



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'administration d'un territoire par un groupe armé, peut-elle être régie par le droit?

Sassòli, Marco

How to cite

SASSÒLI, Marco. L'administration d'un territoire par un groupe armé, peut-elle être régie par le droit? In: Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique. Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (Ed.). Genève : Schulthess, 2019. p. 267–276.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:125061>

L'administration d'un territoire par un groupe armé peut-elle être régie par le droit ?

MARCO SASSÒLI*

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Thierry Tanquerel a enseigné à des générations d'étudiantes¹ les règles régissant une saine administration. Parmi ces règles, le principe de légalité joue un rôle crucial². Une administration qui, au lieu de suivre des règles, juge chaque cas arbitrairement selon les sentiments, convictions ou intérêts publics perçus par le fonctionnaire, viole non seulement un droit fondamental de l'administrée, mais n'est également pas à même d'influencer le comportement des individus. Tous les êtres humains n'ont pas la chance de vivre à Genève ou en Suisse où Thierry Tanquerel a écrit ses livres, œuvré dans l'administration, jugé des contentieux administratifs et instruit des étudiants. Certains ne bénéficient même d'aucune administration étatique : des millions d'êtres humains vivent sous le contrôle d'un groupe armé non étatique. Au sommet de sa néfaste gloire, le groupe armé « État islamique » contrôlait un territoire abritant 10 millions d'habitants et disposait également d'une administration en charge de l'éducation, de la santé, de la pêche, de l'agriculture et des souscriptions aux services de télécommunication³. Il existe à travers le monde d'autres exemples de groupes armés contrôlant un vaste territoire comme les Talibans en Afghanistan (qui contrôlent un territoire où vivent 4 millions d'habitants), les groupes opérant dans l'Est de l'Ukraine, les Houthis au Yémen, ou, à l'époque des conflits armés qui ravageaient ces pays, les Tigres Tamouls au Sri Lanka, ou les « Forces nouvelles » en Côte d'Ivoire.

Tous les groupes armés ne ressemblent pas au groupe « État islamique », dont l'interprétation absurde et souvent arbitraire du droit islamique ne respecte en rien la « *rule of law* » (à tout le moins lorsque l'on inclut un aspect de substance, le respect des droits humains, dans l'exigence de conformité à la règle de droit). En effet, lorsqu'ils administrent un territoire, certains groupes armés s'efforcent réellement de respecter les principes de légalité et les droits humains. C'est notamment le cas des groupes kurdes qui administrent le Nord de la Syrie⁴. La

* J'aimerais remercier Madame Eugénie Duss, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, d'avoir révisé ce texte.

¹ Dans ce texte, le féminin et le masculin seront employés indifféremment et incluront chaque fois les représentantes du sexe féminin et ceux du sexe masculin, ainsi que toutes les personnes qui ne se reconnaissent dans aucune de ces deux catégories.

² Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève 2011, p. 15 et 149 ss.

³ Aymenn AL-TAMIMI, The Evolution in Islamic State Administration : The Documentary Evidence, Perspectives on Terrorism, Vol. 9, No. 4 (2015), en ligne < <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/447/html> >.

⁴ Geneva Call, Positive Obligations of Armed Non-State Actors: Legal and Policy Issues (Report in The Garance Series: Issue 1, Geneva Call 2016), p. 13-15 ; Human Rights Watch, Under Kurdish Rule, Abuses in PYD-run

majorité de ses habitants préfèrent même être administrés par un groupe armé que par le régime de Bachar Al-Assad ou la Turquie voisine.

De tels groupes sont non seulement confrontés à un conflit armé, qu'ils ont souvent déclenché, mais aussi aux problèmes quotidiens auxquels tout gouvernement et toute administration font face. La réalité démontre que des groupes armés s'attèlent bien plus souvent qu'on ne le pense à véritablement administrer un territoire⁵. Pour ce faire, ces groupes doivent premièrement surmonter des défis logistiques et ceux relatifs à l'isolement international dont est victime toute entité ne s'inscrivant pas dans le système westphalien d'États souverains et égaux. Ils doivent également affronter un défi juridique, soit la difficulté pour un acteur non-étatique de « légiférer », de déterminer qui et quels actes relèvent pendant quelle période de leur compétence et d'organiser la mise en œuvre de ces règles, tout en veillant à ne pas violer les droits des « justiciables ». La pratique démontre que des groupes armés « légifèrent »⁶. Mais peuvent-ils le faire ?

