

L'insuffisance de la définition clarifiée de « participation directe aux hostilités » face à l'impératif de protection d'enfants en temps de conflit armé

Travail de fin d'études réalisé sous la direction de M.
Eric David

« *En dépit de mon engagement, ils ont abusé
de moi, ils ont foulé au pied ma dignité
humaine. Et, par-dessus tout, ils n'ont pas
compris que j'étais une enfant et que j'avais
des droits* »

R. Brett, Rachel, M. McCallin et R. O'Shea, *Children: The Invisible Soldiers*, Genève, Bureau de la Société des Amis auprès de l'Organisation des Nations Unies et Secours catholique international, 1996, p. 84.

Le but de l'étude

statut proféré aux enfants par le DIH

><

notion de participation directe aux hostilités

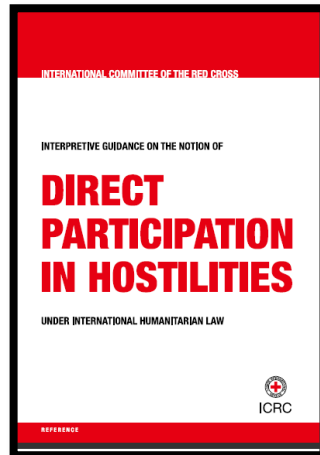
Pourquoi?

- Intérêt **particulier** des Etats quant à la protection d'enfants en temps de conflit armé
- La mise en lumière de l'incompatibilité / insuffisance de la notion de participation directe aux hostilités avec cet intérêt particulier

1. Participation directe aux hostilités

- notion ≠ définie dans les textes de DIH
- principes interprétatifs CICR

N. Melzer (éd.), *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*, publication CICR, Genève, 2009, 85 pp.



le guide ≠ force juridique contraignante à l'égard des Etats **MAIS**

très pertinent → statut particulier du CICR sur la scène du DIH

*Journée d'étude au Centre d'étude de droit militaire
et de droit de la guerre – 3 décembre 2010*

2. La problématique des enfants?

- guide CICR traite des civils de manière générale
- enfants mentionnés à titre incident

Pourquoi seulement les enfants?

- affinité personnelle pour le sujet
 - ⚠ certaines affirmations peuvent s'appliquer à tout civil se trouvant dans une situation de conflit armé
- travail de fin d'études – limites et exigences formelles
- volonté particulière des Etats à protéger les enfants en temps de conflit armé

3. Approche méthodologique

- **Technique juridique**

- Interprétation des normes juridiques et détermination du contenu du droit

- **Approche volontariste et critique**

- Établissement et interprétation d'une règle en se fondant sur la volonté des Etats + prise en compte phénomènes sociaux et politiques pour dégager des contradictions dans la création d'une règle

- l'analyse des sources formelles à la lumière d'un point de vue pratique

Plan

- I. Volonté des Etats à accorder une protection particulière aux enfants dans un conflit armé

- II. Participation directe aux hostilités: notion problématique par rapport à l'impératif de protection d'enfants en temps de conflit armé

- III. Conclusion

I. Volonté des Etats à accorder une protection particulière aux enfants dans un conflit armé

- A. Protection applicable aux enfants ne participant pas aux hostilités: un régime général applicable aux civils et un régime complémentaire spécial pour le enfants

- B. Régime applicable aux enfants susceptibles d'être engagés dans les combats et aux enfants-soldats

I. Volonté des Etats à accorder une protection particulière aux enfants dans un conflit armé

- DIH = dispositions diverses sur la protection d'enfants en temps de conflit armé → volonté toute particulière des Etats à accorder une protection spécifique aux plus jeunes
- Démontrer cet intérêt → compatibilité de la notion de participation directe aux hostilités?

A. Protection applicable aux enfants ne participant pas aux hostilités: un régime général applicable aux civils et un régime complémentaire spécial pour le enfants

Systeme général de protection des civils comprend les enfants

- Protection de tout civil *ne prenant pas part aux hostilités* → **protection disparaît si participation directe aux hostilités**
 - CAI: art. 27 à 34 CG IV + art. 48, 51, 75 PA I
 - CANI: art. 3 commun CG + art. 4, 13 PA II
 - Règles coutumières: *cfr.* Règles 1 et 6 de l'étude sur le droit coutumier CICR
- ➔ **Enfant = civil donc protection applicable tant qu'il n'y a pas de participation directe aux hostilités**

A. Protection applicable aux enfants ne participant pas aux hostilités: un régime général applicable aux civils et un régime complémentaire spécial pour le enfants

Systeme special de protection particulier aux enfants

- CAI:
 - « *Les enfants doivent faire objet d'un respect particulier (...). Les Parties au conflit leur apporteront les soins et l'aide dont ils ont besoin du fait de leur âge ou pour toute autre raison* » (art. 77 § 1^{er} PA I) , ...
 - CG IV
- CANI: 4 § 3 PA II, ...
- Statuts TPI et CPI
- Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et le Protocole de 2000 concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés
- Instruments régionaux
- ...

