite d'un civil est importante afin de qualifier cette conduite. En effet, si au moment où un civil accomplit des actes hostiles, il y a d'autres actes hostiles accomplis concomitamment par les combattants d'une partie au conflit à l'égard des civils, il serait plus facile et logique d'inscrire l'acte du civil soit parallèlement aux actes hostiles des combattants (en ce sens qu'il vise à soutenir ceux des combattants) soit transversalement (en ce sens qu'il vise à contrecarrer les actes hostiles des combattants) à ses actes. Cela permettrait d'établir l'existence d'un lien de belligérance. En sus de l'existence concomitante d'actes hostiles commis par des combattants, la cible attaquée et la nature de l'attaque au moment de la conduite d'un civil peuvent aider à établir l'existence ou non d'un lien de belligérance.

Concernant la cible attaquée, lorsqu'elle est un objectif militaire au sens de l'article 52, al 2 du PA I¹¹⁹ ou une autre cible légitime telle qu'un combattant adverse, l'acte hostile d'un civil à ce même moment (qu'il facilite ou il vise à contrecarrer une telle attaque) pourrait être une indication de sa volonté de nuire à une partie au profit d'une autre. S'agissant de la nature de l'attaque, lorsqu'elle est conforme au DIH, (ou

¹¹⁶ Melzer, *Guide interprétatif*, *supra* note 4 à la p 43.

¹¹⁷ *Ibid* à la p 45.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 44.

¹¹⁹ Cet article se lit : « Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis. » (PA I, *supra* note 17, art 52 §2).

à d'autres corps de règles pertinentes en l'espèce) en ce sens qu'elle est dirigée contre une cible légitime dans le respect de la règle de proportionnalité et de précautions, les actes des civils au même moment seraient moins considérés comme une légitime défense et plus comme une PDH. Par contre lorsqu'il s'agit d'une attaque clairement contraire au DIH (soit qu'elle est indiscriminée ou directement dirigée contre des civils), la légitime défense serait plus envisageable. Ces circonstances objectives à prendre en compte s'étendent aussi à celles qui prévalent au lieu de la conduite en question.

4. LES CIRCONSTANCES RELATIVES À L'ENDROIT

Objectivement, les circonstances qui prévalent à l'endroit où un civil accomplit un acte hostile peuvent aider à l'identification du lien de belligérance, nécessaire pour distinguer la PDH de la légitime défense des civils. Notamment lorsque cet endroit est celui où les hostilités entre parties au conflit ont cours. La conduite d'un civil qui a lieu à l'endroit où les parties s'affrontent activement serait de nature à révéler un lien de belligérance, c'est-à-dire qu'elle pourrait être considérée comme spécifiquement conçue pour soutenir une partie au détriment d'une autre. Par contre les actes de violence commis par un civil à un endroit éloigné du lieu des hostilités (même si c'est en période de conflit) feraient difficilement partie du « recours collectif par les parties à des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi »¹²⁰. Une application au cas par cas de ces éléments pourrait servir à la distinction entre PDH et légitime défense. *Quid* des conséquences de cette distinction ?

C. Les conséquences de la distinction et les défis de la pratique

La distinction entre PDH et légitime défense des civils aboutit à une identification claire et nette des cibles militaires légitimes conformément au principe cardinal de distinction, permettant ainsi une meilleure protection des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités. En outre, une autre conséquence de la distinction entre PDH et légitime défense des civils, c'est qu'elle va entraîner l'application de deux régimes juridiques différents. À la PDH s'appliquera le DIH, tandis que le DIDH, les règles relatives au maintien de l'ordre et au recours à la force létale, au droit international pénal ainsi que le droit pénal interne s'appliqueront aux cas de légitime défense (en plus éventuellement du DIH dès lors que la légitime défense se situe dans un conflit armé).