La réponse orthodoxe westphalienne aux questions posées, y compris dans le titre de cette contribution, est négative. Un certain nombre d'arguments découlant des droits humains nous conduisent aussi à y répondre par la négative. Toutefois, à l'instar de toutes les règles applicables aux conflits armés, il ne s'agit pas de trouver des solutions idéales (dans un monde idéal ni les conflits armés ni les groupes armés n'existeraient), mais des réponses pragmatiques aux problèmes qui se posent sur le terrain. Les ignorer purement et simplement reviendrait à priver les personnes affectées par ces phénomènes de toute forme de protection. En l'occurrence, on considérerait alors une administration par un groupe armé comme celle d'une bande criminelle. Interdite par le droit, elle ne serait ainsi régie par aucune règle de droit si ce n'est son interdiction. Conformément à la philosophie qui sous-tend le droit international humanitaire (DIH), un tel résultat doit être évité. Il est également inhérent au DIH, qui est un système juridique largement auto-appliqué – appliqué par les belligérants – que les règles identifiées doivent être réalistes pour les belligérants et partir du postulat (souvent erroné, tant pour les États que les groupes armés) que ces derniers ont la volonté de s'y conformer. On trouvera ainsi des règles qui seront plus ou moins bien respectées par ceux qui ont cette volonté. Quant aux autres, on les confrontera aux conséquences de leur prétention de vouloir gouverner et mener un conflit armé et non simplement commettre des crimes⁷, ce qui peut influencer, tout au moins, certains agents ou membres d'un groupe armé.

I. Le droit international régissant l'administration d'un territoire par un groupe armé

A. Le droit international humanitaire

Le DIH s'applique aux conflits armés. Il vise à y protéger celles et ceux qui ne participent pas ou plus directement aux hostilités et limiter la violence à ce qui est indispensable pour affaiblir la capacité militaire de l'ennemi. Les traités font une distinction stricte entre les conflits armés

Enclaves of Syria (19 juin 2014), Annexes I-III, en ligne : < <https://www.hrw.org/report/2014/06/19/under-kurdish-rule/abuses-pyd-run-enclaves-syria>>.

⁵ Nelson KASFIR, Rebel governance – constructing a field of enquiry: definitions, scope, patterns, order, causes, *in* Ana Arjona/Nelson Kasfir/Zachariah Mampilly (éd.), Rebel governance in Civil War, Cambridge 2015, p. 26 ; Zachariah MAMPILLY, Insurgent governance and civilian life during war, Ithaca 2011, p. 4.

⁶ Voir la base de données « their words » de l'ONG Appel de Genève, sous le mot clé « legislation », en ligne <http://theirwords.org/>.

⁷ La différence entre un gouvernement et un belligérant d'un côté, et celle d'une criminelle de l'autre côté, est que l'action des deux premiers est régie par des règles sur la question de savoir comment les mener.

internationaux (CAIs) et les conflits armés non internationaux (CANIs). Les premiers sont les conflits armés entre États, principalement régis par les Conventions de Genève de 1949 (« Convention[s] »)⁸, qui lient pratiquement tous les États, le Règlement de la Haye de 1907⁹, qui a acquis une valeur coutumière, et le Protocole additionnel I de 1977 (« Protocole I »)¹⁰, auquel 172 États sont parties. Les CANIs, quant à eux, comprennent tous les conflits armés opposant, même au-delà des frontières d'un seul État, un gouvernement et des groupes armés non étatiques ou différents groupes armés. Ils sont régis par l'article 3 commun aux Conventions (« Article 3 commun ») et le droit humanitaire coutumier. Le (seul) traité spécifique aux CANIs, le Protocole additionnel II (« Protocole II »), a pour sa part un champ d'application plus étroit, en requérant en particulier que le conflit armé se déroule entre le gouvernement et un ou plusieurs groupes armés et que ces derniers exercent un degré de contrôle territorial leur permettant de mener des opérations militaires continues ainsi que d'appliquer le Protocole¹¹. En outre, le CICR conclut dans une étude sur le DIH coutumier¹² que 136 (voire 141) des 161 règles de ce droit s'appliquent tant aux CAIs qu'aux CANIs.

Même si les constructions juridiques menant à cette conclusion restent controversées et insatisfaisantes, il est incontesté que le DIH des CANIs lie également les groupes armés non étatiques affrontant, dans un CANI, un État ou d'autres groupes armés. L'article 3 commun dispose : « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international ..., chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes : ... ». Les groupes armés parties à un CANI sont donc liés par le DIH des CANIs. Ce droit contient des règles sur le traitement des personnes qui se trouvent au pouvoir d'une partie, y compris des garanties judiciaires offertes à celles qui sont soumises à une procédure pénale, et des règles sur la conduite des hostilités. Ces règles sont déjà d'une utilité certaine pour les personnes qui se trouvent sur un territoire administré par un groupe armé en les protégeant contre la torture, les exécutions sommaires, la famine comme méthode de guerre, le pillage, la disparition forcée ou encore la destruction de leur patrimoine culturel.

