UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre | 2015 | Accepted version | Open Access

This is an author manuscript post-peer-reviewing (accepted version) of the original publication. The layout of the published version may differ .

Le principe de précaution dans la guerre aérienne

Sassòli, Marco

How to cite

SASSÒLI, Marco. Le principe de précaution dans la guerre aérienne. In: Guerre aérienne et droit international humanitaire. Anne-Sophie Millet-Devalle (Ed.). Paris : Editions A. Pedone, 2015. p. 75–130.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:73931

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

LE PRINCIPE DE PRECAUTION DANS LA GUERRE AERIENNE

Par Marco Sassòli*

TABLE DE MATIERES

I. Introduction

II. Questions préliminaires
- 1. Le Manuel du HPCR
- 2. Droit conventionnel et droit coutumier
- 3. Guerre sur terre, guerre en mer et guerre dans les airs
- 4. Applicabilité des mêmes règles dans les conflits armés internationaux et non internationaux

III. Précautions dans l'attaque
- 1. Principe
  - a. Droit conventionnel et droit coutumier
  - b. Pratique spécifique aux bombardements aériens dirigés contre des objectifs sur terre
  - c. Application du même principe à la guerre air-air
    - i. Précautions en faveur des civils et des biens de caractère civil dans les airs
    - ii. Précautions au bénéfice des civils et biens de caractère civil sur terre
  - d. Que signifie l'expression « pratiquement possible »?
    - i. Quels facteurs doivent être pris en compte?
    - ii. Obligation d'utiliser de la technologie précise?
    - iii. Est-ce que les risques encourus par les forces armées de l'attaquant ont un impact sur la faisabilité des mesures de précautions?
    - iv. Faisabilité évoluant avec l'expérience
  - e. Qu'est-ce qui doit être évité ?
  - f. Relation entre le principe et les règles précises
- 2. Obligation de vérifier
  - a. Fondement conventionnel, coutumier ou découlant de la simple logique juridique ?
  - b. Application à la guerre aérienne
  - c. Qui et comment?
  - d. Qu'est-ce qui doit être vérifié?
    - i. Vérification que la cible est un objectif militaire
    - ii. Vérification que la cible n'est pas protégée par le DIH
    - iii. Vérification que le principe de proportionnalité est respecté
- 3. Obligation de choisir la cible appropriée lorsqu'un choix entre plusieurs objectifs militaires existe
  - a. Règles conventionnelles, principes généraux et droit coutumier général
  - b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne
- 4. Obligation de choisir les moyens et méthodes d'attaque appropriés

---

* Professeur et Directeur du Département de droit international public et organisation internationale de l'Université de Genève. L'auteur aimerait remercier ses (anciens) assistant-e-s aux Universités de Genève et du Québec à Montréal, Eric Corthay, Lindsey Cameron, Caroline Buteau et Djemila Carron, pour leurs recherches approfondies, leurs idées et critiques ainsi que d'avoir révisé ce texte.

a. Traités, principes généraux et droit coutumier général
b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne
c. Rapport entre l'obligation d'éviter et l'obligation de minimiser
d. Moyens
i. Les armes à sous-munition
ii. Les drones et les engins autonomes ou intelligents
e. Méthodes
5. Obligation d'interrompre une attaque quand il devient évident qu'elle est illégale
a. Traités, principes généraux et droit coutumier général
b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne
6. Obligation de donner un avertissement en temps utile
a. Traités et droit coutumier général
b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne
c. Moment, méthodes et contenu de l'avertissement
d. Cas où un avertissement n'est pas possible
7. Qui sont les destinataires des obligations mentionnés plus haut ?

IV. Précautions qui doivent être prises par la partie attaquée
1. Interdiction d'utiliser des civils et certains autres objets et personnes pour protéger des objectifs militaires contre les attaques
a. Statut de l'interdiction
b. Signification de l'interdiction
c. Conséquences d'une violation pour la partie qui attaque
2. Protection de la population civile – une responsabilité partagée entre la Partie qui attaque et la Partie attaquée?
a. En général
b. En particulier pour les aéronefs
3. Obligation de protéger les civils et les biens de caractère civil contre les effets des attaques
a. Obligation générale de prendre des mesures pour protéger les civils et les biens de caractère civil contre les dangers des attaques aériennes
b. Obligation d'éviter de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées
c. Obligation d'éloigner les civils et les biens de nature civil du voisinage des objectifs militaires
d. Précautions passives à être prises par les aéronefs civils

V. Réflexions conclusives

I. Introduction

Comme dans tout autre type de guerre, la règle la plus importante concernant la conduite des hostilités dans la guerre aérienne est que seuls des objectifs militaires peuvent être attaqués. Aussi, si une attaque est dirigée contre un objectif militaire, elle ne devient pas illégale du simple fait qu'elle touche également des civils ou des biens de caractère civil. Cette affirmation reste correcte même lorsque les pertes civiles incidentes d'une attaque étaient prévues ou prévisibles pour autant que l'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ces dommages soient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu de l'attaque. Néanmoins, même lors d'attaques licites, des mesures de précaution doivent être

prises par la partie qui attaque et par la partie attaquée en vue d'éviter (dans la mesure du possible) ou de réduire au minimum les effets incidents de la conduite des hostilités sur des personnes et objets qui ne sont pas des objectifs légitimes. Comme le pose correctement le pamphlet de l'armée de l'air des Etats-Unis: "[p]recautionary measures are not a substitute for the general immunity of the civilian population, but an attempt to give effect to the immunity of civilians and the requirements of military necessity"[1].

Dans cette contribution, nous aborderons tout d'abord des questions préliminaires, comme la relation entre droit conventionnel et coutumier dans ce domaine, la valeur du Manuel du HPCR sur la guerre aérienne, ainsi que la question de savoir si les mêmes règles s'appliquent d'une part sur terre, sur mer et dans les airs et, d'autre part, dans les conflits armés internationaux et non internationaux.

Avant d'aborder les mesures de précautions individuelles que l'attaquant doit prendre, nous présenterons certaines questions générales qui se posent en la matière, comme les précautions en faveur des civils et des biens de caractère civil dans les airs ou les précautions à prendre dans la guerre air-air au bénéfice des civils et biens de caractère civil sur terre. Quant aux facteurs déterminant quand une précaution est pratiquement possible, nous nous demanderons en particulier si une partie a une obligation d'utiliser des armes de précision, si elle peut tenir compte des risques qu'une précaution comporte pour ses propres forces et si l'expérience influence ce qui est pratiquement possible.

Finalement, et ceci sera le cœur de cette contribution, nous analyserons les différentes mesures de précaution, que l'attaquant et l'attaqué doivent prendre, en suivant l'ordre des articles 57 et 58 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève (ci-après : Protocole I). Pour chaque mesure, nous déterminerons quelle est la règle, y compris en droit coutumier, comment elle a été interprétée de façon générale, mais surtout comment elle a été appliquée dans la guerre aérienne et quels problèmes spécifiques s'y posent, en particulier dans des hostilités air-air. Y seront donc analysées : l'obligation de vérifier que l'objectif est militaire et que l'attaque est licite ; l'obligation de choisir la cible appropriée lorsqu'un choix entre plusieurs objectifs militaires existe ; l'obligation de choisir les moyens et méthodes d'attaque appropriés (ce qui permettra également une discussion de la légalité de l'utilisation de drones); l'obligation d'interrompre une attaque quand il devient évident qu'elle est illégale ; l'obligation de donner un avertissement en temps utile ; et enfin les précautions qui doivent être prises par la partie attaquée.

II. Questions préliminaires

1. Le Manuel du HPCR

D'autres contributions à cet ouvrage clarifient l'historique de la réglementation de la guerre aérienne ainsi que ses sources contemporaines. Nous n'y reviendrons pas. Nous aimerions ici brièvement commenter le statut du Manuel produit par le "Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University (HPCR)" sur la guerre aérienne et la guerre des missiles[2] (ci-après : Manuel du HPCR), Manuel auquel nous nous référerons par la suite à de nombreuses reprises et dont nous avons contribué à l'élaboration. Au travers de ce Manuel, un

[1] Voir *US Air Force Pamphlet 110-31*, 19 novembre 1976, p. 5-3 (c) (2).

[2] Voir Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University (HPCR), *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* [ci-après: Manuel HPCR], Berne, 15 mai 2009, disponible sur: http://www.ihlresearch.org/amw/manual/

groupe d'experts a tenté de reformuler le droit applicable à la guerre aérienne - comme cela avait été fait dans le Manuel de San Remo au sujet de la guerre sur mer[3] (ci-après : Manuel de San Remo) - en tenant compte de l'évolution des technologies et de la pratique des principales armées de l'air. Le rôle important joué par les représentants des principales forces aériennes a été plus problématique lors de l'élaboration de ce Manuel que celui joué par les représentants des principales forces navales lors de la rédaction du Manuel de San Remo. Ceci s'explique par le fait que la guerre aérienne touche plus fréquemment et plus directement les civils des pays qui n'ont pas de forces aériennes puissantes que la guerre sur mer ne touche les civils des pays sans marine. Le Manuel du HPCR est néanmoins l'expression d'un consensus entre experts militaires et humanitaires – ce qui, souvent, n'a permis d'y faire figurer que le plus petit dénominateur commun, notamment dans le domaine crucial de la protection de la population civile sur terre contre les attaques aériennes. Dans le domaine moins politisé et plus technique des hostilités air-air, il a tout de même permis des clarifications importantes et quelques innovations.

2. Droit conventionnel et droit coutumier

Cette contribution prendra les règles relativement détaillées en matière de précautions contenues dans les articles 57 et 58 du Protocole I comme point de départ, et ceci à deux titres. Premièrement, nous le verrons, ces dispositions s'appliquent aux attaques aériennes dirigées contre des objectifs sur terre de manière conventionnelle pour les 172 Etats parties au Protocole I. Toutefois, des Etats importants, souvent impliqués dans des guerres aériennes, comme les Etats-Unis, Israël, la Turquie, l'Iran et l'Iraq ne sont pas parties à ce Protocole. Pour ces Etats, et pour tous les Etats en ce qui concerne des hostilités air-air, il est donc également approprié d'identifier les obligations qui découlent du droit coutumier (ou du droit international général). Pour analyser si une règle est de nature coutumière, nous prendrons en compte les déclarations faites par les Etats belligérants et non belligérants, tant bien sur des règles *in abstracto* que sur des cas concrets. Néanmoins, l'existence d'une règle de droit coutumier ne sera pas admise si la pratique effective des Etats est clairement en contradiction avec la règle en question. Dans cette identification du droit international coutumier – et cela constitue la seconde raison pour prendre les dispositions du Protocole I comme point de départ - ce travail prendra notamment en compte le fait généralement accepté que le droit international coutumier est influencé par les dispositions conventionnelles, leur négociation, leur adoption et la pratique ultérieure des Etats Parties et non Parties à ces traités[4]. Dans notre domaine tout au moins, il n'est pas étonnant que l'étude du CICR sur les règles du droit international humanitaire coutumier mène à la formulation de règles coutumière qui correspondent substantiellement en tout point à celles des articles 57 et 58 du Protocole I[5]. On notera également avec satisfaction que les règles du Manuel de HPCR reformulent en grande

[3] Voir « Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer », 12 juin 1994, préparé par des juristes et des experts navals convoqués par l'Institut international de droit humanitaire de San Remo [ci-après: Manuel de San Remo], *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 77, n° 816, 1995, p. 649-694, disponible sur: www.cicr.org

[4] Voir CIJ, arrêt du 20 février 1969, *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord*, § 60-76, et pour un cadre théorique, Marco SASSÒLI, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht, mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1990, p. 82-222.

[5] Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK (éd.), *Droit international humanitaire coutumier, Volume I: Règles*, Bruxelles: Bruylant, 2006, Règles 15-24. La pratique étayant le caractère coutumier de ces règles, régulièrement mise à jour, peut être trouvée en anglais à l'adresse suivante: http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul. Nous nous y référons dans cette contribution par la mention « Etude du CICR », l'indication de la règle et le cas échéant le commentaire publié précité et/ou la pratique disponible en ligne, avec indication du pays dont elle provient.

partie celles du Protocole I, avec quelques omissions regrettables[6] mais aussi d'utiles clarifications[7].

3. Guerre sur terre, guerre en mer et guerre dans les airs

Traditionnellement, les attaques aériennes, même lorsque dirigées contre des objectifs sur terre, étaient régulées par le droit de la guerre aérienne, un droit considéré comme distinct de celui de la guerre sur terre[8]. Aujourd'hui, l'article 49 (3) du Protocole I stipule que les dispositions sur la protection de la population civile et des biens de caractère civil contre les effets des hostilités, dont font partie les articles 57 et 58 sur les mesures de précaution, s'appliquent « à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs ». Si d'autres aspects de cette disposition ont fait l'objet de controverses[9], il n'est pas contesté que les dispositions du Protocole I sur la protection de la population civile et des biens de caractère civil contre les effets des hostilités s'appliquent aux bombardements aériens dirigés contre des objectifs sur terre. Lors de la conférence diplomatique qui a élaboré le Protocole I, aucun État ne remit en question l'idée que ses règles devraient s'appliquer au moins à ces attaques[10], unanimité qui a également un impact sur le droit coutumier. En droit coutumier également, à notre avis, les mêmes règles s'appliquent aux attaques visant des objectifs terrestres, y compris lorsque ces attaques sont menées depuis l'espace aérien. Tout d'abord, avec la technologie moderne, une partie peut utiliser aussi bien ses forces aériennes, ses missiles ou son artillerie pour attaquer une cible. Ensuite, malgré le fait que la plupart des débats sur le droit de la conduite des hostilités auxquels ont participé ces dernières années les États, les ONGs, le Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et la doctrine, ont porté principalement sur les attaques aériennes, aucun manuel postérieur aux années 60, aucun document, ni aucun auteur de doctrine traités dans cet article ne prétend que le droit applicable aux attaques terrestres depuis les airs serait différent. A titre d'exemple, le Rapport du Département de la Défense des États-Unis sur la conduite de la guerre du Golfe en 1991 examine la question du choix des objectifs en analysant surtout des cas où il s'agissait en fait de bombardements aériens, mais n'établit aucune distinction entre attaques aériennes, attaques par missiles et attaques d'artillerie. En outre, il fait exclusivement référence au droit de la guerre sur terre, y compris à l'art. 23(g) du Règlement de la Haye, et applique, ou critique (indifféremment pour la guerre aérienne et

---

[6] Que l'on compare, par exemple, les articles 35(3) et 55 du Protocole I sur l'environnement naturel avec les Règles 88-89 du Manuel HPCR (*supra* note 2).

[7] Voir par exemple, *ibid.*, Règles 22-24 sur les objectifs militaires.

[8] Voir « Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées par une Commission de Juristes à La Haye », décembre 1922-février 1923 [ci-après: Règles de la Haye sur la guerre aérienne], Articles 22-26, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 30, 1923, p. 1-9. Reproduits dans Dietrich SCHINDLER et Jiri TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève: CICR et Institut Henry Dunant, 1996, p. 283.

[9] Pour la controverse sur l'application (et l'étendue de l'application) des dispositions du Protocole I à la guerre navale, voir Henri MEYROWITZ, « Le protocole additionel I aux Conventions de Genève de 1949 et le droit de la guerre maritime », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 89, 1985, p. 254, et Elmar RAUCH, *The Protocol Additional to the Geneva Conventions for the Protection of Victims of International Armed Conflicts and the United Nations Convention on the Law of the Sea: Repercussions on the Law of Naval Warfare*, Berlin: Duncker & Humblot, 1984, p. 57.