L'application du DIH aura pour effet que, lorsque des civils sont identifiés comme participant directement aux hostilités, ils perdent leur immunité contre les attaques directes et ne seront pas de ce fait pris en compte dans le calcul de la proportionnalité. Ils deviennent des cibles militaires légitimes et les nécessités militaires peuvent commander de ne pas les épargner, cette perte de protection étant

¹²⁰ *Supra* note 27.

toutefois temporaire, car elle ne remet pas en cause leur statut de civils¹²¹ : c'est l'effet « porte tournante » de la protection accordée aux civils. Par ailleurs,

outre les limitations imposées par le DIH à l'emploi de certains moyens et méthodes de guerre spécifiques, et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant être imposées par d'autres branches applicables du droit international, 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 prévalent¹²².

En outre lorsqu'ils sont capturés, les civils qui participent directement aux hostilités peuvent être pénalement poursuivis pour le simple fait d'avoir participé directement aux hostilités si cela est contraire à leur droit national¹²³ et indépendamment des crimes (crimes de guerre notamment) qu'ils auraient pu commettre lors d'une telle participation ; ce qui les rendra également passibles de sanctions pénales au plan international. De même, « toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises au moment de déterminer si une personne est une personne civile et, en ce cas, si cette personne civile participe directement aux hostilités. En cas de doute, la personne doit être présumée protégée contre les attaques directes¹²⁴ ». Les précautions pratiquement possibles sont définies comme celles qui sont « praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire¹²⁵ ». Comme nous l'avions déjà fait remarquer, le respect de cette présomption d'immunité de protection des civils est obligatoire, seulement elle peut aussi mettre en danger la vie ou l'intégrité physique des personnes sur lesquelles elle pèse, si bien qu'il ne sera pas réaliste de la respecter dans tous les cas.

¹²¹ « Au regard du droit international humanitaire, conventionnel et coutumier, applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux, les personnes civiles bénéficient d'une protection contre les attaques directes « sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Les civils qui participent directement aux hostilités ne cessent pas de faire partie de la population civile, mais leur protection contre les attaques directes est provisoirement interrompue » (Melzer, *Guide interprétatif*, supra note 4 à la p 73).

¹²² *Ibid* à la p 80.

¹²³ On dit qu'ils ne bénéficient pas du « privilège du combattant » c'est-à-dire qu'« [i]ls ne peuvent donc pas bénéficier d'une immunité contre les poursuites, en vertu de la législation nationale, pour des actes de guerre licites (c'est-à-dire pour avoir directement participé aux hostilités tout en respectant le DIH) » (*Ibid* à la p 87).

¹²⁴ *Ibid* à la p 77.

¹²⁵ *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (II) à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 10 octobre 1980, 1342 RTNU 137, art 3(4); *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 10 octobre 1980, 1342 RTNU 137, art 1(5); *Protocole II modifié à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 3 mai 1996, 1342 RTNU 137; voir également le texte français de l'article 57 du PA I (« faire tout ce qui est pratiquement possible ») (*PA I*, supra note 17, art 57).

La légitime défense, elle, s'accommodera d'une application des normes relatives au maintien de l'ordre, au recours à la force létale, au droit international pénal et aux DIDH. C'est précisément le cas en matière de proportionnalité et de nécessité. N'étant pas une PDH, la légitime défense n'annihile pas en principe l'immunité contre les attaques directes. Par ailleurs, le *Statut de Rome*¹²⁶ incrimine le fait d'attaquer des civils qui ne participent pas directement aux hostilités. Ce faisant, attaquer des civils qui commettent des actes hostiles, mais en légitime défense serait un crime de guerre puisque la légitime défense n'est pas une PDH. À l'inverse, ni les statuts des juridictions pénales internationales, ni le DIH n'incriminent la PDH. Enfin tandis que la PDH doit être qualifiée, voire identifiée au moment du comportement en cause, la légitime défense, elle, sera généralement le fait d'une décision judiciaire intervenant *ex post facto* (assez souvent la question se pose lors d'une procédure judiciaire). Bien entendu, la décision judiciaire n'aura pas un effet constitutif, mais plutôt déclaratoire en ce sens qu'elle viendra entériner ou infirmer l'existence d'un fait objectif.

Au-delà de la présomption d'immunité de protection des civils en cas de doute, une autre précaution nous paraît aussi raisonnable, réalisable, réaliste et surtout protectrice.