A. Protection applicable aux enfants ne participant pas aux hostilités: un régime général applicable aux civils et un régime complémentaire spécial pour le enfants

- *Multitude de dispositions diverses = témoignage de la volonté de la communauté internationale de protéger les enfants de façon très particulière dans un conflit armé.*

⚠ Dispositions d'application sous réserve de ratification des instruments mais protection particulière = règle coutumière applicable à tous les Etats

B. Régime applicable aux enfants susceptibles d'être engagés dans les combats et aux enfants-soldats

Empêcher la participation d'enfants dans les hostilités

- empêcher de recrutement et la participation = obligation à charge d'Etats
 - 15 ans (art. 77 § 2 PA I) – interdit la participation *directe*
 - 15 ans (art. 4 § 3 c) PA II) – interdit la participation *directe et indirecte*
 - 15 ans (art. 38 Convention de 1989)
 - Reprend les obligations du PA I mais applicable en CAI **et** en CANI
 - *Quid* de la pertinence d'une telle disposition?
 - Ratifications
 - *Ratione temporis*
 - 18 ans (art. 1^{er} Protocole à la Convention de 1989)
 - 15 ans (CPI art. 8 § 2 b) xxvi et 8 § 2 e) vii)

B. Régime applicable aux enfants susceptibles d'être engagés dans les combats et aux enfants-soldats

Quid si un enfant participe aux hostilités?

CAI:

Statut de combattant → statut de prisonnier de guerre (CG III)

CANI:

La notion de 'combattant' et de 'prisonnier de guerre' n'existe pas dans les règles applicables aux CANI

CAI + CANI: application du statut privilégié pour un enfant capturé (cfr. régime spécial)

Quid d'une volonté particulière des Etats pour protéger les enfants en temps de conflit armé?

⚠ incorporation successive des règles protectrices d'enfants dans le corps du DIH et dans les règles des droits de l'homme → intérêt grandissant

- Instrument universel
- Applicable en tout temps
- Effet: solution aux problèmes de ratification des instruments de DIH

⚠ Discussions en vue d'un renforcement de la protection

- *Principes et Engagements de Paris (2007)*

« Les Principes ont été élaborés par un large éventail d'acteurs, sur le comportement desquels ils se proposent d'influencer (...). [Ils] entendent inspirer toutes les interventions concernant la protection et le bien-être de ces enfants et contribuer à la prise de décisions de politique générale et de programmation »

II. Participation directe aux hostilités: notion problématique par rapport à l'impératif de protection d'enfants en temps de conflit armé

- A. PDH: le concept de DIH non défini dans les textes mais interprété par le CICR
 - 1. La pertinence de l'étude réalisée par le CICR – le Comité comme une autorité dans l'interprétation du DIH
 - 2. Les grandes lignes d'interprétation de la notion de PDH
- B. Le caractère inadapté des lignes d'interprétation de la notion de PDH pour la protection d'enfants en temps de conflit armé
 - 1. Le *belligerent nexus* – une notion objective remettant en cause l'interdiction de recruter et de faire participer directement les enfants aux hostilités
 - 2. Les critères dégagés par le CICR aboutissent à une protection moindre d'enfants incorporés dans des bandes armées
 - a) L'aspect *ratione temporis* de la participation directe d'enfants incorporés dans des groupes armés est incompatible avec l'impératif de protection de ceux-ci
 - b) La doctrine des combattants illégaux et le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre en cas de conflit armé international

A. PDH: le concept de DIH non défini dans les textes mais interprété par le CICR

Interdiction d'attaquer les civils → protection générale

PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITES

(art. 51 § 3 PA I, art. 13 § 3 PA II)

- notion non définie en DIH
- éléments dans la doctrine et la jurisprudence
- *Quid de son contenu?*