B. Insuffisance du DIH

Par rapport à la question qui nous occupe, le problème est que le DIH ne contient pas de règles en la matière. Les traités ne renferment aucune règle sur l'administration d'un territoire, les États ayant estimé que cela relevait de leur souveraineté, qu'ils allaient continuer, lors d'un CANI, à administrer leur territoire conformément à leur droit interne (dans le respect, espérons-le, des obligations internationales qui pèsent sur eux au titre des droits humains). Quant à l'administration d'une partie de leur territoire par un groupe armé, les États ont préféré écarter cette vision d'horreur en l'ignorant tout bonnement.

Il est vrai que le DIH des CAIs contient des règles détaillées régissant l'occupation du territoire d'un État par un autre État : le droit de l'occupation militaire. Conformément à la tendance

⁸ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949 ; RS 0.518.12 (Convention I) ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949 ; RS 0.518.23 (Convention II) ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949 ; RS 0.518.42 (Convention III) ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 ; RS 0.518.51 (Convention IV).

⁹ Règlement annexé à la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907 ; RS 0.515.112.

¹⁰ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977 ; RS 0.518.521 (Protocole I).

¹¹ Voir Art. 1 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977 ; RS 0.518.522 (Protocole II).

¹² Jean-Marie HENCKAERTS/Louise DOSWALD-BECK, Droit international humanitaire coutumier, Vol. I, Bruxelles 2006.

générale voulant que l'on résolve les problèmes humanitaires se posant dans un CANI en leur appliquant par analogie (parfois sous couvert de la prétention qu'il s'agit là de règles coutumières communes aux CAIs et aux CANIs) les règles beaucoup plus détaillées régissant les CAIs, certains ont suggéré d'appliquer le droit de l'occupation à l'administration d'un territoire par un groupe armé¹³. Toutefois, une telle analogie n'est envisageable que pour une partie au CANI, le groupe armé, puisqu'il est inconcevable de traiter les forces gouvernementales d'un État comme occupant le territoire de ce même État. Cette solution est dès lors contraire au principe de l'égalité des parties devant le DIH, principe sans lequel le DIH ne serait jamais respecté en pratique (par la partie qui aurait davantage d'obligations et moins de droits que son adversaire). En outre, on ne réussira jamais à convaincre un groupe armé d'appliquer les règles relatives à l'occupation à un territoire qu'il considérera inévitablement avoir libéré. Mis à part les obstacles psychologiques découlant de la terminologie, le fond des règles du droit de l'occupation est difficilement acceptable pour un groupe armé prétendant représenter la population locale et avoir libéré le territoire. En effet, un occupant doit respecter « sauf empêchement absolu » la législation locale préexistante, laisser les institutions locales poursuivre leurs activités dans les domaines qui ne touchent pas à la sécurité de l'occupant et administrer les biens publics situés sur le territoire occupé comme un usufruitier, au bénéfice du « souverain » provisoirement empêché de le faire¹⁴. Or les groupes armés ayant libéré certaines parties de la Syrie du régime de Bachar Al-Assad ont refusé par principe d'appliquer le droit syrien préexistant, y compris certaines règles du code pénal parfaitement conformes aux droits humains qu'ils ont préféré remplacer par le Modèle de code pénal arabe unifié élaboré par la Ligue arabe¹⁵. Suite aux exactions du régime syrien, toute règle en vigueur sous son règne leur semblait teintée d'injustice.

Même pour les questions auxquelles le DIH des CANIs apporte des réponses, comme l'usage de la force, l'administration de la justice et la détention, les règles que contient ce droit sont parfois inapplicables ou inadaptées : le DIH régit exclusivement les phénomènes présentant un lien avec le conflit armé au cours duquel ils se produisent, à l'exclusion de ceux dépourvus d'un tel lien¹⁶ comme la poursuite d'un voleur de bétail, le désir d'une habitante d'agrandir sa maison pour y loger sa famille, que ses enfants soient (ou ne soient pas) vaccinés, ou de bénéficier des services de santé reproductive. Beaucoup de groupes armés sont disposés à réprimer des délits de droit commun commis sur le territoire qu'ils contrôlent¹⁷. En outre, même lorsqu'un lien entre l'acte à réguler et le conflit armé existe, ce n'est pas le DIH de la conduite des hostilités, mais les droits humains applicables aux opérations de police qui fournissent les détails nécessaires sur le degré et les modalités admissibles de l'emploi de la force pour arrêter un délinquant ou maintenir l'ordre¹⁸. Quant aux règles sur les procédures judiciaires (en lien avec le conflit), elles ne constituent qu'un cadre à ce qu'elles considèrent implicitement comme applicable : le droit national de l'État territorial. Il est vrai que ce n'est nullement exprimé expressément, mais, pour ne prendre qu'un exemple, l'exigence d'un tribunal régulièrement constitué qui figure à l'article 3 commun ne peut qu'être interprétée, à la lumière des droits humains, comme requérant un tribunal établi par la loi. Or des tribunaux constitués par un groupe armé ne seront jamais établis par la loi de l'État territorial et, ce faisant, violent par définition cette dernière. Un jugement suédois a suggéré que le groupe armé continue à faire fonctionner les tribunaux existants¹⁹. Le plus souvent, cependant, leur personnel a préféré prendre la fuite lorsque le groupe armé a pris le contrôle, les juges étant