[10] Voir *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève, 1974-1977)* [ci-après: Actes de la Conférence diplomatique], Berne: Département politique fédéral, 1978, vol. XIV, p. 13-25 et 85, et en particulier *ibid.*, vol. XV, p. 263. Un groupe de travail a rapporté au comité compétent de la conférence qu'il était unanime sur le fait que les règles devraient au moins couvrir les opérations militaires aériennes contres des personnes et des biens sur terre.

terrestre) certaines dispositions du Protocole I[11]. De plus, un manuel de l'armée de l'air des Etats-Unis reprend presque toutes les règles du Protocole I sans en changer un seul mot[12].

Quant aux attaques aériennes dirigées contre des objectifs en mer, le Manuel de San Remo, le plus récent texte sur le droit de la guerre sur mer, mentionne, à la Règle 46, des mesures de précaution, reprenant le libellé de l'article 57 du Protocole I. Il s'agit d'une indication que les principes applicables à toute conduite des hostilités devraient être les mêmes.

Reste les attaques aériennes dirigées contre des cibles qui se trouvent dans les airs. La question de savoir si les mêmes mesures de précaution doivent être prises *mutatis mutandis* dans ce cas sera analysée dans une sous-section sur le principe de précaution. Les considérations spécifiques à chaque mesure de précaution seront quant à elles mentionnées dans les paragraphes dédiées à chacune de ces mesures.

4. Applicabilité des mêmes règles dans les conflits armés internationaux et non internationaux

C'est un lieu commun d'affirmer que la plupart des conflits armés sont aujourd'hui non internationaux, soit qu'ils se déroulent à l'intérieur d'un pays entre des forces gouvernementales et des insurgés ou entre divers groupes armés non étatiques, soit que des forces étrangères conduisent des hostilités avec l'accord du gouvernement territorial reconnu. À l'origine et dans les traités, les conflits armés non internationaux sont régis par des règles beaucoup plus sommaires, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et le Protocole additionnel II, qui ne contiennent aucune règle en matière de précautions dans l'attaque ou contre les effets des attaques. Toutefois, on le sait, depuis vingt ans, le droit des conflits armés non internationaux se rapproche du droit des conflits armés internationaux. Ce rapprochement s'opère de diverses façons : à travers la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda[13] et sur la base de leur analyse du droit international coutumier[14] ; dans la définition des crimes du Statut de la Cour pénale internationale[15] ; par le fait que les États ont accepté que les traités récents relatifs aux armes et à la protection des biens culturels soient applicables aux deux catégories de conflits[16]; sous l'influence croissante du droit international des droits humains ; et par les conclusions de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier[17]. Cette étude établit en effet que 136 (voire 141) des 161 règles de ce droit, dont beaucoup sont inspirées par des règles du Protocole I – qui porte, en tant que traité, sur les conflits armés internationaux – s'appliquent également aux conflits armés non internationaux. En matière de précautions dans et contre les

---

[11] Etats-Unis, The Air Campaign (Chapitre VI), in *Conduct of the Persian Gulf War* [ci-après: Etats-Unis, Conduct of the Persian Gulf War/Final Report], Final Report to Congress, avril 1992, p. 153, disponible sur: http://www.ndu.edu/library/epubs/cpgw.pdf

[12] Voir *US Air Force Pamphlet 110-31*, *supra* note 1, p. 5-7.

[13] Voir en particulier la fameuse affirmation du TPIY dans TPIY, arrêt du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, § 97, selon laquelle « dans le domaine des conflits armés, la distinction entre conflits entre Etats et guerres civiles perd de sa valeur en ce qui concerne les personnes. »

[14] Voir en particulier *ibid*., § 96-136.

[15] Comparer l'art. 8(2) (a) et (b) et l'art. 8(2) (c) et (e) du Statut de la Cour Pénale Internationale, 17 juillet 1998.

[16] Voir l'Amendement à l'article 1 (particulièrement les paragraphes 2 et 3) de 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, afin d'étendre la Convention aux situations de conflits armés non internationaux. Voir aussi l'article 19 de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954.

[17] Voir *Etude du CICR*, *supra* note 5.

attaques, toutes les règles sont les mêmes dans les deux types de conflits[18]. Même le Commentaire du Manuel du HPCR, qui avait une approche au droit coutumier beaucoup plus restrictive que celle du CICR, conclut que toutes ses règles en matière de précautions s'appliquent également dans les conflits armés non internationaux[19], à l'exception d'une seule règle qui se réfère à la neutralité, institution qui n'existe pas dans les conflits armés non internationaux[20]. Les deux domaines principaux dans lesquels des différences subsistent en DIH entre conflits armés internationaux et non internationaux, l'absences du statut de combattant et de territoires occupés (la première différence ayant également des conséquences considérables en matière de conduite des hostilités contre des personnes), n'ont pas d'importance en matière de précautions dans la guerre aérienne. Enfin, même le soussigné, qui rappelle toujours qu'à la différence du DIH des conflits armés internationaux, le DIH des conflits armés non internationaux s'adresse également aux acteurs armés non étatiques, et qui souligne la nécessité qui en résulte de vérifier à chaque fois le réalisme du résultat pour un groupe armé, avant d'interpréter une règle, de l'appliquer par analogie aux conflits armés non internationaux ou de prétendre qu'elle est coutumière[21], doit admettre que cette admonestation n'a pas d'importance pratique en matière de précautions dans la guerre aérienne. En effet, très rares sont les cas dans lesquels un groupe armé dispose de forces aériennes, et s'il en disposait, ses possibilités de respecter les règles dépendraient beaucoup moins de son statut non-étatique que des technologies dont il disposerait, problème que nous discuterons dans cette contribution.

III. Précautions dans l'attaque

On peut distinguer trois catégories de mesures de précaution dans l'attaque, toutes mentionnées à l'article 57 du Protocole I. La première catégorie pose le principe que des précautions dans l'attaque doivent être prises (alinéas 1 et 4). La deuxième a pour but d'assurer que l'interdiction d'attaquer des objectifs non militaires (ou de provoquer des pertes civiles incidentes excessives en attaquant des objectifs militaires) soit respectée (alinéa 2(a)(i) et (iii) ainsi que (b)). Cette catégorie regroupe notamment des règles procédurales visant à éviter des attaques délibérées ou incidentes d'objectifs non militaires (ou des attaques provoquant des pertes civiles incidentes excessives). On peut citer comme exemple l'obligation de vérifier que l'objectif soit bien militaire et d'annuler les attaques illicites. La troisième catégorie concerne les mesures qui doivent être prises lors de la conduite d'attaques licites afin d'éviter ou de réduire au minimum les pertes parmi la population civile (alinéas 2(a)(ii) et (c) ainsi que 3). Cette catégorie comprend notamment l'obligation de choisir des moyens et méthodes d'attaque présentant le moins de danger pour la population civile. On trouve aussi dans cette catégorie l'obligation d'avertir la population civile de l'attaque. Si les obligations de la deuxième catégorie peuvent être considérées comme des conséquences directes de l'interdiction d'attaquer des objectifs non militaires, il n'en va pas de même des obligations de la première et troisième catégorie. Pour ces dernières, il sera nécessaire de trouver une source distincte dans les traités ou dans le droit coutumier.

Conformément à la terminologie de l'article 49 (1) du Protocole I, le terme « attaque » sera utilisé dans cet article pour traiter d'actes de violence provenant des airs ou dans les airs, que

[18] *Ibid*., Règles 14-24.
[19] Voir HPCR, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* [ci-après: HPCR Commentary], Cambridge, 2010, p. 124 et 140, disponible sur: http://ihlresearch.org/amw/Commentary%20on%20the%20HPCR%20Manual.pdf
[20] Voir *ibid.*, p. 139.
[21] Voir Marco SASSÒLI, "Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, p. 5-26.

ces actes soient offensifs ou défensifs. Bien évidemment, afin de respecter la séparation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*, il ne sera fait aucune distinction entre les attaques menées par un Etat agissant en légitime défense ou par un Etat agresseur.

1. Principe

a. Droit conventionnel et droit coutumier

Lors d'opérations militaires, même dirigées contre des combattants ou des objectifs militaires, les mesures pratiquement possibles pour épargner la population civile doivent être prises. Si des pertes parmi la population civile ont toujours été acceptées comme effet incident possible de l'attaque d'objectifs militaires, elles ne furent jamais considérées comme des objectifs légitimes en soi (sinon le principe de distinction serait violé) mais uniquement comme un mal nécessaire. Le principe de nécessité militaire, en tant que règle prohibitive[22], implique que les pertes civiles incidentes doivent être évitées dans la mesure du possible. Une obligation spécifique de prendre des mesures de précautions pour éviter, « autant que possible », les effets incidents indésirables existait déjà à l'article 27 du Règlement annexé à la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (ci-après : Règlement de la Haye) au sujet des biens culturels et des hôpitaux, ainsi que dans les Conventions VIII et IX respectivement pour la sécurité de la navigation pacifique[23] et pour une ville entière soumise à un bombardement naval[24].

Depuis cette époque, des déclarations d'Etats, du CICR, et des manuels militaires[25] ont confirmé le principe que (1) des précautions doivent être prises pour épargner la population civile et les biens de caractère civil et que (2) les pertes incidentes et les dommages doivent être évités ou minimisés[26]. Le premier aspect de cette règle a été formulé dans l'article 57 (1) du Protocole I de la façon suivante: « Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil ». Son caractère coutumier a été reconnu dans les Règles 30 et 34 du Manuel du HPCR. Les deux aspects du principe, qui sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre, se retrouvent dans les obligations détaillées des articles 57 (2) - (4) du Protocole I et sont également présentes dans d'autres dispositions.

Lors de la Conférence diplomatique, l'article 57 dans son ensemble fut l'objet de nombreux débats. En particulier, certaines délégations refusaient de voir mentionné le principe de proportionnalité dans cet article puisque celui-ci permet les pertes civiles incidentes pour

---

[22] Gabriella VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell' uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 127-165; William V. O'BRIEN, "The Meaning of Military Necessity in International Law", *World Polity*, vol. 1, 1957, p. 138-163; Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as applied by International Courts and Tribunals, Volume 2, The Law of Armed Conflict*, Londres: Stevens, 1968, p. 135.
[23] Article 3 (1) de la Convention (VIII) relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact, 18 octobre 1907, in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 1115.
[24] Article 2 (3) de la Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, 18 octobre 1907, in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 1123.
[25] Voir à titre d'exemple Royaume-Uni, House of Commons, *Parliamentary Debates - Hansard*, déclaration du Premier ministre Sir Neville Chamberlain, vol. 337, cols. 937-938, 21 juin 1938; Résolution de l'Assemblée de la Ligue des Nations, *Protection of Civilian Populations against Bombing from the Air in Case of War*, 30 septembre 1938, in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 299; Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, *Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts*, UNGA Res. 2675 (XXV), 9 décembre 1970, in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 29; CICR, « L'action du Comité international au Moyen-Orient », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 55, n°659, 1973, p. 667-668.
[26] *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 15.

autant que celles-ci ne soient pas excessives[27]. D'autres considéraient que les paragraphes 2 et 3 étaient trop vagues[28]. Ces objections d'Etats qui désiraient une protection plus étendue ou des règles plus précises n'empêchent pas que les règles moins protectrices et plus vagues énoncées dans le Protocole I correspondent à du droit coutumier. Seule la France s'opposa de manière continue aux mesures de précautions du paragraphe 2[29] mais elle est entre-temps devenue partie au Protocole.

La pratique et les déclarations des Etats, notamment celles d'Etats non Parties au Protocole I comme les Etats-Unis (par exemple lors de la Guerre du Vietnam et de la guerre du Golfe de 1991) et Israël (lors de l'invasion du Liban en 1982), confirment le caractère coutumier de ces règles. On peut trouver d'autres preuves de la valeur coutumière de ces dispositions dans l'affaire *Tablada* de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et dans l'affaire *Kupreskič* devant le TPIY.

Par ailleurs, la doctrine considère généralement que l'article 57 (1) et (2) sont de nature coutumière[30].

b. Pratique spécifique aux bombardements aériens dirigés contre des objectifs sur terre

Pour donner un exemple concret, précisons que durant la Deuxième Guerre mondiale, spécifiquement en ce qui concerne les bombardements aériens, les Alliés prirent des mesures de précaution même s'il est vrai qu'elles furent uniquement adoptées en faveur de la population civile des pays alliés occupés par l'Allemagne[31]. Malgré cela, les Alliés ont déploré les très importantes pertes parmi les populations civiles allemandes et japonaises durant les bombardements aériens contre des villes. [32] Le responsable juridique du Département de la Défense des États-Unis insista sur le fait que des mesures très contraignantes furent prises lors des opérations aériennes au Vietnam afin d'éviter les pertes incidentes et les destructions de propriété[33]. Les forces de l'armée de l'air des Etats-Unis confirment ce principe dans un de leurs manuels[34].

c. Application du même principe à la guerre air-air

---

[27] *Actes de la Conférence diplomatique*, *supra* note 10, vol. III, p. 211 (Algérie, Egypte, Yémen, Iraq, Koweït, Libye, Maroc, Soudan, Syrie, Emirats Arabes Unis), p. 212 (Philippines), p. 235 (Roumanie), p. 236 (Ghana), p. 238 (Egypte, Jordanie, Koweït, Libye, Mauritanie, Qatar, Soudan, Emirats Arabes Unis); vol. VI, p. 237-238 (Roumanie); vol. XIV, p. 54-55 (Syrie), p. 55 (Hongrie), p. 58-59 (Ghana), p. 62-64 (République Démocratique Allemande, Roumanie), p. 67-68 (Pologne, Corée du Nord, Ouganda), p. 68 (Mauritanie), p. 75-76 (Tchécoslovaquie), p. 210-211 (Vietnam du Nord), p. 321, 323-324 (Roumanie), p. 327 (Côte d'Ivoire).
[28] *Ibid.*, vol. VI, p. 212 (Suisse, Autriche), p. 213 (Iran), p. 219 (Afghanistan), p. 230-231 (Italie).
[29] *Ibid.*, vol. VI, p. 211; vol. VII, p. 199-200.
[30] Christopher GREENWOOD, Customary Law Status of the Protocols, in Astrid J. M. DELISSEN et Gerard J. TANJA, *Humanitarian Law of Armed Conflict - Challenges Ahead: essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991, p. 111; SASSÒLI, *supra* note 4, p. 453-489, et renvois afférents.
[31] CICR, *Annexe au Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, Genève: CICR, 1958, 2ème éd., p. 163.
[32] J. M. SPAIGHT, "Legitimate Objectives in Air Warfare", *British Yearbook of International Law*, vol. 21, 1944, p. 163.
[33] Voir la lettre de J. Fred Buzhardt, Responsable juridique du Département de la Défense au Sénateur Edward Kennedy, Président du Sous-comité aux Réfugiés de la Commission juridique, in *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, p. 125. Hays Parks réfute que ces restrictions "far exceeded the requirements of the laws of war, [and] were political restrictions." Hays PARKS, "Conventional Area Bombing and the Law of War", Proceedings, US Naval Institute, *Naval Law Review*, vol. 98, 1982, p. 100. Les Etats-Unis cependant n'ont pas fait de déclaration allant dans ce sens.
[34] Voir *US Air Force Pamphlet 110-31*, *supra* note 1, p. 5-9 et 5-10.