D. Le recours à la nécessité en tant que principe général de droit (PGD)

Dans les situations de doute et dans le cas des différentes hypothèses que nous avons examinées plus haut (participation instinctive), l'intérêt de la distinction entre PDH et légitime défense des civils, c'est la protection des civils contre les attaques directes ou les attaques par erreur, tant qu'ils bénéficient de l'immunité à eux reconnue. Or il n'y a pas véritablement de critères précis et efficaces jouant sempiternellement dans toutes les situations. Le but ultime de la distinction entre PDH et légitime défense et/ou d'autres conduites se produisant au cours de la conduite des hostilités étant la protection et le respect des civils par les combattants sans que ces derniers ne soient eux-mêmes inquiétés par ces civils qui n'ont pas le droit de PDH, (c'est à notre avis ce qui pourrait leur faire respecter la présomption qu'une personne est protégée contre les attaques directes), il serait possible à notre humble avis de requérir des combattants, lorsqu'ils sont face à des civils, l'application du principe de nécessité en cas de doute. Non pas celui de la nécessité militaire (notion de DIH), mais celui de nécessité en tant que PGD. Ainsi, en cas de doute sur le fait qu'une personne participe directement aux hostilités ou se défend légitimement, les combattants ne devraient lui nier l'immunité contre les attaques directes que si cela est nécessaire pour protéger leurs propres vies ou celle d'autrui. L'efficacité de cette

¹²⁶ En effet selon son article 8 §2) b) i) : « Aux fins du Statut, on entend par « crime de guerre » : Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, à savoir, l'un quelconque des actes ci-après : Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement aux hostilités » (*Statut de Rome, supra* note 3, art 8 §2) b) i)). Cette même incrimination est étendue aux CANI par la même disposition en son alinéa 2e) i).

précaution ne sera toutefois effective que si elle est construite sur la bonne foi de celui qui l'applique. Autrement dit, les combattants doivent être de bonne foi en déterminant la nécessité d'attaquer directement des civils pour lesquels il y a un doute sur leur participation directe aux hostilités.

Au terme de notre analyse, le constat tangible et inexorable est celui de la nécessité d'identifier et de distinguer clairement la conduite constitutive d'une PDH d'autres conduites, en l'occurrence, la légitime défense des civils et les participations instinctives aux hostilités. Ce constat est d'autant plus inéluctable au regard des conséquences déplorables qui pourraient découler de la confusion des différents comportements au cours d'un conflit. L'analyse a également révélé qu'il n'existe malheureusement pas une formule magique et unique applicable à la mosaïque des situations complexes qui pourraient se présenter lors d'un conflit. Certaines situations risquant parfois même d'être dépourvues de qualification juridique précise¹²⁷, rendant la distinction entre PDH et légitime défense des civils difficile. D'où la proposition d'une nouvelle catégorie de participation aux hostilités : la participation instinctive. De même le réalisme exigé par la conduite des hostilités et le devoir de justice montrent que des civils tout comme des combattants pourraient être en danger, tant il est difficile d'établir le lien de belligérance dans un tel contexte de conduite des hostilités. Il y a toutefois des éléments et indices qui peuvent servir à établir l'existence d'un tel lien. La distinction entre PDG et légitime défense procède ainsi d'un exercice au par cas, même s'il y a lieu également de reconnaître que des efforts ont été faits pour une meilleure compréhension de la notion de PDH, à l'effet de la distinguer des autres conduites. Ce qui n'apporte néanmoins pas de réponse définitive à la question de base. Cependant il faut admettre qu'un travail a été abattu par le CICR notamment, même s'il n'en demeure pas moins que beaucoup reste encore à faire au regard du nombre croissant des victimes civiles dans les conflits contemporains. Le *Statut de Rome* constitue également une contribution en ce sens. Mais il faudrait en outre et encore que les différentes controverses entourant tant la notion de PDH que celle de légitime défense soient sacrifiées sur l'autel de la protection de la vie avant la victoire finale. En attendant, la nécessité en tant que PGD, appliquée de bonne foi pourrait à tout le moins produire les effets d'une distinction qui semble être une mer à boire, si la bonne foi ne l'accompagne.

¹²⁷ Voir *supra* note 108.