→ *Définition claire = impérative pour que le système de protection ne soit affaibli par une interprétation malveillante / trop large / trop étroite de la notion de PDH; assurer une protection efficace aux civils touchés par les conflits armés*

1. La pertinence de l'étude réalisée par le CICR – le Comité comme une autorité dans l'interprétation du DIH

- Existence et rôle du CICR – art. commun 9/9/9/10 CG
- Fonction : « *travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels* » (Statuts du Mouvement et Statuts du CICR)
- *Guide interprétatif* = doctrine (moyen auxiliaire de détermination des règles de droit – art. 38 Statut CIJ) MAIS en DIH publications CICR = doctrine la plus autorisée
 - Fruit de longs débats entre experts (universitaires, militaires, gouvernementaux) des différents pays + ONG
 - Travail réalisé 2003 - 2008

1. La pertinence de l'étude réalisée par le CICR – le Comité comme une autorité dans l'interprétation du DIH

- « Ce document ne reflète pas nécessairement l'opinion unanime ou majoritaire des experts ayant participé aux discussions. Il présente néanmoins les **recommandations officielles** du CICR sur la manière dont les règles de DIH relatives à la notion de participation directe aux hostilités **devraient** être interprétées dans les conflits armés contemporains »

➔ vu le rôle et le prestige du CICR – lignes interprétatives susceptibles d'être adaptées comme position officielle de plusieurs Etats.

2. Les grandes lignes d'interprétation de la notion de PDH

I. The concept of civilian in international armed conflict

For the purposes of the principle of distinction in international armed conflict, all persons who are neither members of the armed forces of a party to the conflict nor participants in a *levée en masse* are civilians and, therefore, entitled to protection against direct attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities.

II. The concept of civilian in non-international armed conflict

For the purposes of the principle of distinction in non-international armed conflict, all persons who are not members of State armed forces or organized armed groups of a party to the conflict are civilians and, therefore, entitled to protection against direct attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities. In non-international armed conflict, organized armed groups constitute the armed forces of a non-State party to the conflict and consist only of individuals whose continuous function it is to take a direct part in hostilities ("continuous combat function").

III. Private contractors and civilian employees

Private contractors and employees of a party to an armed conflict who are civilians (see above I and II) are entitled to protection against direct attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities. Their activities or location may, however, expose them to an increased risk of incidental death or injury even if they do not take a direct part in hostilities.

IV. Direct participation in hostilities as a specific act

The notion of direct participation in hostilities refers to specific acts carried out by individuals as part of the conduct of hostilities between parties to an armed conflict.

V. Constitutive elements of direct participation in hostilities

In order to qualify as direct participation in hostilities, a specific act must meet the following cumulative criteria:

1. The act must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed conflict or, alternatively, to inflict death, injury, or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm), and
2. there must be a direct causal link between the act and the harm likely to result either from that act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation), and

3. the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another (belligerent nexus).

VI. Beginning and end of direct participation in hostilities

Measures preparatory to the execution of a specific act of direct participation in hostilities, as well as the deployment to and the return from the location of its execution, constitute an integral part of that act.

VII. Temporal scope of the loss of protection

Civilians lose protection against direct attack for the duration of each specific act amounting to direct participation in hostilities, whereas members of organized armed groups belonging to a non-State party to an armed conflict cease to be civilians (see above II), and lose protection against direct attack, for as long as they assume their continuous combat function.

VIII. Precautions and presumptions in situations of doubt

All feasible precautions must be taken in determining whether a person is a civilian and, if so, whether that civilian is directly participating in hostilities. In case of doubt, the person must be presumed to be protected against direct attack.

IX. Restraints on the use of force in direct attack

In addition to the restraints imposed by international humanitarian law on specific means and methods of warfare, and without prejudice to further restrictions that may arise under other applicable branches of international law, the kind and degree of force which is permissible against persons not entitled to protection against direct attack must not exceed what is actually necessary to accomplish a legitimate military purpose in the prevailing circumstances.

X. Consequences of regaining civilian protection

International humanitarian law neither prohibits nor privileges civilian direct participation in hostilities. When civilians cease to directly participate in hostilities, or when members of organized armed groups belonging to a non-State party to an armed conflict cease to assume their continuous combat function, they regain full civilian protection against direct attack, but are not exempted from prosecution for violations of domestic and international law they may have committed.