Le présent article traite des attaques aériennes en se basant sur le Protocol I et sur la pratique relative aux attaques aériennes contre des objectifs sur terre. Comme précisé plus haut, le Protocole I, et plus particulièrement son article 57 sur les mesures de précaution, ne s'applique pas en tant que tel aux opérations air-air[35]. Il nous faut donc déterminer si, et dans quelle mesure, le principe de précaution et les règles détaillées sur les précautions s'appliquent aux attaques contre des cibles dans l'air. La question revête une importance particulière puisque ces attaques peuvent mettre en danger des civils et des biens de caractère civil tant bien dans les airs que sur terre. Comme expliqué dans le Commentaire du CICR, les hostilités entre aéronefs peuvent mettre en danger la population civile du fait que les missiles peuvent rater leur cible ou parce que des aéronefs civils peuvent se retrouver piégés au cœur des hostilités. Aussi, des affrontements entre des aéronefs ennemis peuvent avoir des répercussions sur les populations civiles sur terre – par exemple, lorsqu'un aéronef touché s'écrase[36].

Comme le soulignent Oppenheim/Lauterpacht, il est n'est pas controversé que les principes humanitaires dont l'applicabilité est incontestée dans la guerre terrestre, comme l'interdiction fondamentale des attaques directes contre des non-combattants, trouvent également application ici. Pour ces deux auteurs, chaque fois que l'on prétend qu'une dérogation à ces principes est nécessaire, sa pertinence doit être prouvée par référence soit à un accord exprès, soit au contexte spécial de la guerre aérienne[37]. Comme il sera démontré dans cet article, la plupart des mesures de précaution peuvent être logiquement dégagées de ces principes humanitaires, complétés par ceux de nécessité militaire et de proportionnalité. Ces derniers s'appliquent quant à eux de manière analogue à la guerre aérienne. Les experts ayant élaboré le Manuel de San Remo sont même arrivés à la conclusion que toutes les règles sur les précautions sont les mêmes sur terre, sur mer et dans les airs[38].

i. Précautions en faveur des civils et des biens de caractère civil dans les airs

La protection des civils et des biens de caractère civil dans les airs est un aspect traditionnel du droit de la guerre aérienne. La plupart des civils, leurs biens et installations sont néanmoins localisés sur terre. Depuis la tentative infructueuse d'Icare, tous les civils dans les airs sont forcément à bord d'un aéronef. Quant aux biens de caractère civil dans les airs, ils sont inévitablement des moyens de transport, des oiseaux ou des biens situés dans des moyens de transport.

L'article 57 (4) du Protocole I énonce que dans la guerre aérienne « 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

[35] Voir l'article 49 (3) du Protocole I, et texte accompagnant les notes 8 à 12 (*supra*).
[36] Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions d Genève du 12 août 1949* [ci-après: Commentaire Protocoles], Genève: CICR/Dordrecht: M. Nijhoff, 1986, § 2230.
[37] Lassa OPPENHEIM, *International Law - A Treatise, vol. II, Disputes, War and Neutrality*, par Hersch LAUTERPACHT, Londres/New York [etc.]: Longmans Green, 1952, 7ème éd., p. 520 (notre traduction). Une brochure de l'Armée de l'air américaine stipule que le droit des conflits armés qui a trait aux opérations aériennes n'est pas entièrement codifié. Ainsi, le droit applicable à la guerre aérienne doit découler des principes généraux, être extrapolé à partir du droit de la guerre sur terre et sur mer, ou être tiré d'autres sources, y compris de la pratique des États, qui se retrouve dans une grande variété de sources. (*US Air Force Pamphlet 110-31*, *supra* note 1, § 1-3 (c), p. 1-7, notre traduction).
[38] *HPCR Commentary*, *supra* note 19, p. 125.

éviter des pertes en vies humaines dans la population civile et des dommages aux biens de caractère civil ». Tout d'abord, le standard de « raisonnable » prévu par ce paragraphe est certainement légèrement différent et de moins grande portée que l'expression « prendre toutes les précautions pratiquement possibles » du paragraphe 2 du même article. La nuance reste cependant ténue[39]. Le paragraphe 4 est, de toute façon, beaucoup plus vague que les paragraphes 2 et 3 de l'article 57. Les obligations détaillées prescrites dans ces deux derniers paragraphes peuvent toutefois être considérées comme une formulation plus précise et détaillée du principe énoncé au paragraphe 4, étant donné qu'elles se rapportent au principe de précaution en général, tel que codifié au paragraphe 1. Finalement, la disposition se réfère explicitement aux règles existantes dans les conflits armés. Pour le CICR, le but de l'article 57 (4) est de réaffirmer ces règles pour protéger les civils dans les opérations air-air[40]. Cette disposition pourrait cependant être interprétée de manière différente. Elle pourrait par exemple être comprise comme une simple clause de sauvegarde concernant les règles applicables à la guerre aérienne[41]. Elle pourrait également être lue comme une affirmation de l'application des règles du Protocole I aux opérations air-air. Cette dernière interprétation serait néanmoins incompatible avec la définition du champ d'application de l'article 49 (3) qui exclut expressément les opérations air-air. Elle serait également contraire aux travaux préparatoires précédant l'adoption de cette disposition[42]. Au-delà de ces divergences, l'article 57 (4) nous montre que les Etats considèrent que des « précautions raisonnables » doivent être prises dans les hostilités air-air en vertu d'autres règles qui ne sont pas encore codifiées dans un traité[43].

En conclusion, même si l'on considère l'article 57 (4) comme un « accord exprès » au sens de la règle mentionnée plus haut par Oppenheim/Lauterpacht, cette disposition ne semble pas entraîner d'entorses aux principes fondamentaux applicables à la conduite des hostilités. De plus, il n'existe pas d'autres exemples d'accord exprès dans des traités et la tentative d'adopter un tel accord par les Règles de la Haye de 1922 a échoué[44]. Ainsi, toute modification des principes fondamentaux applicables aux attaques contre des cibles sur terre devra, pour reprendre à nouveau les mots de Oppenheim/Lauterpacht, être justifié par le « contexte spécial de la guerre aérienne ». Dans ce sens, les Règles de la Haye et les dispositions du Manuel du HPCR peuvent nous aider à identifier dans quelle mesure les précautions dans l'attaque doivent être adaptées à la réalité matérielle de la guerre aérienne. Comme l'expliquent également Oppenheim/Lauterpacht, on peut par exemple identifier comme une des conditions particulières de ce type de guerre le fait que le risque de surprise de la part d'aéronefs civils apparemment inoffensifs imposera probablement aux aéronefs civils des contraintes spéciales, prix de l'immunité[45].

ii. Précautions au bénéfice des civils et biens de caractère civil sur terre

Les objectifs militaires qui se situent dans les airs mais au-dessus de la terre tombent inévitablement sur terre lorsqu'ils sont atteints avec succès. On peut ainsi se demander si les

[39] *Commentaire Protocoles, supra* note 36, § 2230.
[40] *Ibid.*
[41] C'est probablement l'interprétation soutenue par Frits KALSHOVEN et Liesbeth ZEGVELD dans *Constraints on the Waging of War*, Cambridge: Univ. Press/Genève: CICR, 2011, p. 116, lorsqu'ils qualifient cette disposition de redondante.
[42] *Actes de la Conférence diplomatique, supr*a note 10, vol. XIV, p. 308 (Canada).
[43] Voir dans ce sens le rapport du Comité compétent à la Conférence Diplomatique, *Actes de la Conférence diplomatique, supra* note 10, vol. XV, p. 294.
[44] Voir *Règles de la Haye sur la guerre aérienne, supra* note 8.
[45] OPPENHEIM/LAUTERPACHT, *supra* note 37, p. 530 (notre traduction).

mesures de précaution prises lors d'attaques aériennes contre des objectifs militaires dans les airs doivent aussi prendre en compte les effets possibles de telles attaques pour les civils et les biens de caractère civil sur terre. Le libellé de l'article 49 (3) du Protocole I répond clairement par l'affirmative en précisant que les mesures de précaution prévues par le Protocole sont applicables « à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil »[46]. Il est difficile pour l'auteur de cet article de se prononcer sur la nature coutumière de cette règle et ceci pour deux raisons principales. Tout d'abord, l'article 49 (3) fut vivement contesté à la Conférence Diplomatique, et ce dans tous ses aspects sauf ceux relatifs attaques dirigées contre des cibles sur terre[47]. Ensuite, la pratique effective des Etats est trop rare, ou pas suffisamment connue par l'auteur de ces lignes, pour aboutir à une réponse définitive sur cette question. Il reste clair que les mesures de précaution qui résultent des principes d'application générale, soit des principes d'immunité, de distinction, de nécessité et de proportionnalité, doivent être prises par tous les Etats, y compris ceux qui ne sont pas parties au Protocole I.

d. Que signifie l'expression « pratiquement possible »?

Au moment de devenir parties au Protocole I, plusieurs Etats ont mentionné qu'ils entendaient « [p]ar précautions possibles, […] les précautions 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 militaire »[48]. Cette déclaration interprétative fut aussi expressément introduite dans l'article 2 (3) du Protocole III (Protocole sur les armes incendiaires) à la Convention sur certaines armes classiques[49]. Elle fut également appliquée par la Chambre de première instance du TPIY[50] et elle est reprise par le Manuel du HPCR.[51] Certains auteurs soutiennent que le standard exigé par le droit coutumier concernant les mesures de précaution que les Etats doivent prendre se situe au niveau du « raisonnable » et pas au niveau du « pratiquement possible »[52]. Si ce standard de « pratiquement possible » ne requiert certainement pas des Etats qu'ils prennent des précautions « irraisonnables », il impose néanmoins une obligation positive plus élevée de prendre de telles mesures[53]. Il est

[46] Le CICR semble avoir quelques doutes puisqu'il se réfère à cette situation sous l'article 57 (4) du Protocole I, et pas sous l'article 49 (4) du même Protocole. Voir *Commentaire Protocoles, supra* note 36, § 2230.
[47] *Ibid., supra* note 36, § 1892-1899. Natalino RONZITTI, The Codification of Law of Air Warfare, in Natalino RONZITTI et Gabriella VENTURINI (éd.), *The law of air warfare: contemporary issues*, Utrecht: Eleven International Publ., 2006, p. 11. La même controverse a éclaté lors de l'élaboration du Manuel du HPCR (voir *HPCR Commentary, supra* note 19, p. 136).
[48] Déclaration du Royaume-Uni, in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 875. Des déclarations similaires ont été faites par l'Algérie, la Belgique, le Canada, la France, l'Allemagne, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas et l'Espagne. Il faut néanmoins relever qu'au moment de la signature, le Royaume-Uni ne mentionna pas les considérations humanitaires mais inclut celles "relevant to the success of military operations" (*Ibid.*, p. 849-879). Ceci fut critiqué par le CICR, qui exprima la crainte « qu'en invoquant en général, le succès des opérations militaires, on en vienne à négliger les devoirs humanitaires ici prescrits. » Voir *Commentaire Protocoles, supra* note 36, § 2198.
[49] Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III), 10 octobre 1980, annexe 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 de 1980, in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 208.
[50] TPIY, jugement du 5 décembre 2003, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, § 58, note de bas de page 105.
[51] *Manuel du HPCR, supra* note 2, Règle 1(q).
[52] Voir Danielle L. INFELD, "Precision-Guided Munitions Demonstrated Their Pinpoint Accuracy in Desert Storm ; But Is a Country Obligated to Use Precision Technology to Minimize Collateral Civilian Injury and Damage ?", *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 26, 1992-1993, p. 118, et article 57 (4) du Protocole I, discuté *supra*, texte accompagnant les notes 39-43.
[53] See *supra* note 39.

impossible d'évaluer si le droit coutumier, qui se base sur la pratique effective des Etats, soutient l'un ou l'autre des deux standards proposés. Le fait que les traités et les déclarations interprétatives utilisent le standard du « pratiquement possible » pourrait néanmoins indiquer que ce standard jouit d'un soutien plus important (du moins en ce qui concerne les attaques contre des objectifs sur terre)[54].

i. Quels facteurs doivent être pris en compte?

Des facteurs qui doivent être pris en considération lors de l'évaluation de ce qui est pratiquement possible (ci-après : de la faisabilité) sont énumérés à l'article 3 (10) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines de 1996 (Protocole II à la Convention sur certaines armes classiques) - qui reprend l'interprétation de la faisabilité telle que mentionnée plus haut, mais ces facteurs sont spécifiques au contexte des mines[55]. Le Manuel militaire du Royaume-Uni précise quant à lui de la façon suivante les facteurs qui doivent être considérés par le commandant lors de l'évaluation de ce qui est « pratiquement possible »: "a. the importance of the target and the urgency of the situation; b. intelligence about the proposed target—what it is being, or will be, used for and when; c. the characteristics of the target itself, for example, whether it houses dangerous forces; d. what weapons are available, their range, accuracy, and radius of effect; e. conditions affecting the accuracy of targeting, such as terrain, weather, night or day; f. factors affecting incidental loss or damage, such as the proximity of civilians or civilian objects in the vicinity of the target or other protected objects or zones and whether they are inhabited, or the possible release of hazardous substances as a result of the attack; g. the risks to his own troops of the various options open to him"[56].

Des auteurs de doctrine mentionnent, parmi les facteurs à considérer lors de l'évaluation de la faisabilité des précautions, les informations disponibles, le personnel à disposition pour les traiter, la nécessité selon les informations disponibles de faire des recherches complémentaires et le temps à disposition pour prendre la décision[57].

Finalement, la faisabilité des précautions prises en faveur de la population civile sur terre lors d'attaques aériennes visant des objectifs dans l'air sera influencée par divers facteurs dont la difficulté de prévoir les causalités hypothétiques et de déterminer les alternatives possibles, et l'impossibilité de dépasser les lois de la physique (gravité).

ii. Obligation d'utiliser de la technologie précise?

En lien avec la faisabilité des mesures de précaution, il est important de déterminer si l'obligation de prendre toutes les précautions pratiquement possibles comprend un devoir d'acquérir de nouvelles armes et de nouvelles technologies d'information ainsi qu'une obligation, pour une partie qui possèderait une telle technologie, de l'utiliser. Certains auteurs et certaines ONGs considèrent qu'il existe une obligation d'utiliser des munitions guidées

[54] *Contra:* Thilo MARAUHN et Stefan KIRCHNER, Target Area Bombing, in RONZITTI/VENTURINI, *supra* note 47, p. 102.
[55] Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole 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 de 1980), in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 203.
[56] Ministère de la Défense du Royaum-Uni, *The Manual of the Law of Armed Conflict* [ci-après: Manuel du Royaume-Uni], Oxford: Oxford Univ. Press, 2004, § 5.32.5 (note de bas de page omise).
[57] A. P. V. ROGERS, *Law on the Battlefield*, Manchester: Manchester Univ. Press, 1996, p. 66-67.

dans les zones urbaines[58], et que les pays avec des arsenaux de bombes agiles sont obligés de les utiliser en tous lieux[59]. D'autres objectent qu'une telle obligation introduirait un parti-pris inadmissible contre les Etats belligérants les mieux développés et équipés d'une technologie moderne[60].