¹³ Deborah CASALIN, Taking prisoners : reviewing the international humanitarian law grounds for deprivation of liberty by armed opposition groups, *International Review of the Red Cross* 2011, p. 756.

¹⁴ Voir, p.ex., art. 43 et 55 du Règlement de la Haye (note 9).

¹⁵ International Legal Assistance Consortium (ILAC), Rule of Law Assessment Report, Syria 2017, p. 77-80.

¹⁶ Katharine FORTIN, The Application of Human Rights Law to Everyday Civilian Life Under Rebel Control, *Netherlands International Law Review* 2016, p. 167 et 172-177 ; Geneva Call, Positive Obligations (note 4), p. 9.

¹⁷ Stathis KALYVAS, *The Logic of Violence in Civil War*, Cambridge 2009, p. 70.

¹⁸ Voir Geneva Call, Positive Obligations (note 4), p. 7-12.

¹⁹ Tribunal de district de Stockholm, Cas No. B 3787-16, Jugement du 16 février 2017, mentionné en ligne sous <http://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2017/03/Stockholms-TR-B-3787-16-Dom-2017-02-16.pdf>

perçus comme des agents de l'ancien régime, ou est dépourvu de l'influence nécessaire sur le groupe armé et ses membres pour imposer le respect des décisions adoptées. Sur ce point, les Etats qui ont élaboré le Protocole II ont d'ailleurs adapté avec la plus grande prudence les garanties qu'un tribunal doit présenter à ce qu'un groupe armé peut offrir. Au lieu d'un « tribunal régulièrement constitué » exigé par l'article 3 commun, l'article 6 (2) du Protocole II n'exige qu'un « tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité » et ce nouveau texte fut, de toute évidence, choisi pour permettre aux groupes armés de constituer un tribunal²⁰ (ce qu'ils doivent tout au moins faire pour poursuivre leurs propres membres qui auraient commis des crimes de guerre). Dans ce contexte, il me semble du reste que, tout comme un tribunal étatique ne doit pas être indépendant de l'Etat, mais uniquement des pouvoirs exécutif et législatif, le tribunal d'un groupe armé peut bien appartenir au groupe du moment qu'il est indépendant des branches militaire et politique.

C. Un groupe armé est-il destinataire des droits humains ?

Si le DIH n'apporte pas de réponse à la plupart des problèmes qui se posent en relation avec l'administration d'un territoire par un groupe armé, il paraît logique de se rabattre sur les droits humains qui, eux, encadrent incontestablement l'administration d'un territoire par les pouvoirs publics. En période de conflit armé, le DIH constitue certes la *lex specialis* par rapport aux droits humains, mais uniquement pour les points sur lesquels il contient des règles (plus précises et appropriées)²¹. Dans les autres cas, ce sont les droits humains qui constituent la *lex specialis* ou, de l'avis de certains, la *lex generalis* applicable – ce qui revient au même. Il est toutefois controversé de savoir si le droit international des droits humains s'adresse également aux groupes armés. Traditionnellement on y répondait par la négative. Seuls quelques rares spécialistes estimaient alors que des entités autres que les Etats pouvaient être les destinataires directs d'obligations en matière de droits humains²². Ces dernières années, cette vue, qui reste tout de même toujours minoritaire, est de plus en plus répandue, en ce qui concerne les entreprises (multinationales) mais aussi les groupes armés²³. Ce changement est également reflété dans l'évolution de la terminologie employée par certaines institutions internationales qui dénonçaient autrefois les « abus » des droits humains commis par les groupes armés et les désignent aujourd'hui comme des « violations »²⁴. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme écrit : « La pratique du Conseil de sécurité et les rapports de certains rapporteurs spéciaux révèlent ... qu'il est de plus en plus fréquemment admis que, dans

²⁰ Voir Yves SANDOZ/Christophe SWINARSKI/Bruno ZIMMERMANN (dir.), Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève 1986, par. 4600.

²¹ Voir pour des détails Marco SASSOLI, Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? in Andreas Auer/Alexandre Flückiger/Michel Hottelier (éd.), Les droits de l'homme et la constitution, Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, Genève 2007, p. 375-395.