2. Les grandes lignes d'interprétation de la notion de PDH

- Définition: la PDH « se réfère à des actes spécifiques commis par des individus dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé » (recommandation IV)
- 3 critères cumulatifs de la PDH (recommandation V)
 1. Seuil de nuisance
 2. Lien de causalité direct avec les effets résultant d'une opération
 3. Lien de belligérance (*belligerent nexus*)

2. Les grandes lignes d'interprétation de la notion de PDH

Belligerent nexus

- « l'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets atteignant le seuil de nuisance requis, à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre »
- Référence au but → perception objective >< état d'esprit du 'civil', intention (= élément subjectif), engagement forcé, capacité à assumer la responsabilité

« Accordingly, even civilian forced to directly participate in hostilities or children below the lawful recruitment age may lose protection against attack »

- Rejet du critère d'intention subjective/hostile même si experts d'accord pour dire que c'est un *indice pratique* de la PDH

B. Le caractère inadapté des lignes d'interprétation de la notion de PDH pour la protection d'enfants en temps de conflit armé

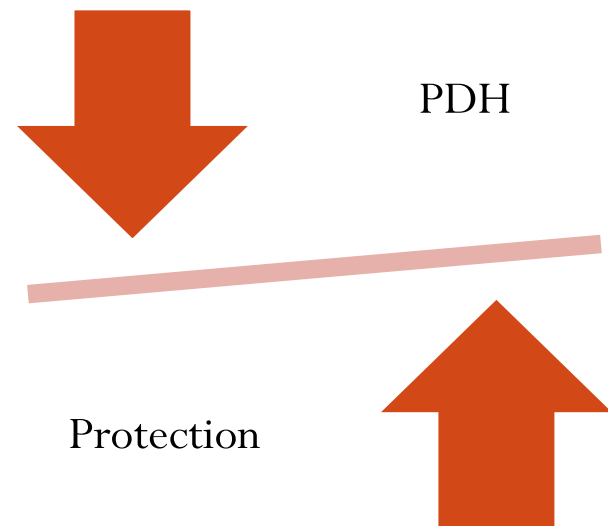
1. Le *belligerent nexus* – une notion objective remettant en cause l'interdiction de recruter et de faire participer directement les enfants aux hostilités
2. Les critères dégagés par le CICR aboutissent à une protection moindre d'enfants incorporés dans des bandes armées
 - a) L'aspect *ratione temporis* de la participation directe d'enfants incorporés dans des groupes armés est incompatible avec l'impératif de protection de ceux-ci
 - b) La doctrine des combattants illégaux et le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre en cas de conflit armé international

1. Le *belligerent nexus* – une notion objective remettant en cause l'interdiction de recruter et de faire participer directement les enfants aux hostilités

- *Belligerent nexus* objectif → nombre important d'actes = PDH (or, PDH fait perdre la protection civile)
 - *BN* ≠ intention, état d'esprit, ... OR critère très particulier si l'on regarde les très jeunes enfants
- ***BN* = affaiblissement des dispositions protégeant les enfants en DIH**
- **Enrôlement**: *BN* permet de qualifier de PDH un acte commis par un enfant recruté en dessous de l'âge minimal
 - **Risque**: violation préméditée par les Etats des règles de recrutement pour les raisons stratégiques

1. Le *belligerent nexus* – une notion objective remettant en cause l'interdiction de recruter et de faire participer directement les enfants aux hostilités

- Obligation de ne pas recruter = but préventif
- DIH = recherche d'équilibre entre la nécessité militaire et la protection des populations civiles (précaution, proportionnalité, ...)
- Intérêt particulier des Etats à protéger les enfants en conflit armé → PDH devrait être vue de façon plus restrictive à leur égard



1. Le *belligerent nexus* – une notion objective remettant en cause l'interdiction de recruter et de faire participer directement les enfants aux hostilités



Art. 50 § 1^{er} PA I: « (...) En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile ».

2. Les critères dégagés par le CICR aboutissent à une protection moindre d'enfants incorporés dans des bandes armées

a) L'aspect *ratione temporis* de la participation directe d'enfants incorporés dans des groupes armés est incompatible avec l'impératif de protection de ceux-ci

- Art. 51 § 3 PA I: perte de protection pendant la durée de la PDH

VII. Temporal scope of the loss of protection

Civilians lose protection against direct attack for the duration of each specific act amounting to direct participation in hostilities, whereas members of organized armed groups belonging to a non-State party to an armed conflict cease to be civilians (see above II), and lose protection against direct attack, for as long as they assume their continuous combat function.