De l'avis de l'auteur de cet article, le Manuel du HPCR statue correctement : "There is no specific obligation on Belligerent Parties to use precision guided weapons. There may however be situations in which the prohibition of indiscriminate attacks, or the obligation to avoid – or, in any event, minimize – collateral damage, cannot be fulfilled without using precision guided weapons"[61] En effet, aucun pays n'a une obligation sous le DIH d'acquérir des technologies modernes. Un Etat qui décidera d'en acquérir en retira de nombreux avantages, notamment celui d'être en mesure d'attaquer légalement des cibles qu'un pays mois développé et avec des armes moins précises ne serait autorisé à attaquer du fait du principe de proportionnalité[62]. Le (léger) désavantage de l'acquisition de ces technologies est que le pays les possédant a le choix de les utiliser lors d'une attaque, et a donc a la possibilité de réduire les dommages et pertes collatéraux dans la conduite des hostilités. Le Manuel du Royaume-Uni prévoit correctement que "[t]he employment of 'dumb' bombs has not been rendered unlawful by the advent of precision guided or 'smart' bombs, but developing technology does bring with it a change in the standards affecting the choice of munitions when taking the precautions"[63]. Aussi, des considérations financières ne doivent pas être prises en compte lors de l'évaluation de la faisabilité mais un belligérant peut considérer le fait qu'il n'a qu'un nombre limité d'armes guidées et doit en conséquent les garder pour des cibles particulièrement importantes ou risquées (pour la population civile). Si une telle marge d'appréciation n'était pas laissée aux belligérants, un Etat possédant des armes guidées serait, au contraire de celui qui n'en a pas, obligé d'en acquérir encore plus, ce qui serait discriminatoire[64].

Cette approche correspond à celle proposée par Robert Kolb, qui écrit : « L'ampleur de l'obligation dépend des moyens techniques à disposition d'un belligérant. Le droit peut exiger qu'un Etat utilise tous les moyens dont il dispose pour mettre en œuvre ce devoir ; il ne peut en revanche exiger qu'un Etat développe ses capacités techniques au-delà de ses possibilités financières pour mieux suffire à l'obligation de vérification. » [65].

---

[58] Voir "Smart" Bombs, "Dumb" Bombs, and Inaccurate Attacks on Targets in Civilian Population Centers, in Human Rights Watch, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties During the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, New York: Human Rights Watch, 1991; Stuart W. BELT, "Missiles over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas", *Naval Law Review*, vol. 47, 2000, p. 174.

[59] Voir, pour des références, INFELD, *supra* note 52, p. 110-111 (qui est elle-même critique envers cette position).

[60] Yoram DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010, p. 142-143; John F. MURPHY, "Some Legal (and a Few Ethical) Dimensions of the Collateral Damage Resulting from NATO's Kosovo Campaign", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 31, 2001, p. 63; William G. SCHMIDT, "The Protection of Victims of International Armed Conflict: Protocol 1 additional to the Geneva Conventions", *Air Force Law Review*, vol. 24, 1984, p. 231.

[61] *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, Règle 8.

[62] *HPCR Commentary*, *supra* note 19, p. 127. Voir aussi Jean-François QUEGUINER, "Precautions under the law governing the conduct of hostilities", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, n° 793, 2006, p. 798 et 801-803; MARAUHN/KIRCHNER, *supra* note 54, p 101-102.

[63] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 12.51.

[64] MARAUHN/KIRCHNER, *supra* note 54, p. 102.

[65] Robert KOLB, *Ius in bello : Le droit international des conflits armés : précis*, Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2009, 2ème éd., p. 263-264; Similairement, pour la technologie informatique, Michael N. SCHMITT, *Computers and War: The Legal Battlespace*, Background Paper prepared for Informal High-Level Expert Meeting on

iii. Est-ce que les risques encourus par les forces armées de l'attaquant ont un impact sur la faisabilité des mesures de précautions?

Une autre question débattue est celle de savoir si les risques encourus par les forces armées de l'attaquant lors de la prise de mesures de précaution ont un effet sur l'évaluation de la faisabilité de ces mesures. Certains estiment qu'il s'agit là d'un facteur dont on peut tenir compte dans l'évaluation de la proportionnalité[66]. À notre avis, on peut en tenir uniquement compte dans l'évaluation si une mesure de précaution (soumettant les forces de l'attaquant à des risques supplémentaires) est pratiquement possible. Durant la Guerre du Golfe de 1991, le Général Schwarzkopf écrivait que la sécurité des civils était plus importante que celle des pilotes. Il relevait que "requiring that the pilots fly in a certain direction of flight or use a certain type of munitions that requires them to go to altitudes that they normally wouldn't be required to go to, those pilots are at much more risk than they would be otherwise. But we have deliberately decided to do this in order to avoid unnecessary civilian casualties, in order to avoid destroying these religious shrines and that sort of thing"[67]. Un exemple contraire peut être tiré des constations de Human Rights Watch et Amnesty International au sujet de la campagne aérienne au Kosovo en 1999. Selon ces deux ONGs, les efforts exceptionnels déployés par les forces de l'OTAN pour éviter des pertes parmi ses pilotes empêchèrent des opérations à basse altitude qui auraient permis d'identifier les cibles avec plus de précision[68]. Le Rapport d'un Comité du Procureur du TPIY arrive à la conclusion que des opérations à une plus basse altitude auraient accru la probabilité d'éviter l'incident durant lequel des réfugiés albanais furent bombardés après avoir été pris pour un convoi militaire[69].

Selon l'auteur de cet article, pour répondre à la question posée en tête de cette section, les faits doivent tout d'abord être évalués de façon précise. Est-ce qu'un pilote qui vole à une altitude plus élevée est moins angoissé au sujet d'attaques antiaériennes et est de ce fait mieux à même de respecter le DIH par des méthodes informatisées modernes ? Vaut-il mieux voler à haute altitude lors de l'utilisation de bombes guidées car plus le lapse de temps est grand entre le moment où ces bombes sont larguées et le moment où elles touchent leur cible, plus ces armes ont de probabilité d'être précises car elles se stabilisent au cours de leur trajectoire ? Dans le cas où l'on peut répondre par l'affirmative à ces deux questions, il faudra alors balancer les avantages d'attaquer depuis une haute altitude avec les réelles possibilités pour un pilote volant à basse altitude et haute vitesse de vérifier la nature de l'objectif militaire. Si suite à cet examen, la balance penche toujours en faveur des attaques à basse altitude, l'auteur de cet article serait en accord avec l'approche d'A. P. V. Rogers. Celui-ci écrivait que "[i]f the

---

Current Challenges to International Humanitarian Law (Cambridge, 25-27 Juin 2004), publié sur le site de International Humanitarian Law Research Initiative, p. 2, disponible sur: http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/schmittetal.pdf

[66] Yoram DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010, p. 141.

[67] Richard PYLE, *Schwarzkopf/The Man, The Mission, The Triumph*, Londres: Signet Books, 1991, p. 202-203.

[68] Case Studies of Civilian Deaths, in Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, février 2000; Amnesty International, *Intervention de l'OTAN en Yougoslavie: « Dommages collatéraux » ou homicides illégaux ? Violations du droit de la guerre par l'OTAN lors de l'opération « Force alliée »*, juin 2000, p.19-20, disponible sur: http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/018/2000/en/ff006427-df56-11dd-89a6-e712e728ac9e/eur700182000fra.pdf . Voir aussi William J. FENRICK, "Attacking The Enemy Civilian as a Punishable Offense", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, p. 546, disponible sur: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=djcil

[69] *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* [ci-après: Final Report to the Prosecutor], 1999, § 70, disponible sur: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf

target is sufficiently important, higher commanders may be prepared to accept a greater degree of risk to the aircraft crew to ensure that the target is properly identified and accurately attacked. No-risk warfare is unheard of. Risks may be taken, for example, to rescue pilots who have been shot down or in deploying forces on reconnaissance or target identification missions in enemy-held territory. However, if the target is assessed as not being worth that risk and a minimum operational altitude is set for their protection, the aircrew involved in the operation will have to make their own assessment of the risks involved in verifying and attacking the assigned target. If their assessment is that (a) the risk to them of getting close enough to the target to identify it properly is too high, (b) that there is a real danger of incidental death, injury or damage to civilians or civilian objects because of lack of verification of the target, and (c) they or friendly forces are not in immediate danger if the attack is not carried out, there is no need for them to put themselves at risk to verify the target. Quite simply, the attack should not be carried out"[70].

iv. Faisabilité évoluant avec l'expérience

Le fait que des mesures de précautions se sont avérées inefficaces ne suffit pas à rendre les attaques passées illégales. Cela peut néanmoins témoigner du besoin d'apprendre de ses erreurs (et les belligérants ont l'obligation de prévoir des procédures pertinentes) afin d'éviter des incidents similaires dans le futur[71]. En ce qui concerne la guerre du Kosovo par exemple, Human Rights Watch note que suite au mauvais fonctionnement d'une arme à sous-munition utilisée dans une attaque du tarmac de Nis le 7 mai 1999, la Maison Blanche ordonna discrètement de restreindre l'usage de ces armes[72]. Quant à la guerre en Iraq, Human Rights Watch analyse comme un manquement aux obligations de précaution la continuation de l'opération qui visait à tuer le Président Saddam Hussein sur la base de sa position révélée par ses téléphones satellite, malgré ses échecs et les nombreuses victimes civiles qui en résultèrent[73]. La Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie critique, suite à un bombardement qui n'avait pas touché les cibles visées, "Eritrea's failure to take appropriate actions afterwards to prevent future recurrence"[74].

e. Qu'est-ce qui doit être évité ?

Les mesures de précaution ont pour but d'éviter des attaques contre les civils et les biens de caractère civil ainsi que des pertes incidentes parmi ces mêmes groupes (ci-après : dommages incidents). De manière générale, des précautions pratiquement possibles doivent également être prises en faveur d'autres personnes et objets protégés par le DIH, tels les aéronefs sanitaires, les organisations, les établissements et le personnel de protection civile, le personnel de l'ONU qui n'est pas combattant et les biens protégés par accord spécial[75]. Il existe en outre des mesures de précaution spécifiques protégeant les ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses[76], les biens culturels[77], les édifices consacrés à la

[70] A. P. V. ROGERS, "Zero-casualty warfare ", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 82, n° 837, 2000, p. 179. Voir aussi Amnesty International, *supra* note 68, p. 19.
[71] QUEGUINER, *supra* note 62, p. 810-811.
[72] Conclusions and Recommendations, in Human Rights Watch, *supra* note 68.
[73] Human Rights Watch, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, New York/Washington/Londres/Bruxelles: Human Rights Watch, 2003, p. 40, disponible sur: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa1203_sumrecs.pdf
[74] Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie, *Sentence partielle*, Front central, Réclamation de l'Ethiopie no. 2, § 110.
[75] Manuel du HPCR, *supra* note 2, Règle 31.
[76] Voir article 56 (3) du Protocole I et Manuel du HPCR, *supra* note 2, Règle 36.

bienfaisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés[78], ainsi que l'environnement naturel[79].

f. Relation entre le principe et les règles précises

Bien que les obligations mentionnées plus bas, obligations qui découlent principalement du principe et des provisions de l'article 57 du Protocole I, traitent de la plupart des mesures de précaution qui doivent être prises, elles ne peuvent couvrir tous les éléments pouvant jouer un rôle dans la conduite des opérations militaires. Certains aspects devront nécessairement être régis par les règles d'engagement et les instructions techniques émises par les parties.[80]

2. Obligation de vérifier

a. Fondement conventionnel, coutumier ou découlant de la simple logique juridique ?

L'article 57 (2) (a) (i) prévoit que « ceux qui préparent ou décident une attaque doivent 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 … et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque ».

En pure logique juridique, qui suffit comme fondement d'une règle de droit international général sans qu'il ne soit nécessaire d'analyser son caractère coutumier, cette obligation (de vérifier qu'une attaque n'est pas interdite en droit international coutumier) doit aussi exister en dehors du Protocole I si les Etats sont responsables non seulement pour des violations délibérées mais aussi pour négligence[81]. En effet, un Etat qui n'a pas fait tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que l'attaque n'est pas interdite viole cette interdiction par négligence. La responsabilité pénale internationale n'existe que pour dol mais celle-ci doit être distinguée de la responsabilité des Etats, qui doit à son tour être distinguée de la question de savoir si une violation du droit international existait[82]. Cette violation est néanmoins une des conditions de la responsabilité internationale. La plupart des auteurs, la Commission du droit international, et en particulier son premier Rapporteur sur la responsabilité des Etats, Roberto Ago, considèrent qu'un Etat est responsable pour négligence[83]. Ian Brownlie objecte

---

[77] Voir article 27 du Règlement de la Haye, 18 octobre 1907 et article 7 du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 26 mars 1999.

[78] Voir article 27 du Règlement de la Haye de 1907 et, concernant certaines précautions pour les unités médicales, les articles 21 de la Convention I et 34 de la Convention II.

[79] Voir article 55 (1) du Protocole I et Etats-Unis, Département de la Défense, International Law and Legal Considerations in Targeting (Appendix A), in *Joint Doctrine for Targeting*, janvier 2002, p. A-5, A-6. Le *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, est beaucoup plus vague à sa Règle 89.

[80] Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH et Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Boston: Martinus Nijhoff, 1982, p. 364; Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles: Bruylant, 2008, 4ème éd., p. 453-454.

[81] Ainsi également *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, Règle 32(a).

[82] Ian BROWNLIE, *System of the Law of Nations, State Responsibility, Part I*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 26-30.

[83] Alfred VERDOSS et Bruno SIMMA, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Berlin: Duncker und Humblot, 1984, 3ème éd., p. 850-855, et renvois afférents; Mohammed BEDJAOUI, Responsibility of States, Fault and Strict Liability, in Rudolf BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam/New York [etc.]: North-Holland, 1987, vol. X, p. 358 - 362. VERDOSS/SIMMA, *ibid.*, p. 850; Eduardo Jiménez de ARECHAGA, International Responsibility, in Max SORENSEN, *Manual of Public International Law*, Londres/Melbourne/Macmillan/New York: St. Martin's Press, 1968, p. 534, qui mentionne l'intention et la négligence de manière indifférenciée. Le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait*

correctement que la question de savoir si un Etat est responsable uniquement pour ses violations délibérées ou pour ses violations par négligence également ainsi que la question de savoir si une responsabilité objective existe dépendent de la règle primaire qui est violée[84]. Ian Brownlie doit néanmoins concéder qu'il doit exister une règle générale secondaire pour les cas où la règle primaire n'est pas explicite sur ces questions[85]. Cette règle générale couvre le *dolus* et le *culpa*[86].

En ce qui concerne la règle primaire d'interdiction des attaques indiscriminées et des attaques avec des effets incidents excessifs, rien dans leur formulation n'indique que ces règles ne couvrent que les attaques délibérées. Les interdictions codifiées dans les articles 51 (2) et 52 (1) du Protocole I, qui prévoient que les civils et les objets de nature civile « ne doivent être l'objet d'attaques », peuvent néanmoins être vus comme ne couvrant que les attaques délibérées. Que les attaques dirigées contre des civils par négligence doivent être évitées au moyen de la vérification tel que prescrit dans la règle discutée plus haut est cependant une conséquence nécessaire du principe de distinction[87].

Si ceux qui attaquent ne font pas tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier leur cible, ils se mettent délibérément dans une situation dans laquelle ils ne peuvent pas distinguer entre les objectifs militaires et les objets de caractère civil. L'obligation de vérifier constitue ainsi une sorte d'obligation procédurale découlant de l'obligation coutumière de distinguer entre les objets de caractère civil et les objectifs militaires[88].

b. Application à la guerre aérienne

Nous pouvons énoncer comme exemple d'application de cette obligation à la guerre aérienne un manuel de l'armée de l'air des Etats-Unis qui reprend exactement le libellé de l'article 57 (2) (a)(i) du Protocole I[89]. Aussi, dans la guerre du Golfe de 1991, des équipages aériens alliés lançant des attaques dans des zones densément peuplées avaient pour instruction de ne pas gaspiller leurs munitions s'ils ne possédaient pas d'indications suffisantes sur leurs cibles[90]. Lors d'attaques, des officiers avaient fait le calcul, sur la base d'images, de cartes touristiques, et d'informations provenant d'espions, que la probabilité des dommages collatéraux dans les

---

internationalement illicite [ci-après: Projet d'articles], Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session (23 avril - 1 juin et 2 juillet - 10 août 2001), Assemblée générale des Nations Unies, 56ème Session, Supp. No. 10 (A/56/10) disponible sur: http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm, se base sur l'idée que la responsabilité des Etats est une responsabilité objective (Voir James CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2002, p. 12-14). Ce point fut également souligné par Roberto AGO dans son "Third Report", *Yearbook of the International Law Commission*, 1971, vol. II, partie 1, p. 219.