²² August REINISCH, The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors, in Philip Alston (éd.), Non-State Actors and Human Rights, Oxford 2005, p. 38 ; Andrea BIANCHI, Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors, in Günther Teubner (éd.), Global Law Without a State, Dartmouth 1997, p. 179.

²³ Pour les constructions juridiques possibles permettant de lier des groupes armés non-étatiques voir Andrew CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford 2006, p. 271-316 ; Daragh MURRAY, Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups, Oxford 2016, p. 167-171; Tilman RODENHÄUSER, Organizing Rebellion, Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law, Human Rights Law and International Criminal Law, Oxford 2018, p. 146-192.

²⁴ Le terme « abus » a été traditionnellement préféré par celles et ceux qui estimaient que les groupes armés ne pouvaient pas « violer » les droits humains. Voir, p.ex., Nigel S. RODLEY, Can Armed Opposition Groups Violate Human Rights Standards ? in Kathleen Mahoney/Paul Mahoney (éd.), Human Rights in the Twenty-First Century : A Global Challenge, Dordrecht 1993, p. 297. Voir pour une discussion RODENHÄUSER (note 23), p. 154 ss.

certaines circonstances, des protagonistes non étatiques peuvent également être liés par le droit international des droits de l'homme et contracter, volontairement ou non, l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre ces droits »²⁵. L'obligation de protéger et de mettre en œuvre implique sans conteste la nécessité de légiférer. Même la figure de proue de l'interétatisme westphalien qu'est le Conseil de Sécurité de l'ONU se réfère aux groupes armés comme possédant des obligations en matière de droits humains, que ce soit lorsqu'il les exhorte à respecter ces obligations ou qu'il condamne leurs violations²⁶. La pratique du Conseil des droits de l'homme et de ses procédures spéciales et commissions d'enquête en la matière est, quant à elle, inconsistante²⁷. Finalement, un traité de protection des droits humains, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, peut être considéré comme s'adressant à des groupes armés, bien que son texte indique que les groupes armés « devraient » s'abstenir de certains comportements²⁸.

Toutefois, les « circonstances » dans lesquelles des obligations en matière de droits humains pèsent sur les groupes armés restent obscures. La pratique de certains organes internationaux suggère qu'ils sont obligés au titre des droits humains tout au moins lorsqu'ils constituent des autorités *de facto* en contrôlant un territoire et en y exerçant des fonctions de gouvernement²⁹ - ce qui est précisément le cas qui nous intéresse. Tout aussi peu traitée est la question de savoir quels droits humains lient des groupes armés contrôlant un territoire³⁰. Il semble préférable que le libellé et le contenu de ces droits soient adaptés aux spécificités d'un groupe armé par rapport à celles d'un Etat³¹. Il est possible que ces obligations augmentent, sur une sorte d'échelle mobile³², selon l'intensité et la durée du contrôle territorial et des fonctions gouvernementales exercées par le groupe³³. Cela impliquerait certes que gouvernement et rebelles ne soient pas liés par les mêmes règles. Toutefois, si l'égalité des belligérants est un principe important du DIH, il est totalement absent des droits humains.

De toute évidence, les Etats acceptent plus facilement l'idée que les rebelles soient liés par des obligations négatives (par exemple celle de ne pas recruter des enfants³⁴) que par des

²⁵ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, La protection juridique internationale des droits de l'homme dans les conflits armés, Genève 2011, p. 26.

²⁶ Voir Aristoteles CONSTANTINIDES, Human Rights Obligations and Accountability of Armed Opposition Groups : The Practice of the UN Security Council, Human Rights & International Legal Discourse 2010, p. 89.

²⁷ Voir Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Academy In-Brief No 7, Human Rights Obligations of Armed Non-State Actors : An Exploration of the Practice of the UN Human Rights Council, Genève 2016 (par Annyssa BELLAL). Voir toutefois pour la pratique allant dans le sens que de telles obligations existent RODENHÄUSER (note 23), p. 164 ss. et 184 ss.

²⁸ Seira YUN, Breaking Imaginary Barriers: Obligations of Armed Non-State Actors Under General Human Rights Law – the Case of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, Journal of International Humanitarian Legal Studies 2014, p. 213, démontre que l'art. 4 (1) du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 25 mai 2000, RS 0.107.1., qui prescrit que les groupes armés non-étatiques ne "devraient" pas utiliser les enfants pour certaines tâches, était destiné à créer des obligations pleines et entières pour des groupes armés. L'art. 7 (1) de la Convention sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique, 23 octobre 2009, International Legal Materials 2010, p. 86, s'adresse également expressément aux groupes armés non-étatiques.

²⁹ Voir CONSTANTINIDES (note 26), p. 101-3.