➔ perte de protection **illimitée** dans le temps car membre d'un mouvement armé remplit en principe une '*continuous combat function*'

a) L'aspect *ratione temporis* de la participation directe d'enfants incorporés dans des groupes armés est incompatible avec l'impératif de protection de ceux-ci

- **Durée de la PDH:**

- 2 théories:

- **Affiliation**: *'membership' dans un groupe armé // enrôlement dans une armée régulière DONC pas de protection des civils car égalité des belligérants*
- **Porte-tambour (revolving door)**: *vision plus humanitaire; protection s'estompe uniquement pendant une action*

- **Guide CICR**: critère de 'continuous combat function

« (...) *the preparation, execution, or command of acts or operations amounting to direct participation in hostilities* » >< les personnes accompagnant un groupe armé sans avoir la fonction de combat continue gardent leur protection

a) L'aspect *ratione temporis* de la participation directe d'enfants incorporés dans des groupes armés est incompatible avec l'impératif de protection de ceux-ci

- *Quid* de l'appréciation d'un tel critère?

« (...) *the principle of distinction must be applied based on information which is practically available and can **reasonably** be regarded as reliable in the prevailing circumstances* »

« Si les enfants des deux sexes peuvent au début se voir confier des tâches auxiliaires, ils se voient rapidement plongés au cœur des combats, où leur manque d'expérience et d'entraînement les laisse particulièrement exposés. Les enfants les plus jeunes apprécient rarement les périls auxquels ils sont confrontés »

DONC il faudrait disposer d'informations très précises sur les tâches confiées et leur aspect temporel

a) L'aspect *ratione temporis* de la participation directe d'enfants incorporés dans des groupes armés est incompatible avec l'impératif de protection de ceux-ci

- Fonction continue de combat - appréciation sur des critères vagues et subjectifs, recours au critère du 'raisonnable'

« *assumption of (...) a continuous combat function depends on criteria that may vary with the political, cultural, and military context* »

→ perte **durable** de protection

- *Belligerent nexus* – appréciation sur des critères strictement objectif

→ perte **temporaire** de protection

INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT exige de nuancer les notions à l'égard des plus jeunes

b) La doctrine des combattants illégaux et le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre en cas de conflit armé international

- Combattant (CAI; art. 43 PA I, 4 2 CG III, 13 CG I et II) → statut de prisonnier de guerre
- **Doctrine des combattants illégaux** (*unlawful combatants*) civils protégés en DIH que s'ils peuvent être identifiés comme non-combattants

Si civil = dans corps armé mais ne remplit pas conditions d'un combattant → combattant illégal ≠ statut prisonnier de guerre en cas de capture + possibilité de poursuites pour faits liés au conflit

b) La doctrine des combattants illégaux et le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre en cas de conflit armé international

- *Quid* du lien avec la PDH?

PDH: distinction entre les moments où un civil est protégé et ceux où il peut faire objet d'attaques légitimes

→ La doctrine des combattants illégaux \neq passage constant entre le statut de civil et de combattant DONC une participation à une action militaire entraîne la perte permanente de protection

b) La doctrine des combattants illégaux et le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre en cas de conflit armé international

- Les enfants participant aux hostilités = soumis à la législation nationale
- Participation peut être punie si pas droit de participer directement aux hostilités OR seuls les combattants *réguliers* ont un tel droit
- DIH interdit de prononcer et d'exécuter la peine de mort à l'égard d'un enfant pour des faits liés au conflit MAIS pas d'immunité ou d'amnistie obligatoire

Un enfant participant à un CAI mais ne remplissant pas les conditions pour être un combattant régulier peut être poursuivi pour les faits liés au conflit armé

b) La doctrine des combattants illégaux et le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre en cas de conflit armé international

Nécessité d'une définition large de PDH:

PDH = combattant = droits d'un combattant

Retenir un critère subjectif?

'hostile intent' – plus facile à évaluer au stade de la capture et du jugement

III. Conclusion

- Guide pose bien la problématique de la PDH
- Ignore les particularités de certains groupes spécifiques
- Enfants: guide ne tient pas compte de l'intérêt particulier des Etats à protéger les enfants dans un conflit armé
- Même si critères pertinents – pas assez nuancés = inadaptés pour la protection d'enfants

MERCI

The word "MERCI" is rendered in a bold, orange, sans-serif font. It has a slight 3D effect with a soft shadow underneath. Below the text is a clear, semi-transparent reflection of the word, creating a mirror-like effect on a light surface.