[84] BROWNLIE, *supra* note 82, p. 38-47.

[85] *Ibid.*, p. 41.

[86] Voir article 2 du *Projet d'articles*, *supra* note 83, et § 10 du Commentaire de la Commission du droit international à cet article.

[87] *Projet d'articles*, *supra* note 83, p. 77; Hans BLIX, "Area Bombardment: Rules and Reasons", *British Yearbook of International Law*, vol. 39, 1978, p. 48.

[88] SCHMIDT, *supra* note 60, p. 235.

[89] *US Air Force Pamphlet*, *supra* note 1, p. 5-9.

[90] États-Unis, Département de la Défense, *Conduct of the Persian Gulf Conflict/An Interim Report to Congress* [ci-après: Etats-Unis, Interim Report on the Persian Gulf Conflict], juillet 1991, p. 27-1; *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.10, note de bas de page 212. Dans cette note de bas de page, il est également mentionné que des instructions similaires furent données à l'équipage de l'OTAN dans le conflit du Kosovo de 1999, comme affirmé par le Contre-Amiral de l'air David Wilbey à la revue de presse de l'OTAN du 1er avril 1999.

quartiers de Bagdad où se situaient écoles, hôpitaux et mosquées était trop élevée. Ces officiers avaient de ce fait renoncé à attaquer des objectifs militaires[91].

c. Qui et comment?

Le Manuel du Royaume-Uni pose correctement que "[t] he problem of verification is obviously different for the air … commander drawing up target lists from a distance than it is for a tank troop commander who has enemy armoured vehicles in his sights. The former has more time to make up his mind; the latter is more easily able to verify the target"[92]. Cette remarque est particulièrement importante pour la guerre aérienne. Les personnes les plus directement impliquées dans l'attaque ont peu de possibilités (et de temps) pour la vérification. Selon l'auteur de cet article, la règle devrait être que plus la capacité de vérification de ceux qui mènent l'attaque est mince, plus il devrait y avoir de vérifications de la part de ceux qui préparent et décident de l'attaque[93].

Dans la guerre aérienne en particulier, ceux qui sont dans l'obligation de vérifier les objectifs sont souvent dépendants des renseignements collectés par d'autres personnes, généralement d'un rang hiérarchique inférieur[94]. Ils ont par contre une obligation continue de collecter, évaluer et distribuer des renseignements sur les cibles en temps utile. Il est vrai cependant qu'il faudra tenir compte du fait que la partie adverse fera tout pour empêcher ce travail de collecte d'informations, notamment en mettant à mal les moyens de reconnaissance.[95]

D'après les commentaires du CICR, en cas de doute, même infime, ceux qui décident de l'attaque «devront demander des renseignements complémentaires et ordonner éventuellement de nouvelles recherches … L'appréciation des informations recueillies devra comprendre un contrôle sérieux de leur véracité, cela d'autant plus que rien n'interdit à l'ennemi de mettre en place de faux objectifs militaires ou de camoufler les véritables»[96].

Le Rapport du Procureur du TPIY considère que "[a] military commander must set up an effective intelligence gathering system to collect and evaluate information concerning potential targets. The commander must also direct his forces to use available technical means to properly identify targets during operations. Both the commander and the aircrew actually engaged in operations must have some range of discretion to determine which available resources shall be used and how they shall be used. Further, a determination that inadequate efforts have been made to distinguish between military objectives and civilians or civilian objects should not necessarily focus exclusively on a specific incident. If precautionary measures have worked adequately in a very high percentage of cases then the fact they have not worked well in a small number of cases does not necessarily mean they are generally inadequate"[97]. Néanmoins, l'efficacité générale de telles mesures ne dispense pas la partie qui attaque de ses obligations de revoir ses procédures et d'apprendre de ses erreurs.

---

[91] Etats-Unis, *Conduct of the Persian Gulf War/Final Report*, *supra* note 11, p. 153.
[92] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.2 (notes de bas de page omises).
[93] Pour la question des destinataires de l'obligation de prendre des mesures de précaution voir *infra*, Chapitre II. 7.
[94] Voir Bernhard L. BROWN, "The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification", *Cornell International Law Journal*, vol. 10, 1976-1977, p. 145-146; DINSTEIN, *supra* note 60, p. 140-141.
[95] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 363; QUEGUINER, *supra* note 62, p. 799.
[96] *Commentaire Protocoles*, *supra* note 36, § 2195.
[97] *Final Report to the Prosecutor*, *supra* note 69, § 29.

d. Qu'est-ce qui doit être vérifié?

i. Vérification que la cible est un objectif militaire

La première vérification à opérer est de déterminer si la cible est un objectif militaire. Dans ce contexte, il convient de se demander si certains objets doivent être présumés ne pas être des objectifs militaires. Les Etats Parties au Protocole I sont liés par son article 52 alinéa 3 qui prévoit que « [e]n cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire ».

Cette disposition impose un standard de vérification plus élevé pour certains objets identifiés comme de nature intrinsèquement civile. Le but de l'article 52 (3) était de palier à l'absence d'une définition des biens de nature civile. Cette disposition rencontra cependant des objections à la Conférence Diplomatique, et même ceux qui étaient en faveur de l'article admirent qu'il ne reflétait pas le droit coutumier mais représentait un développement progressif[98]. En effet, au-delà de la difficulté générale de considérer une présomption comme coutumière (du fait que le comportement constituant la pratique en faveur de la règle peut avoir été adoptée dans le cadre d'une situation où il n'existait aucun doute), celle-ci ne possédait pas le soutien nécessaire pour être considérée comme telle. Elle était l'objet de fortes critiques, notamment des Etats-Unis[99]. La principale motivation de cette opposition venait du fait que la partie attaquée pourrait être tentée de dissimuler ses forces militaires dans des installations civiles – ce qui ne représente pas une violation du DIH[100].

La conclusion que la présomption de l'article 52 (3) ne correspond pas à du droit coutumier ne doit cependant pas être mal comprise. Tout d'abord, cette présomption couvre uniquement les cas de doute. Lorsque rien n'indique qu'un objet contribue à l'effort militaire, il ne doit pas être attaqué. Ainsi, seuls de très forts indices peuvent faire douter du caractère civil d'un lieu de culte, d'une maison ou d'une école. Dans ce sens, ces objets bénéficient d'une présomption de fait qu'ils ne contribuent pas à l'effort militaire. Ensuite, en cas de véritables doutes, il n'y a pas de présomption contraire que l'objet en question est un objectif militaire. L'individu qui prendra la décision de l'attaque devra, comme à chaque fois qu'il ne possède pas les informations nécessaires, faire tout son possible pour obtenir de tels renseignements. Il s'agit d'une sorte d'obligation procédurale découlant de l'obligation coutumière de distinguer des biens de caractère civil d'objectifs militaires[101]. La personne qui lance une attaque sans savoir ce qu'elle attaque et sans vérifier la nature de sa cible malgré des doutes et malgré la

---

[98] Voir *Actes de la Conférence diplomatique, supr*a note 10, vol. XV, p. 285 et 342-343; vol. XIV, p. 238-239. Voir ensuite dans la doctrine Frits KALSHOVEN, "Reprisals, The Global Community is not yet Ready to Abandon them, Remarks by Frits Kalshoven", *ASIL Proceedings*, 1980, p. 203; Elmar RAUCH, "Attack Restraints, Target Limitations and Prohibitions or Restrictions of Use of Certain Conventional Weapons", *Revue de Droit Pénal Militaire et Droit de la Guerre*, vol. 18, 1979, p. 54.

[99] Voir en particulier, Etats-Unis, *Conduct of the Persian Gulf War/Final Report*, *supra* note 11, p. 703; Guy ROBERTS, "The New Rules for Waging War: The Case against Ratification of Additional Protocol I", *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985, p. 150-151; Burrus M. CARNAHAN, "Additional Protocol I, A Military View", *Akron Law Review*, vol. 19, 1986, p. 543-545.

[100] Hays PARKS, "Air War and the Law of War", *Air Force Law Review*, vol. 32, 1990, p. 136-137.

[101] SCHMIDT, *supra* note 60, p. 235. Dans ce sens, l'auteur de cet article est en accord avec Antonio CASSESE, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 3, 1984, p. 89, quand il écrit que l'article 52 (3) "specifies a concept that could be inferred from the general principles on the matter. In this respect the provision should also be held to enunciate customary law."

possibilité de vérifier l'objectif, est réputée avoir délibérément lancé une attaque indiscriminée

Pour la guerre aérienne, un aéronef civil ou bénéficiant d'une protection particulière doit, en cas de doute, être présumé ne pas apporter une contribution effective à l'effort militaire[102]. Le Manuel du HPCR limite cette présomption aux avions de ligne civils[103], mais son commentaire ne réussit pas à expliquer *de lege lata* pourquoi cette catégorie d'aéronefs bénéficierait d'un statut particulier. Il est vrai que leur destruction risque d'entraîner la mort de beaucoup plus de civils que celle d'un autre aéronef civil. En pure logique cela devrait certainement influencer le calcul de la proportionnalité, mais il n'est pas clair pourquoi cela devrait impliquer une présomption.

Selon le Manuel canadien, « [s]'il y a des doutes quant au statut d'aéronef civil, il faudrait mettre l'équipage en demeure de clarifier son statut. S'il ne répond pas […], l'aéronef peut être attaqué »[104]. Selon l'auteur de cet article, la perte de protection résultant de la non-identification ne repose pas sur une présomption différente en matière de guerre aérienne mais résulte simplement d'une certaine réalité matérielle. Traditionnellement, celles et ceux qui lancent une attaque aérienne n'ont en effet pas d'autre possibilité pour dissiper leurs doutes qu'une clarification par l'équipage de l'aéronef en question. Si ceux qui attaquent savent, malgré l'absence de réponse de l'aéronef en question, que celui-ci est protégé, l'attaque est évidemment illégale. À juste titre, le Manuel du HPCR mentionne à sa Règle 40 divers autres moyens de vérification disponibles à ce jour et auxquels il faut recourir, compte tenu de l'immédiateté d'une menace potentielle par un aéronef non identifié: identification visuelle, signatures infrarouge, radar et électronique, nombre et formation des aéronefs, altitude, vitesse, trajectoire, profile et autres caractéristiques de vol, informations concernant le trafic aérien avant et durant le vol. Une autre mesure de précaution facilitant l'identification des aéronefs civils consiste en l'information, par les belligérants, de leurs commandants d'aéronefs militaires des itinéraires prescrits ou des plans de vol des aéronefs civils dans la zone des opérations militaires, y compris les informations sur les fréquences de transmissions, les modes et codes d'identification, les destinations, les passagers et le chargement[105].

Les précautions passives (discutées plus bas)[106] requises des aéronefs protégés, notamment les mesures d'identification, n'ont de sens que si le belligérant prend de son côté les mesures de vérification correspondantes lors de l'attaque d'un aéronef. Les Règles 40 et 41 du Manuel du HPCR y font référence. Lorsque l'ennemi ne prend pas les précautions passives qu'il devrait, cela ne libère pas pour autant le belligérant de l'interdiction d'attaquer des aéronefs qu'il considère comme étant de caractère civil. De telles attaques contre des aéronefs protégés doivent être interrompues car l'interdiction fondamentale de ne pas attaquer directement des non combattants[107] s'applique également aux opérations air-air. En ce qui concerne les avions de ligne et les aéronefs auxquels un sauf-conduit a été accordé, le Manuel du HPCR réaffirme que toute attaque contre un aéronef qui perd son immunité reste soumise aux règles de base sur les attaques indiscriminées, y compris les mesures de précaution[108]. Lors du lancement

---

[102] *Manuel de San Remo, supra* note 3, Règle 58.
[103] *Manuel du HPCR, supra* note 2, Règle 59.
[104] Canada, Défense nationale, Bureau du Juge-avocat général, *Le droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique*, B-G-005-027/AF-021, 2000, p. 7-5.
[105] *Manuel du HPCR, supra* note 2, Règle 41.
[106] Voir *infra*, texte accompagnant les notes 278-280.
[107] Voir *supra* note 37.
[108] *Manuel du HPCR, supra* note 2, Règle 68(d).

d'une attaque contre une cible dans les airs, les vérifications nécessaires peuvent simplement assumer que les précautions passives requises ont été prises par l'ennemi.

ii. Vérification que la cible n'est pas protégée par le DIH

En plus de vérifier que la cible est un objectif militaire, la partie qui attaque doit vérifier que les autres règles de DIH sur la conduite des hostilités sont respectées, notamment des obligations de respecter des objets et des personnes spécifiques. Si l'attaque est dirigée contre un objectif militaire, la plupart de ces règles sera respectée du fait même que ces objets et personnes spécifiquement protégées ne sont précisément pas des objectifs militaires. Par exemple, les hôpitaux ne le sont simplement pas. Certaines règles interdisent cependant l'attaque d'objectifs qui sont militaires pour protéger l'objectif en soi[109]. D'autres règles spécifiques visent à protéger la population civile des effets incidents d'une telle attaque[110]. L'article 35 (3) du Protocole I et une règle correspondante en droit coutumier prévoient que « [i]l est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel »[111]. Lors de l'élaboration du Manuel du HPCR, la majorité des experts provenant de milieux militaires (anglo-saxons) ou gouvernementaux (du Nord) ont sérieusement mis en doute que l'interdiction coutumière aille au-delà de l'interdiction des moyens et méthodes conçus pour causer ces dommages[112].

iii. Vérification que le principe de proportionnalité est respecté

Le principe de proportionnalité est une règle de droit coutumier qui dérive d'un principe général de droit[113] et est codifié à l'article 51 (5) (b) de Protocole I[114]. La règle interdit les attaques, même dirigées contre des objectifs militaires, si on peut attendre de ces attaques « 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 ». Ce principe se trouve au cœur même de la tension entre les principes de nécessité militaire et d'humanité qui sous-tendent le DIH[115]. L'article 57 (2) (a) (iii) du Protocole I prévoit une conséquence nécessaire de l'interdiction des attaques dont on peut attendre qu'elles entraîneront des pertes civiles incidentes excessives: ceux qui les préparent et les décident doivent s'abstenir de les lancer. Ceci n'est pas une mesure de précaution mais simplement une conséquence du respect de l'interdiction substantielle des ces attaques. Il n'en sera ainsi pas question dans cet article. La mesure de précaution en lien avec l'obligation mentionnée plus haut est celle qui découle de l'article 57 (2) (a) (i) du Protocole I

[109] Voir articles 9 et 11 de la Convention pour la protection des biens culturels de 1954; articles 12 et 13 du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens de 1999; article 21 de la Convention I; article 35 de la Convention II; article 19 de la Convention IV.
[110] Voir article 56 du Protocole I.
[111] *Final Report to the Prosecutor*, *supra* note 69, § 18. Voir aussi ROGERS, *supra* note 70, p. 177-178.
[112] Voir *Commentaire du Manuel du HPCR*, *supra* note 19, p. 205.
[113] Max HUBER, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de la Haye relatives à la guerre », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 37, n° 439, 1955, p. 423.
[114] Pour une analyse critique du principe de proportionnalité tel que codifié dans le Protocole I, c'est-à-dire prenant en compte les dommages aux biens de caractère civil, voir PARKS, *supra* note 100, p. 168-176.
[115] Myres S. MCDOUGAL et Florentino P. FELICIANO, *Law and Minimum World Public Order, The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven: Yale Univ. Press, 1961, p. 524-530; Waldemar A. SOLF, "Protection of Civilians against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I", *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 1, 1986, p. 128; BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 309.

et de la règle correspondante de droit international coutumier. Ces règles exigent de vérifier, avant de lancer une attaque, que celle-ci n'entraîne pas de pertes civiles incidentes excessives. Cette obligation est mentionnée dans les manuels militaires de plusieurs Etats, y compris celui des Etats-Unis, un Etat qui n'est pourtant pas partie au Protocole et dont le pamphlet des forces aériennes reprend le libellé exact de l'article 57 (2) (a) (iii) du Protocole I[116]. Elle est confirmée par la Règle 32(c) du Manuel du HPCR[117].