³⁰ Yaël RONEN, Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors, Cornell International Law Journal 2013, p. 22 ; Geneva Call et Project Education, *in* Insecurity and Conflict, Report : PEIC/Geneva Call Workshop on Education and Armed Non-State Actors: Towards a comprehensive agenda, Genève 2015, p. 26.

³¹ Geneva Call, Positive Obligations (note 4), p. 10; RONEN (note 30), p. 30-31; MURRAY (note 23), p. 172-202, suggèrent une application graduée des droits humains aux groupes armés et MURRAY, *ibid.*, p. 205-271, teste cette idée avec l'exemple des droits à un procès régulier, du droit de ne pas être arbitrairement détenu et du droit à la santé.

³² Geneva Call, Positive Obligations (note 4), p. 11.

³³ Voir RONEN (note 30), p. 31-32 ; Katharine FORTIN, The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law, Oxford 2017, p. 240-84 ; MURRAY (note 23), p. 120-54.

³⁴ Voir Nations Unies, Conseil de Sécurité, Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, 26 novembre 2002, Doc NU S/2002/1299, par. 3 ; Conseil des droits de l'homme, Rapport annuel de la

obligations positives (par exemple en matière de santé ou d'éducation dans un territoire contrôlé par le groupe), qui constituent à leurs yeux des prérogatives de la puissance publique³⁵.

II. Le droit interne d'un groupe armé

A. Nécessité

Le droit international des droits humains tend à exiger une base légale pour toute activité étatique ayant un impact sur les droits humains. Une activité gouvernementale doit être régie par des règles, sans quoi elle est nécessairement arbitraire. Seules des règles générales et abstraites peuvent assurer l'égalité de traitement entre les justiciables, la prévisibilité de l'action des gouvernants et la sécurité juridique³⁶. Le Secrétaire général des Nations Unies écrit à juste titre : « Le concept d'« état de droit » ou de « légalité » désigne un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme »³⁷.

C'est à l'aide de règles que les groupes armés peuvent influencer le comportement futur des habitants d'un territoire qu'ils contrôlent. Ce contrôle s'exerce souvent par la menace d'une peine en cas de non-respect, mais un crime jugé et une peine prononcée sans législation préalablement applicable violeraient les principes *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege*. Ces principes sont expressément répétés par le DIH³⁸. Dans la mesure où le groupe armé a l'obligation de protéger les droits humains des individus qui se trouvent sur le territoire qu'il contrôle, il doit également pouvoir adopter la législation nécessaire à cette fin. Les titulaires d'obligations doivent toujours se voir reconnaître les compétences requises pour s'en acquitter. Même le DIH, incontestablement applicable à des groupes armés, est considéré comme exigeant du commandant, y compris dans un CANI, de réprimer pénalement les crimes de guerre de ses subordonnés³⁹. Pour que ses commandants puissent se conformer à cette obligation, le groupe doit obligatoirement pouvoir légiférer.

B. Possibilités

Un groupe armé peut tout d'abord appliquer la législation existante, y compris les compétences réglementaires qui y sont prévues, même si cette législation limite de toute évidence de telles compétences aux agents de l'État. Un groupe armé ne procédera que très rarement à l'administration d'un territoire qu'il contrôle à travers ses propres membres. En général, l'administration se fait « par un ensemble de personnes qui constituent

Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, Radhika Coomaraswamy, 3 septembre 2010, Doc NU A/HRC/15/58, par. 16.

³⁵ Geneva Call et Project Education (note 30), p. 26.

³⁶ TANQUEREL (note 2), p. 149-150.

³⁷ Nations Unies, Conseil de Sécurité, Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, Rapport du Secrétaire général, Doc. N.U. S/2004/616 (23 août 2004), par. 6

³⁸ Art. 6(2)(c) Protocole II ; HENCKAERTS/DOSWALD-BECK (note 12), Règle 101.

³⁹ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK (note 12), Règle 153.

l'administration en tant qu'organisation »⁴⁰ mais le groupe armé lui donne des instructions hiérarchiques. L'administration peut également être confiée à la branche civile du groupe. Certaines tâches administratives continuent même d'être remplies par l'administration étatique, sous la supervision du gouvernement et financée par celui-ci⁴¹. L'État conserve en effet ses obligations positives en matière de droits humains à l'égard d'une partie de son territoire qu'il ne contrôle plus⁴².

Nous avons vu ci-dessus que les groupes armés peuvent être réticents à continuer à appliquer une législation qu'ils perçoivent comme celle du gouvernement qu'ils combattent. Dans tous les cas, un groupe armé doit pouvoir introduire une nouvelle législation dans la mesure où cela est nécessaire pour respecter ses obligations en matière de DIH et droits humains (y compris pour protéger les droits humains des habitants contre d'autres habitants) ainsi que gouverner le territoire en l'absence des autorités gouvernementales. Reste la difficulté que toute nouvelle législation introduite par un groupe armé implique une grande insécurité juridique pendant la phase transitoire et des risques d'application rétroactive de cette législation, sans compter les obstacles susceptibles d'être rencontrés lorsque le groupe cherchera à porter la législation nouvellement édictée à la connaissance de celles qui y sont soumises⁴³.