C'est probablement cette obligation qui poussa les forces de la coalition lors de la guerre du Golfe à épargner des objectifs militaires proches de zones fortement peuplées. Par exemple, elles épargnèrent des aéronefs de combat parqués dans des quartiers résidentiels ou proches de sites historique[118]. Aussi, la vérification doit tenir compte de la possibilité (et du degré de probabilité) de mauvais fonctionnement d'une arme particulière, comme le fit le Commandant de l'air du Royaume-Uni lorsqu'il interdit par deux fois l'attaque de cibles particulières du fait que des pertes civiles incidentes conséquentes qui auraient pu résulter d'un tel mauvais fonctionnement[119].

La vérification du respect du principe de proportionnalité touche tant bien une question d'information qu'un problème d'évaluation. Malgré la qualification de l'avantage militaire à l'article 57 (2) (a) (iii), il reste très difficile de comparer cet avantage avec les pertes civiles incidentes, particulièrement lorsqu'il n'est pas absolument clair que la balance penche de l'un ou de l'autre côté[120]. Cet examen est de plus inévitablement lié à des considérations subjectives et culturelles. Le Rapport Final du Comité chargé d'examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie au Procureur du TPIY souligne correctement que "the answers may differ depending on the background and values of the decision maker. It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to noncombatants. Further, it is unlikely that military commanders with different doctrinal backgrounds and differing degrees of combat experience or national military histories would always agree in close cases. It is suggested that the determination of relative values must be that of the 'reasonable military commander'. Although there will be room for argument in close cases, there will be many cases where reasonable military commanders will agree"[121]. Bien qu'il puisse être correct de se référer au concept du commandant militaire raisonnable en procédure pénale, l'interprétation et l'application correctes du droit international doit se référer à une évaluation qui serait faite par un contrôleur impartial qui ne soit ni un commandant militaire, ni un avocat des droits humains.

---

[116] Voir *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 18; *US Air Force Pamphlet*, *supra* note 1, p. 5-3.
[117] Voir généralement *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, Règle 32(c) et spécifiquement pour les avions de ligne civils Règle 68(d).
[118] Etats-Unis, *Interim Report on the Persian Gulf Conflict*, *supra* note 90, p. 27-1.
[119] Voir Royaume-Uni, House of Commons Defence Committee, 10ème Rapport, "Preliminary Lessons of Operation Granby", 1991, cité dans *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.7, note de bas de page 206.
[120] Sur ces débats dans le cadre de la récente guerre en Iraq, voir Daphne EVIATAR, "Civilian Toll: A Moral and Legal Bog", *New York Times*, 22 mars 2003, disponible sur: http://www.nytimes.com/2003/03/22/arts/22CIV.html. Sur le calcul de la proportionnalité, voir Henry SHUE et David WIPPMAN, "Limiting attacks on Dual Use Facilities performing Indispensable Civilian Functions", *Cornell International Law Journal*, vol. 35, 2002, p. 564-569.
[121] *Final Report to the Prosecutor*, *supra* note 69, § 50.

Le test de proportionnalité doit également prendre en compte les effets indirects raisonnablement prévisibles[122], ceux-ci devenant de plus en plus importants avec la précision croissante des armes et de la conséquente raréfaction des pertes civiles incidentes[123]. Ainsi, avant la Guerre du Golfe de 1991, les planificateurs étatsuniens vérifiaient au moyen de tests la possible propagation de matériel radioactif et de spores d'anthrax lors de l'attaque d'équipements d'armes nucléaires ou biologiques[124].

Dans la guerre air-air, ceux qui vérifient le respect du principe de proportionnalité doivent lors de la planification, de la décision et de la conduite de l'attaque prendre en compte les effets collatéraux de la chute d'aéronefs militaires sur des civils. Les responsables sont cependant souvent incapables de prévoir où ces cibles mobiles seront touchées.

3. Obligation de choisir la cible appropriée lorsqu'un choix entre plusieurs objectifs militaires existe

a. Règles conventionnelles, principes généraux et droit coutumier général

L'article 57 (3) du Protocole I prévoit que « [l]orsque 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 ».

La théorie de droit naturel de la guerre juste suggérait déjà l'obligation de choisir un moyen alternatif pour atteindre un objectif militaire si cela permettait d'épargner davantage des innocents[125]. Même si cette obligation peut être déduite d'une combinaison entre le devoir d'épargner la population civile dans la mesure du possible et les principes de nécessité militaire et de proportionnalité[126], l'auteur de ce texte n'est pas convaincu que l'obligation précitée soit le résultat nécessaire de cette combinaison[127].

Malgré certains indices suggérant le contraire[128], il semble que suffisamment d'éléments nous permettent de conclure que cette obligation du choix d'un moyen alternatif pour atteindre un objectif militaire soit de nature coutumière, du moins pour les attaques dirigées contre des objectifs sur terre. L'obligation est reprise de façon générale pour la guerre aérienne à la Règle 33 du Manuel du HPCR. On peut même estimer que cette obligation est devenue plus

---

[122] Voir *Joint Doctrine for Targeting*, *supra* note 79, p. I-6; Michael N. SCHMITT, "The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 2, p. 168. *Contra:* Lt. Col. Kenneth A. RIZER, "Bombing Dual Use Targets: Legal, Ethical and Doctrinal Perspectives", 2001, disponible sur: http://www.airpower.maxwell.af.mil/airchronicles/cc/Rizer.html

[123] Michael N. SCHMITT, "Future War and the Principle of Distinction", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1999, p. 79-80.

[124] Entretien avec Brig. Gen. David A. DEPUTALA (15 mars 1998), cité par Michael W. LEWIS, "The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War", *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 489.

[125] Gerald J. ADLER, Targets in War: Legal Considerations, in Richard FALK, *The Vietnam War and International Law*, Princeton: Princeton Univ. Press, 1968-1976, vol. 3, p. 310.

[126] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 368; Frits KALSHOVEN, *The Law of Warfare, A Summary of its recent History and Trends in Development*, Leiden: A.W. Nijhoff /Genève: Henry Dunant Institute, 1973, p. 66; BROWN, *supra* note 94, p. 137. Le CICR a suggéré cette règle à la Conférence Diplomatique sous le titre "Proportionnalité" (voir *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 3 mai-3 juin 1972 (seconde session)*, I, Textes, Documentation présentée par le CICR, Genève, janvier 1972).

[127] Voir SASSÒLI, *supra* note 4, p. 485-486.

[128] Voir par exemple la pratique inconsistante des Etats-Unis à ce sujet. *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 21.

facile à respecter avec le développement de nouvelles technologies informatiques permettant de modéliser une attaque avant qu'elle n'est lancée.

b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne

Nous pouvons mentionner comme exemple, le fait que durant la Deuxième Guerre mondiale, les Alliés reportèrent avoir, en territoire occupé par l'Allemagne, attaqué les lignes de chemin de fer en dehors des villes et des villages[129]. Le bombardement systématique de villes allemandes et japonaises sur territoire ennemi démontre cependant que les Alliés ne se sentirent pas toujours obligés de faire un tel choix au niveau des cibles. Par exemple, bien que le bombardement précis de nœuds importants de l'industrie de guerre allemande était possible et s'avéra comme cruciale vers la fin de la guerre, les bombardements systématiques à tapis continuèrent[130]. Mentionnons aussi un pamphlet des forces aériennes étasuniennes qui en 1976 déjà reprenait le libellé exact de l'article 57 (3) du Protocole I[131].

4. Obligation de choisir les moyens et méthodes d'attaque appropriés

a. Traités, principes généraux et droit coutumier général

L'article 57 (2) (a) (ii) du Protocole I prévoit que « ceux qui préparent ou décident une attaque doivent 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 ».

Cette obligation découle du principe de nécessité militaire. En effet, comme il est généralement reconnu que les pertes civiles incidentes sont regrettables et doivent être évitées, une attaque qui aurait pu être menée avec des moyens entraînant moins d'effets incidents mais qui ne l'a pas été, viole le principe de nécessité militaire

On peut ainsi considérer cette règle comme reflétant le droit coutumier, ce qui fut confirmé ces dernières décennies du fait de son adoption dans des manuels militaires (aussi d'Etats non Parties au Protocole I) [132] et de par sa mention, en ce qui concerne l'obligation d'éviter les dommages incidents aux biens culturels protégés, à l'article 7 (b) du Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé[133]. L'obligation est reprise à la Règle 32(b) du Manuel du HPCR. La mission d'établissement des faits sur le conflit à Gaza discuta longuement des violations de cette obligation par Israël, bien que cet État n'est pas partie du Protocole I[134].

b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne

---

[129] *Annexe au Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, *supra* note 31, p. 79; *Commentaire Protocoles*, *supra* note 36, § 687.
[130] Voir SASSÒLI, *supra* note 4, p. 261-263.
[131] Voir *US Air Force Pamphlet*, *supra* note 1, p. 5-3.
[132] *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 17.
[133] Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999.
[134] Voir Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, 25 septembre 2009, UN Doc. A/HRC/12/48, § 543-595, disponible sur: http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2FHRC%2F12%2F48&Submit=Recherche&Lang=F .

Nous pouvons mentionner ici divers exemples de telles pratiques. Durant la Guerre du Vietnam, les Etats-Unis donnèrent des instructions détaillées à leurs pilotes sur les moyens et méthodes d'attaque qui devaient être choisis pour réduire au minimum les pertes civiles incidentes[135]. Dans le même sens, un manuel de l'armée de l'air des Etats-Unis reproduit le libellé exact de l'article 57 (2) (a) (ii) du Protocole I[136]. Aussi, après la Guerre du Golfe de 1991, le Pentagone rapporta que la coalition avait tenté de minimiser les pertes civiles par l'usage d'armes précises et en posant des mesures contraignantes sur l'utilisation d'armes notamment lorsqu'elles étaient employées à proximité de zones peuplées. Par exemple, certaines attaques n'étaient permises que de nuit, c'est-à-dire lorsque les civils ne se trouveraient pas dans les alentours de la cible[137]. Lors de l'attaque d'équipements d'armes nucléaires, biologiques ou chimiques présumés, la coalition a rapporté avoir pris différentes mesures de précaution dans le choix des moyens et méthodes, en utilisant "penetrating warheads followed by incendiaries designed to keep high--intensity fires burning for as long as possible. The planes then 'seeded' the area around the bunkers with aerial mines to prevent human access to the storage areas. Finally, the planners timed the attacks for one hour before sunrise to maximize the amount of direct sunlight any escaping spores would be subjected to during the first day"[138]. Enfin, durant la guerre du Kosovo de 1999, l'OTAN fit des efforts particuliers pour choisir les armes les plus précises en attaquant une cible[139]. Le Secrétaire général de l'OTAN aurait même déclaré que le droit international exigeait l'utilisation d'armes précises[140].

c. Rapport entre l'obligation d'éviter et l'obligation de minimiser

L'obligation principale est d'éviter des dommages à la population civile. L'obligation de minimiser ces dommages, quant à elle, ne prend naissance que lorsqu'il n'est pas possible pratiquement de remplir l'obligation principale[141].

d. Moyens

Le rapport entre l'obligation de prendre des mesures de précaution et l'usage d'armes précises a été discuté plus haut[142]. Des controverses particulières concernent dans ce domaine les bombes à sous-munition et l'emploi de drones.

---

[135] "Rules of Engagement of the American Division and of the 11th Infantry Brigade" et extraits des instructions, Annexes à la lettre du Secrétaire de la Défense Schlesinger au Sénateur Goldwater, publiés in US Congressional Record, 94th Congress, Vol. 121, n° 88, 6 juin 1975, p. 9902 (aussi reproduit en partie dans le *Digest of the United States Practice in International Law*, 1975, p. 813-816); Hays PARKS, "Linebacker and the Law of War", *Air University Review*, vol. 34, 1983, p. 19-27; Burrus M. CARNAHAN, "Linebacker II and Protocol I: The Convergence of Law and Professionalism", *American University Law Review*, vol. 31, 1982, p. 865-866; William V. O'BRIEN, *The Conduct of Just and Limited War*, New York: Praeger cop., 1981, p. 311-312, et renvois afférents.

[136] *US Air Force Pamphlet*, *supra* note 1, p. 5-9.

[137] Etats-Unis, *Interim Report on the Persian Gulf Conflict*, *supra* note 90, p. 27-1. Voir aussi les déclarations supplémentaires des Etats-Unis et du Royaume-Uni citées dans l'*Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 17.

[138] Entretien avec Brig. Gen. David A. DEPUTALA (15 mars 1998), cité par LEWIS, *supra* note 124, p. 489-490.

[139] Voir *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 18.

[140] BELT, *supra* note 58, p. 165.

[141] KALSHOVEN/ZEGVELD, *supra* note 41, p. 108.

[142] Voir *supra*, texte accompagnant les notes 58-65.

i. Les armes à sous-munition

Bien que la Convention d'Oslo interdise aujourd'hui les bombes à sous-munition[143], l'admissibilité de leur usage dans des zones densément peuplées par des Etats non parties de cette convention reste source de controverses[144]. En ce qui concerne la campagne aérienne au Kosovo, Human Rights Watch note que "[t]here are seven confirmed and five likely incidents involving civilian deaths from cluster bomb use by the United States and Britain. Altogether, some ninety to 150 civilians died from cluster bomb use. ... After the technical malfunction of a cluster bomb used in an attack on the urban Nis airfield on May 7 …, the White House quietly issued a directive to restrict cluster bomb use (at least by U.S. forces). Cluster bombs should not have been used in attacks in populated areas, let alone urban targets, given the risks. The use prohibition clearly had an impact on the subsequent civilian effects of the war, particularly as bombing with unguided weapons (which would otherwise include cluster bombs) significantly intensified after this period. Nevertheless, the British air force continued to drop cluster bombs"[145]. Pour la guerre en Iraq en 2003, un certain nombre des accusations d'attaques indiscriminées provenaient de l'usage par des aéronefs de la coalition de bombes à sous-munition contre des objectifs militaires situés dans des quartiers résidentiels[146]. Certains experts ont considéré que ces attaques étaient des crimes de guerre[147]. Dans son rapport le plus détaillé (sur les guerres en Afghanistan et en Iraq), Human Rights Watch souligne que "while not inherently indiscriminate, cluster bombs are prone to being indiscriminate, particularly when certain methods of attack or older or less sophisticated models are used"[148]. Sur la base de ses recherches, Human Rights Watch soutient que "when cluster bombs are used in any type of populated area, there should be a strong, if rebuttable, presumption under the proportionality test that an attack is indiscriminate"[149]. Selon l'auteur de cet article, ce n'était pas (nécessairement) le principe de proportionnalité qui était violé en l'espèce mais l'obligation de prendre des mesures de précaution puisque l'auteur n'a pas trouvé d'explication par les forces de la coalition du pourquoi seules des bombes à sous-munitions et pas d'autres armes pouvaient être utilisées dans ces attaques. Tant qu'il existe des alternatives, l'usage des bombes à sous-munition dans des zones densément peuplées est contraire à

---

[143] Articles 1, 3 et 4 de la Convention sur les armes à sous-munitions du 30 mai 2008.

[144] International Humanitarian Law and Human Rights Law, in *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Report*, Volume II, p. 338-343, disponible sur: http://www.ceiig.ch/pdf/IIFFMCG_Volume_II.pdf ; Human Rights Watch, *Up In Flames: Humanitarian Law Violations and Civilian Victims in the Conflict over South Ossetia*, janvier 2009, p. 64-66, disponible sur: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/georgia0109web.pdf

[145] Human Rights Watch, *supra* note 73.

[146] Human Rights Watch, *supra* note 73; Amnesty International, *Iraq: Civilians Under Fire*, 7 avril 2003, p. 55-63.

[147] *Report of the Inquiry into the Alleged Commission of War Crimes by Coalition Forces in the Iraq War during 2003*, § 2.1.9.

[148] Human Rights Watch arrive à la même conclusion dans son rapport sur le conflit de 2008 en Ossétie du Sud, conflit durant lequel tant bien la Géorgie que la Russie auraient utilisé des armes à sous-munitions. Selon le Rapport, "[b]ecause cluster munitions cannot be directed at specific fighters or weapons, civilian casualties are virtually guaranteed if cluster munitions are used in populated areas. For this reason, using cluster munitions in populated areas should be presumed to be indiscriminate attack, which is a violation of international humanitarian law". L'organisation précise plus loin que "parties to a conflict are under the obligation to take "all feasible precautions in the choice of means and methods" of warfare so as to avoid and in any event minimize "incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects." The indiscriminate nature of cluster munitions makes it impossible for a party using cluster munitions in populated areas to observe this principle. Voir Human Rights Watch, *supra* note 144, p. 11-12 et 103.

[149] Human Rights Watch, *Fatally Flawed: Cluster Bombs and their Use by the United States in Afghanistan*, décembre 2002, note de bas de page 44, disponible sur: http://www.hrw.org/reports/2002/us-afghanistan/index.htm#TopOfPage

l'obligation de choisir les moyens et méthodes appropriés. En effet, ces armes sont de façon inhérente moins à même d'être utilisées de façon discriminatoire lorsque des objectifs militaires et des biens de caractère civil se juxtaposent, et ceci même si, en soi, ces armes peuvent atteindre leur cible de façon très précise[150].

ii. Les drones et les engins autonomes ou intelligents

Lorsque l'on aborde le choix des moyens dans la guerre aérienne, on ne peut pas passer sous silence la question des drones qui sont devenus le moyen de prédilection des Etats-Unis dans leur « conflit armé contre Al-Qaeda et ses associés » et qui font l'objet de débats passionnés dans l'opinion publique parmi les experts et dans les rapports des ONGs. Dans ce même contexte, mais allant encore un pas plus loin, des engins autonomes (qui choisiraient eux-mêmes leurs cibles ainsi que le moment et la méthode pour les attaquer en vertu d'un programme informatique préétabli) ou même intelligents (qui en plus des qualités des engins autonome décrites ci-dessus pourraient même modifier en vertu de leur « expérience » ces données) font l'objet de discussions intenses.

En ce qui concerne les drones, l'auteur de ces lignes admet qu'ils posent des questions sérieuses par rapport à des règles de droit international autres que celles sur les précautions. Ne facilitent et ne banalisent-ils pas un usage de la force au-delà des frontières ? Quand est-ce que leur usage est régi (et peut-être même justifié par opposition aux droits humains qui interdisent un usage de la force lors duquel la personne qui en fait l'objet ne peut pas être arrêtée) par le DIH, car il tombe en particulier sous le domaine d'application géographique et matériel du DIH ? Les cibles sont-elles légitimes ? Le secret qui entoure leur usage et la difficulté de les attribuer à un État ne rendent-ils pas la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État et de la responsabilité pénale individuelle trop difficile ? Toutefois, lorsque l'on analyse leur usage uniquement sous l'angle des précautions dans l'attaque, on ne voit vraiment pas leurs inconvénients, même par rapport à une attaque aérienne avec des missiles guidées, aussi longtemps qu'un être humain les contrôle constamment et prend la décision de l'usage de la force létale. Certes, il peut y avoir des défaillances techniques, mais il y en a aussi dans les avions pilotés et les êtres humains commettent également des erreurs. Pour le reste, le drone peut planer pendant des heures sur la cible pour permettre à ceux qui le contrôlent de vérifier de manière approfondie sa légitimité et le respect du principe de proportionnalité. L'attaque peut ensuite avoir lieu au moment et dans les circonstances où la probabilité d'atteindre uniquement la cible et non pas incidemment des civils est la plus élevée. Aussi, certaines mesures de précautions qui ne pourraient pratiquement pas être prises par un être humain pilotant un avion deviennent possibles par l'utilisation des drones. Nous avons vu que l'un des facteurs pouvant rendre une mesure de précaution supplémentaire en faveur de la population civile pratiquement impossible à prendre est le risque trop élevé que cette mesures implique pour les pilotes. Or, ceux qui dirigent un drone depuis l'autre côté de la planète ne courent aucun risque. Ils ne sont pas soumis au stress du combat et ils peuvent évaluer tous les facteurs la tête froide. Finalement, si la volonté politique existe, la responsabilité pénale et disciplinaire de ceux qui dirigent des drones est beaucoup plus facile à mettre en œuvre, car tout est par définition enregistré sur une vidéo.

Quant à de futurs systèmes autonomes ou même intelligents, leurs avantages et inconvénients en matière de précautions dépendront de leurs capacités techniques et de leur programmation. Vu que l'auteur de ces lignes est un être humain, il est animé par le préjugé que les machines

[150] Marina MANCINI, Air Operations against the Federal Republic of Yugoslavia (1999), in RONZITTI/VENTURINI, *supra* note 47, p. 282-283.

sont plus stupides que les êtres humains. Il doit tout de même admettre que seul l'être humain peut être inhumain, que seul l'être humain peut décider délibérément de violer des règles et que sa voiture présente moins souvent des défaillances techniques qu'il ne fait d'erreurs en conduisant. Pour revenir aux futurs systèmes autonomes ou intelligents, tout dépendra donc de leur capacité d'être en moyenne meilleur qu'un soldat moyen à prendre toutes les mesures de précaution discutées dans cette contribution. À cet égard, l'identification de la légitimité de la cible en vertu de l'appartenance à une certaine catégorie ou de certains comportements et la nécessité d'interrompre une attaque lorsque les faits se révèlent autres que ceux qui étaient prévus pose un problème particulier. Cela d'autant plus que rien n'empêche l'ennemi de donner à certains objets les qualités dont il sait que l'engin attaquant prendra pour preuve d'une cible légitime (qu'on ne pense qu'aux chars gonflables du Kosovo accompagnés par un tracteur) – tandis qu'un déguisement de combattants en civils serait interdit en DIH. Toutefois, si ces problèmes peuvent être surmontés par un engin programmé aussi bien que par un soldat moyen, l'engin a, du point de vue du respect de la population civile, des avantages évidents comparé à un être humain, puisque l'engin en question n'a ni peur ni stress ni vie qui pèserait dans l'évaluation de la question de savoir si des mesures de précaution supplémentaires sont pratiquement possibles.

e. Méthodes

En ce qui concerne le choix des méthodes de guerre, l'exemple classique est celui du moment de l'attaque[151]. Le Manuel militaire du Royaume-Uni explique que "[i]f it is known, for example, that a bridge is heavily used by civilians during the day but hardly at all at night, a night-time attack would reduce the risk of civilian casualties"[152]. Human Rights Watch affirme que durant la guerre du Golfe de 1991, la coalition n'aurait pas dû attaquer de jour des cibles telles que des ponts et des usines lorsqu'elles n'étaient pas utilisées en soutien direct des opérations militaires puisqu'il était probable que des civils s'y trouvaient[153]. Pour la campagne du Kosovo, Human Rights Watch rapporte que suite à une attaque de jour sur un pont de la ville de Varvarin qui entraîna des pertes civiles, les pilotes furent instruits de ne plus attaquer des ponts durant la journée, les week-ends, les jours de marché ou les jours fériés. De l'opinion de l'organisation, "there is no evidence that the daylight timing of the attack at Varvarin (or on many other fixed targets) was critical to the destruction of the target – the attack was not directed specifically against military traffic. Around-the-clock bombing in these and other cases rather seems to have been part of a psychological warfare strategy of harassment undertaken without regard to the greater risk to the civilian population"[154]. Si ces faits sont avérés, ces attaques auraient en effet dû avoir lieu la nuit.

Le choix des méthodes d'attaque comprend celui de la direction depuis laquelle une attaque est lancée et du point précis visé sur la cible[155]. Durant la guerre du Golfe de 1991, après qu'une bombe lâchée d'un bombardier britannique manqua sa cible, un pont de Falluja, et tomba sur une place de marché, il fut rapporté que les pilotes prirent des précautions supplémentaires pour viser le centre d'un pont lors d'un bombardement, et plus l'extrémité comme c'était le cas auparavant. Aussi, les pilotes volèrent en logeant les rivières dans le but d'assurer qu'une bombe qui ne suivrait pas la trajectoire prévue tomberait avant ou après sa

[151] DINSTEIN, *supra* note 60, p. 143-144; H. MCCOUBREY, "Kosovo, NATO and International Law", *International Relations*, 1999, p. 40; QUEGUINER, *supra* note 62, p. 800.
[152] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.6.
[153] Legal Standards, Conclusions and Unanswered Questions, in Human Rights Watch, *supra* note 58.
[154] Human Rights Watch, *supra* note 73; QUEGUINER, *supra* note 62, p. 801. Dans le même sens, voir Amnesty International, *supra* note 68, p. 45, 54 et 55.
[155] *HPCR Commentary*, *supra* note 19, p. 127.

cible sans résulter en des pertes incidentes[156]. Finalement, en ce qui concerne les avions civils de ligne et les avions auxquels un sauf-conduit a été accordé, le Manuel du HPCR statue que même lorsqu'ils sont devenus des objectifs militaires, une attaque n'est admissible que si aucun autre moyen n'est disponible pour les contrôler et la cause ayant entraîné leur perte de protection est suffisamment grave[157]. La décision de les attaquer ne peut être prise qu'à un niveau élevé de l'échelle de commandement[158].

Selon l'auteur de cet article, l'obligation de choisir les méthodes d'attaques appropriées impliquent également l'obligation de choisir le temps et l'endroit où l'aéronef ennemi sera attaqué. Du fait du danger que représente la chute de ces aéronefs pour la population civile sur terre, ces cibles doivent être visées, lorsque cela est pratiquement possible, lorsqu'elles survolent la mer ou des zones inhabitées plutôt qu'au-dessus de zones densément peuplées. Cet avis fut contesté par la majorité des experts ayant élaboré le Manuel du HPCR[159]. Certes, ceux qui décident et préparent l'attaque d'un aéronef militaire ennemi sont souvent incapables de prévoir où ces cibles mobiles seront touchées. Aussi, l'équipage qui dirige un aéronef n'a pas le temps d'évaluer les alternatives et n'a que rarement la certitude que ces alternatives seront couronnées de succès. Ceci est pour le moins vrai dans des conflits armés internationaux généralisés. Toutefois, quand le DIH s'applique du fait qu'un seul aéronef ennemi a été visé, la probabilité que les mesures de précaution mentionnées ci-dessus peuvent être prises sera plus élevée.

5. Obligation d'interrompre une attaque quand il devient évident qu'elle est illégale

a. Traités, principes généraux et droit coutumier général

L'article 57 (2) (b) du Protocole I prévoit que « 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 ».

Cette obligation découle inévitablement des interdictions substantielles mentionnées ci-dessus[160], du moins si nous entendons l'obligation de l'article 57 (2) (b) comme interdisant uniquement la continuation d'une attaque lorsque la personne qui la mène en connait le caractère illicite. A notre avis, l'article 57 (2) (b) n'a pas pour objet d'éviter qu'une attaque viole ces interdictions substantielles par négligence. Cela est en effet couvert par l'obligation de vérifier. Ainsi, il nous semble que ceux qui considèrent que l'article 57 (2) (b) serait trop exigeant car il imposerait à ceux qui mènent les attaques de faire leur propre test de proportionnalité (ce qui rendrait la coordination des opérations militaires impossible) ont mal compris cette provision[161]. A notre avis, tout ce que la disposition demande est que la

---

[156] John LANCASTER, "Tape of Errant Bomb Highlights the PR War Over Civilian Casualties", *The Washington Post*, 18 février 1991.
[157] *Manuel du HPCR, supra* note 2, Règle 68(a)-(c).
[158] *Ibid*., Règle 69.
[159] *HPCR Commentary, supra* note 19, p. 136.
[160] Henri MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole I aux Conventions de Genève », *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 41, 1981, p. 61, 63.
[161] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 366-367; ROBERTS, *supra* note 99, p. 160; Frédéric de MULINEN, "The law of War and the Armed Forces", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 18, n°202, 1978, p. 41.

personne menant une attaque l'interrompt quand il lui apparait que l'attaque est illicite. A nos yeux, le pendant coutumier de cette disposition devrait être entendu dans ce sens également. Preuve en est qu'à la Conférence Diplomatique le Brésil voulait remplacer les mots « lorsqu'il paraîtra » ou « apparaîtra » ("if it becomes apparent" dans la version anglaise) par « s'ils constatent » ("if they perceive" dans la version anglaise)[162]. On rétorqua alors que "apparent" et "evident" étaient équivalents et le Brésil expliqua après le vote devant le Comité compétent qu'il comprenait le mot "apparent" comme signifiant « lorsque l'on se rendra compte » ou « constatar » en portugais[163]. Depuis l'adoption du Protocole I, l'obligation de l'article 57 (2) (b), telle que comprise par l'auteur de cet article, est apparue dans plusieurs manuels militaires (d'Etats non Parties au Protocole également)[164] et à l'article 7 (b) du Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé[165]. Elle est reprise par la Règle 35 du Manuel du HPCR.

Si l'on comprend l'article 57 (2) (b) dans notre sens, il devient difficile de saisir certaines déclarations et réserves d'Etats à propos de cette disposition. La Suisse, par exemple, avait fait une déclaration concernant l'entier du paragraphe 2 de l'article 57 précisant que pour elle ce paragraphe n'impose d'obligations qu'aux commandants « au niveau du bataillon ou du groupe et aux échelons plus élevés »[166]. Elle l'a entretemps retirée[167]. Un autre exemple nous provident du Royaume-Uni qui mentionna lors de sa ratification du Protocole I que l'article 57 (2) (b) ne s'applique pour lui qu'à ceux qui "have the authority and the practical possibility to cancel or suspend the attack"[168] et son Manuel militaire précise que cette autorité est "laid down in national laws, regulations, or instructions or agreed rules for NATO or other joint operations"[169]. Le fait de limiter l'obligation de l'article 57 (2) (b) à ceux qui ont la possibilité concrète d'interrompre l'attaque est évident. Par contre, selon nous, ceux qui ont cette possibilité doivent interrompre une attaque qui leur apparait illicite, et ce, quel que soit leur rang. Dans le cas contraire, ces personnes violeraient délibérément la règle substantielle, par exemple celle qui interdit d'attaquer les civils[170].