Selon une compréhension actuelle de la primauté du droit, soit de l'exigence que l'activité étatique soit régie par le droit, idéal que les anglo-saxons appellent la « *rule of law* », il ne suffit pas qu'il y ait des règles générales et abstraites. Le respect des droits humains fait partie intégrante du contenu matériel du principe de légalité⁴⁴. Comme nous l'avons vu, les droits humains, conçus originairement comme s'adressant aux États, doivent être considérés comme liant aussi les groupes armés. Ils doivent toutefois être interprétés vis-à-vis de ces groupes en veillant à ne rien exiger d'eux qu'ils ne peuvent respecter.

C. Obstacles et solutions

Admettre qu'un groupe armé puisse légiférer se heurte tout d'abord à l'idée que légiférer est une compétence réservée au souverain (qui découle de la souveraineté). Un groupe armé n'est pas souverain et les justiciables ne sont aucunement tenus de suivre une telle législation. Une législation édictée par un groupe armé repose uniquement sur un pouvoir de fait. Le gouvernement et les États tiers n'ont certainement aucune obligation de la reconnaître ou lui donner effet. Toutefois, en conformité avec la jurisprudence concernant des présences illégales ou des entités non reconnues, cette non reconnaissance « ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire »⁴⁵. En général, une telle législation n'a d'effet que là où le groupe armé peut l'imposer en fait et exempt simplement le groupe armé du reproche d'avoir agi sans base légale. Comme le groupe ne dispose d'aucune compétence territoriale, mais uniquement d'un pouvoir de fait, sa législation ne peut s'appliquer qu'aux actes commis (ou ayant des effets) sur le territoire qu'il contrôle, après

⁴⁰ TANQUEREL (note 2), p. 23.

⁴¹ Voir FORTIN, The application (note 16), p. 165-166, avec références

⁴² ACEDH Ilascu et autres c. Moldova et Fédération de Russie, du 8 juillet 2004, par. 392.

⁴³ Voir Human Rights Watch (note 4), III. Due Process Violations, Shifting Laws.

⁴⁴ Voir Commission internationale de juristes, Le principe de la légalité dans une société libre, Rapport sur les travaux du Congrès international de juristes tenu à New Delhi, janvier 1959, Genève 1959 ; Nations Unies, Rétablissement de l'état de droit (note 37), par. 6 ; TANQUEREL (note 2), p. 150.

⁴⁵ Cour internationale de Justice, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif C.I.J. Recueil 1971, p. 16, par. 125. Voir aussi dans le même sens ACEDH *Chypre c. Turquie*, du 10 mai 2001, par. 90.

l'adoption de cette législation. En outre, conformément à l'exigence d'un commandement responsable posée par le DIH⁴⁶, qui implique un système de discipline interne, le groupe doit (et doit donc pouvoir) légiférer à l'encontre de ses membres, où qu'ils se trouvent. Compte tenu du principe de compétence universelle pour les crimes de guerre, la législation peut également couvrir les crimes de guerre, y compris ceux commis par des adversaires qui n'étaient pas encore au pouvoir du groupe et avant même que la législation soit adoptée par le groupe. Normalement, et si l'État a mis en œuvre ses obligations internationales en matière de crimes de guerre, le même résultat peut être atteint en appliquant la législation de l'État territorial.

L'adoption d'une telle « législation » par un groupe armé se heurte également à l'idée, codifiée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, que la « volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics »⁴⁷. Rares sont les groupes armés issus d'élections. Rares aussi sont les groupes armés qui possèdent un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif distincts. L'exigence d'une base légale formelle, aussi relative soit-elle en droit administratif⁴⁸, ne peut être transposée dans la réalité d'un groupe armé. L'aspect démocratique du principe de légalité⁴⁹ n'est pas en mesure de s'adresser à un groupe armé. Il doit donc être suffisant que la règle soit générale et abstraite, qu'elle émane d'une autorité compétente du point de vue du groupe armé, qu'elle ne régie que des cas futurs et qu'elle soit rendue publique. Comme nous l'avons vu, selon une compréhension contemporaine de la « *rule of law* », cette législation doit également respecter les droits humains, réinterprétés au vu des réalités d'un groupe armé.

Conclusion

Comme tout ce qui fait l'objet d'une réglementation par le droit des conflits armés, une législation adoptée par un groupe armé et encore davantage l'administration d'un territoire par ce dernier constituent non pas une solution idéale mais une réalité pratique. Elles ne sauraient correspondre à ce que l'on attend d'une administration, tant du point de vue des droits humains que de la démocratie. Comme le fait de blesser des soldats ou de les interner, l'administration d'un territoire par un groupe armé est néanmoins une conséquence inévitable d'un CANI. Le droit international a autant de chances de réussir à l'interdire explicitement ou implicitement, par des exigences qu'un groupe armé ne peut pas remplir, qu'il aurait à interdire les CANIs. Les seules alternatives qui lui restent sont d'ignorer le phénomène, en laissant les victimes sans protection juridique, ou de le réglementer. Les États qui ont codifié le DIH ont fait le choix de l'ignorer. On peut tout au plus tirer quelques conclusions implicites des règles existantes. Lorsqu'une réalité n'est pas réglementée, les juristes ont pour habitude d'y appliquer par analogie la réglementation d'un phénomène aussi similaire que possible, en tenant compte des différences factuelles entre les deux phénomènes⁵⁰. L'analogie avec les règles sur l'occupation militaire dans les CAIs est à première vue séduisante, mais nous avons vu qu'une telle tentative est mort-née pour des motifs conceptuels et ne sera jamais acceptée par celles qui devraient l'appliquer. Reste donc l'analogie avec les exigences que posent les

⁴⁶ Art. 1 (1) du Protocole II.

⁴⁷ Assemblée générale de l'ONU, Résolution 217 A (III), Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948), art. 21 (3).

⁴⁸ Georg MÜLLER, Funktionen des Legalitätsprinzips im Organisationsrecht, in Berchtold Dorothee/Albert Hofmeister (éd.), Die öffentliche Verwaltung im Spannungsfeld zwischen Legalität und Funktionsfähigkeit, Berne 1995, p. 23.

⁴⁹ TANQUEREL (note 2), p. 150.

⁵⁰ Sur le raisonnement par analogie en droit et en droit international et ses limites voir Lloyd L. WEINREB, Legal Reason : The Use of Analogy in Legal Argument, 2^e éd., Cambridge 2016 ; Silja VÖNEKY, Analogy in International Law in Rüdiger Wolfrum (éd.), Max-Planck Encyclopedia of Public International Law, vol. I, Oxford 2008, p. 374-380.

droits humains à l'administration d'un État. Ces exigences doivent toutefois être adaptées aux spécificités d'un groupe armé.

En matière de législation plus spécifiquement, un groupe armé doit pouvoir légiférer pour satisfaire certaines prescriptions du DIH mais, surtout, celles que renferment les droits humains. Il est dans son intérêt d'adopter une législation pour pouvoir gouverner les habitants d'un territoire et ces habitants ont tout intérêt à ce qu'il en adopte une. Sans règles générales et abstraites, ils seront livrés à l'arbitraire. Une législation édictée par un groupe armé est à même de remplir les fonctions de sécurité juridique et de prévisibilité du principe de légalité. Elle peut également respecter les droits humains, ce qui est aujourd'hui considéré comme faisant partie de la « *rule of law* ». En revanche, la grande majorité des groupes armés ne seront pas en mesure de satisfaire l'aspect démocratique du principe de légalité et donc l'exigence d'une base légale formelle.

Tout cela nécessite une réflexion visant à trouver des solutions pratiques, qui sont, une fois qu'on descend du niveau conceptuel et philosophique au niveau technique, similaires à celles que doivent trouver les États, dans cette situation, il est vrai, très instable, fragile et imprévisible que constitue un conflit armé. La majorité des groupes armés n'ont malheureusement pas à disposition un enseignant, expert et juge comme Thierry Tanquerel pour leur dispenser des conseils en la matière. Néanmoins, nous ne recommandons pas à Thierry Tanquerel de s'engager dans cette voie pendant sa retraite, car nous ne voudrions pas le voir la passer en prison. Tous les groupes armés sont considérés comme terroristes par les États qu'ils combattent ainsi que, souvent, par les organisations internationales, composées d'États. Conseiller un groupe armé sur la façon d'administrer au mieux un territoire qu'il contrôle sera donc inévitablement considéré comme un soutien punissable au terrorisme, même si le seul but d'un tel conseil est de faire respecter, tant que faire se peut, les droits humains⁵¹.

⁵¹ Voir pour les États-Unis la Cour suprême, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010), 130 S.Ct. 2705 (concernant la formation en DIH d'un groupe terroriste), et pour la Suisse le Conseil fédéral qui propose de modifier le texte actuel de l'art. 260ter (1)(2) CP qui incrimine « celui qui aura soutenu une organisation [criminelle] dans son activité criminelle » pour incriminer dorénavant tout soutien à l'activité d'une organisation (terroriste) (voir projet d'Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime, présenté le 14 septembre 2018, en ligne <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2018/2018-09-14.html>).