Précisons encore que planifier à nouveau l'attaque afin de, par exemple, la rendre compatible avec le principe de proportionnalité[171], est une manière d'interrompre l'attaque (originelle). Certains auteurs font une distinction entre l'aspect mouvement et l'aspect feu d'une opération, en avançant que le dernier aspect est plus difficile à interrompre. C'est peut-être cette considération qui est derrière la déclaration du Royaume-Uni et la réserve de la Suisse. Seul l'aspect feu d'une opération est un acte de violence et de ce fait une attaque qui doit être interrompue[172].

---

[162] *Actes de la Conférence diplomatique*, *supra* note 10, vol. III, p. 236 et vol. XIV p. 202.
[163] *Ibid.*, vol. XIV, p. 325.
[164] *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 19.
[165] Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999.
[166] Suisse, Instrument de ratification du Protocole I, *Ratification par la Suisse*, 17 février 1982, disponible sur: http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/intrea/depch/warvic/note85.Par.0007.File.tmp/mt_070207_notif820301_f.pdf
[167] Suisse, Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, *Retrait de réserves*, RO 2005 2619, 17 juin 2005, disponible sur: http://www.admin.ch/ch/f/as/2005/2619.pdf
[168] SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 817.
[169] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.10 (note de bas de page omise).
[170] KOLB, *supra* note 65, p. 265-266 ; QUEGUINER, *supra* note 62, p. 803-805; Salah El-Din AMER, The Protection of Civilian Population, in RONZITTI/VENTURINI, *supra* note 47, p. 26.
[171] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.7.
[172] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 366.

b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne

A titre d'exemple, mentionnons qu'au commencement de la Deuxième Guerre mondiale et durant la guerre du Vietnam, les équipages de guerre avaient reçu l'instruction de rentrer avec leurs bombes s'ils n'étaient pas capables d'identifier positivement leurs cibles[173]. Aussi, même avant l'adoption du Protocole I, les Etats-Unis, qui ne sont pas parties au Protocole, reprenaient dans le pamphlet de ses forces aériennes le libellé exact de l'article 57 (2) (b) du Protocole I[174]. D'ailleurs, après le bombardement d'un hôpital durant l'invasion de Grenade en 1983, les Etats-Unis avancèrent qu'il avait été impossible pour les pilotes d'identifier que le bâtiment était un hôpital[175]. De ce fait, ils reconnurent que si les personnes menant l'attaque s'étaient rendus compte que la cible visée était un hôpital, ils auraient dû interrompre l'attaque.

6. Obligation de donner un avertissement en temps utile

a. Traités et droit coutumier général

L'article 57 (2) (c) du Protocole I prévoit que « 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 ».

Cette règle existait déjà bien avant l'adoption du Protocole I[176], en particulier à l'article 26 du Règlement de la Haye. Après l'adoption du Protocole I et de l'article 57 (2) (c), d'autres textes[177] et plusieurs manuels militaires (également d'Etats non Parties aux Conventions) [178] reprirent cette obligation. Elle figure à la Règle 37 du Manuel du HPCR.

Cette obligation de prévenir couvre également les attaques qui pourraient toucher des non combattants, autrement dit des membres des forces armés qui bénéficient d'une protection spéciale comme le personnel médical ou les aumôniers, ou qui sont hors de combat comme les blessés, les malades, les naufragés et les prisonniers de guerre.[179].

b. Pratique spécifique en matière de guerre aérienne

La question de savoir si l'obligation de donner un avertissement en temps utile s'applique aux bombardements aériens est très controversée. Ceux qui le contestent affirment que la partie attaquée, si avertie, pourrait concentrer ses forces de défense aérienne autour de la cible

---

[173] Voir J. M. SPAIGHT, *Air Power and War Rights*, Londres/New York/Toronto: Longmans Green, 1947, 3ème éd. p. 268 (pour les premières années de la Deuxième Guerre mondiale) et CARNAHAN, *supra* note 135, p. 865-866 et *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique des États-Unis, concernant la Règle 15 (pour la guerre du Vietnam).
[174] *US Air Force Pamphlet*, *supra* note 1, p. 5-9.
[175] Claude EMANUELLI, L'application du droit international humanitaire durant l'intervention de la force multinationale à Grenade, *Etudes internationales*, vol. 37, 1986, p. 95.
[176] A. R. THOMAS et James C. DUNCAN (éd.), "Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations" [ci-après: Annotated Supplement], *International Law Studies*, vol. 73, 1999, p. 427, note 126.
[177] Voir article 5 (2) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II à la Convention de 1980), in SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 203; article 6 (4) du Protocole II à la Convention de 1980, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996.
[178] *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 20. Voir aussi DAVID, *supra* note 80, p. 452-453.
[179] *Annotated Supplement*, *supra* note 176, p. 481.

annoncée. Selon eux, la nature même des bombardements aériens empêche qu'un avertissement soit donné[180]. C'est précisément cette impossibilité qui est énoncée comme une exception à l'intérieur même de la règle de l'article 57 (2) (c)[181]. Comme exemple précis d'une telle pratique, nous pouvons nous référer à l'application de cette règle aux bombardements aériens dans les cas *Coënca* et *Kiriadolou* après la Première Guerre mondiale par le Tribunal arbitral mixte greco-allemand.[182]. Aussi, durant la Deuxième Guerre mondiale[183], la guerre de Corée[184], la guerre du Moyen-Orient de 1956[185] et la guerre du Vietnam[186], il y eut des avertissements avant certains bombardements aériens. Le fait que ces avertissements n'étaient pas systématiques peut s'expliquer par l'exception présente dans la règle. La pratique des Etats durant la Deuxième Guerre mondiale fut soit de ne pas avertir des attaques, soit de donner des avertissements si généraux qu'ils ne pouvaient remplis leur rôle. Ceci s'explique par le fait que l'élément de surprise est souvent crucial dans les attaques aériennes, et que les avertissements peuvent autant permettre aux civils de se réfugier que prévenir les forces aériennes de défense. Cette pratique était par ailleurs soutenue par les actes préparatoires des Règles de La Haye qui suggèrent que l'exception de l'assaut concerne tous les cas où l'effet de surprise est nécessaire[187].

Mentionnons aussi que même avant que le Protocole I fut adopté, le pamphlet de l'armée de l'air des Etats-Unis reprenait mot pour mot le libellé de l'article 57 (2) (c) du Protocole I[188]. La pratique effective des belligérants depuis 1977 est difficile à évaluer du fait de l'exception contenue dans la règle. Il faut néanmoins mentionner qu'Israël a donné des avertissements en temps utile avant des bombardements aériens durant son invasion du Liban[189] et durant ses récentes attaques dans les territoires palestiniens autonomes (les critiques portant uniquement sur la question de savoir si ces avertissements furent efficaces)[190], et que l'Iraq en fit de même

---

[180] Eberhard SPETZLER, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Göttingen: Musterschmidt Verlag, 1956, p. 43-45; Julian G. VERPLAETSE, "The ius in bello and Military Operations in Korea 1950-1953", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 23, 1963, p. 705-706; Morris GREENSPAN, *The Modern Law and Land Warfare*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1959, p. 340-341; Jean S. PICTET, « La protection juridique de la population civile en temps de guerre », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 21, n° 246, 1939, p. 279.

[181] QUEGUINER, *supra* note 62, p. 806-807.

[182] Voir SCHWARZENBERGER, *supra* note 22, p. 144-150; CASSESE, *supra* note 101, p. 84.

[183] Marjorie M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, Washington: U. S. Government Printing Office, 1968, vol. 10, p. 416.

[184] *Ibid.*, p. 140-141; GREENSPAN, *supra* note 180, p. 340; Raphael LITTAUER et Norman UPHOFF, *The Air War in Indochina*, Boston: Beacon Press, 1972, 2ème éd., p. 208; *US Air Force Pamphlet 110-31*, *supra* note 1, p. 5-16.

[185] WHITEMAN, *supra* note 183, p. 425.

[186] US Military Assistance Command, Vietnam, *Directive No. 525-13, Rules of Engagement for the Employment of Firepower in the Republic of Vietnam*, mai 1971, p. 9898-9900, 9903; Stephen B. YOUNG, "Westmoreland v. CBS: The Law of War and the Order of Battle Controversy", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, p. 251.

[187] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 367 (note de bas de page omise).

[188] *US Air Force Pamphlet*, *supra* note 1, p. 5-9 et 5-10.

[189] Israël, Ministère des affaires étrangères, *Briefing: The Israeli Operation in Lebanon, Legal Aspects*, 18 juillet 1982, p. 6; Sean MCBRIDE, *Israel in Lebanon: The Report of the International Commission to enquire into reported violations of International Law by Israel during its invasion of the Lebanon*, Londres: Ithaca Press, 1983, p. 71-73.

[190] *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique d'Israël concernant la Règle 20. Voir aussi Conseil des droits de l'homme, *supra* note 134, § 527-536. Le paragraphe 530 en particulier est très précis sur ce qui constitue un avertissement en temps utile et par des moyens efficaces.

durant la guerre contre l'Iran[191]. Des sortes d'avertissements furent également données par l'OTAN lors de l'attaque de la tour de télévision de Belgrade[192]. On peut seulement espérer que les manuels militaires américains correspondent à la réalité lorsqu'ils affirment que "[m]ore recently, increased emphasis has been placed on the desirability and necessity of prior warnings"[193].

c. Moment, méthodes et contenu de l'avertissement

Concernant le moment où l'avertissement doit être donné, le Manuel du Royaume-Uni relève que "[t]he object of warnings is to enable civilians to take shelter or leave the area and to enable the civil defence authorities to take appropriate measures. To be effective the warning must be in time, sufficiently specific and comprehensible to enable them to do this"[194].

On peut citer comme exemple de méthodes d'avertissements le lâché de tracts et les bulletins d'information à la télévision ou la radio[195] à des fréquences qui permettent d'atteindre la population civile concernée. On rapporte également que durant la guerre du Kosovo, certains pilotes, avant d'attaquer un pont, le survolaient en inclinant les ailes, ce qui fut correctement interprété par la population locale comme le signe de se retirer du pont.

Les avertissements donnés pour protéger la population civile doivent être distingués des menaces contre cette population. Sous l'article 51 (2) du Protocole I, « [n]i la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile ». Selon l'auteur de cet article, la différence entre les avertissements et les menaces réside tout d'abord dans leur contenu. Un avertissement annonce l'attaque d'un objectif militaire (qui peut affecter la population civile) et non une attaque dirigée directement contre la population civile. Ensuite, la précision de l'avertissement *ratione loci* et si possible *ratione temporis* le distingue de la menace. Un « avertissement » qui serait trop vague, par exemple l'annonce qu'une ville sera bombardée, entraînera un sentiment de terreur au sein de la population civile et se transformerait ainsi en menace.

Selon certains auteurs, le but de l'avertissement peut néanmoins être d'ébranler la volonté de l'ennemi de continuer de se battre ou de mettre à mal le soutien que la population civile accorde à son gouvernement [196]. Durant la Deuxième Guerre mondiale, un objectif des avertissements généraux était aussi de faire déserter les travailleurs des fabriques d'armes de leur place de travail[197]. Michael Schmitt rapporte qu'afin de démontrer leur contrôle de l'espace aérien, les forces étatsuniennes, durant le conflit en Corée, jetaient des tracts prévenant d'attaques sur des objectifs militaires[198]. Selon cet auteur, il n'y a rien d'immoral

---

[191] *Lettre datée du 12 juin 1984, adressée au Secrétaire Général par le Représentant Permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies*, UN Doc. S/16620, 12 juin 1984; Edgar O'BALLANCE, *The Gulf War*, London: Brassey's, 1988, p. 153.
[192] See *infra* note 200.
[193] See *US Air Force Pamphlet 110-31*, *supra* note 1, p. 5-11. Voir aussi *Annotated Supplement*, *supra* note 176 p. 427, note 125.
[194] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.8 (note de bas de page omise); ROGERS, *supra* note 57, p. 49.
[195] *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, Règle 37 et *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.8.
[196] Michael N. SCHMITT, "Targeting and Humanitarian Law: Current Issues", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 33, 2003, p. 73.
[197] MEYROWITZ, *supra* note 160, p. 62, note de bas de page 120.
[198] R. F. FUTRELL, *The United States Air Force in Korea 1950-1953*, Washington, D.C. : Office of Air Force History, U.S. Air Force, 1983, p. 516.

ou d'illégal dans le fait de s'attaquer à la volonté d'un peuple ou de son dirigeant. Il note cependant que le droit humanitaire règle comment cela doit se faire[199]. L'avis de l'auteur est que comme les avertissements ne sont pas des attaques, ils peuvent être dirigés contre le moral d'une population pour autant qu'ils ne constituent pas des menaces de l'usage de la violence. Si des avertissements annoncent des actes de violence, ceux-ci doivent être dirigés contre des objectifs militaires et les avertissements doivent permettre à la population civile d'éviter ces objectifs.

Par exemple, la question de savoir si l'avertissement donné avant l'attaque de la tour de radio et de télévision serbe à Belgrade était suffisant est controversée. Ove Bring rapporte qu'il semble qu'un avertissement indirect ait été communiqué aux autorités à Belgrade bien avant que l'attaque n'ait lieu. Comme aucune attaque ne suivit cet avertissement, les employés civils qui travaillaient de nuit, et qui avaient par le passé quitté le bâtiment du fait de l'avertissement, étaient de retour dans la tour la nuit de l'attaque[200].

Dans le cadre de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza, la question des avertissements a été discutée de manière détaillée[201]. Le paragraphe 530 du Rapport de la Mission est particulièrement intéressant. La Mission y précise que pour respecter l'article 57, lettre c, « l'avertissement doit parvenir à ceux que l'attaque prévue risque de mettre en danger, […] il doit être donné à leurs destinataires un temps suffisant pour réagir, […] il doit expliquer clairement ce qu'il faut faire pour se soustraire aux dangers et […] il doit être crédible. L'avertissement doit également être clair de sorte qu'il ne subsiste dans l'esprit des civils aucun doute sur le fait que c'est à eux qu'il s'adresse effectivement. Dans toute la mesure possible, l'avertissement devrait indiquer le secteur visé et l'endroit où les civils devraient chercher refuge. Pour être crédible, la Mission ne doit laisser subsister aucun doute quant au fait qu'il doit être écouté, étant donné que toute fausse alerte délibérée risque de faire perdre toute crédibilité à des avertissements futurs et de mettre les civils en danger ». Concernant l'opération en question, la Mission conclut que certains des efforts déployés par Israël répondaient aux exigences du droit international humanitaire alors que d'autres se sont avérés insuffisants.

Dans tous les cas, même un avertissement efficace ne rend pas une attaque illégale légale. Il n'enlève pas non plus l'obligation de l'attaquant de prendre des mesures de précautions pour les civils qui ne donnent pas suite à l'avertissement.

Pour la guerre air-air, l'obligation d'avertir, spécifiée dans des règles particulières, entre en jeu non seulement avant l'attaque mais aussi durant les activités militaires qui posent un danger potentiel aux aéronefs civils, des avions de ligne civils, des avions à qui un sauf-conduit a été donné, et des aéronefs sanitaires[202]. Ainsi, les services de contrôle aérien des belligérants et des États neutres devraient s'assurer de la publication d'un NOTAM (Notice to Airmen), donnant des informations sur les activités militaires dans les zones potentiellement dangereuses pour l'aviation civile, y compris l'établissement de zones dangereuses ou les restrictions temporaires applicables à l'espace aérien. De tels avertissements devraient comprendre des informations sur les fréquences sur lesquelles les aéronefs doivent maintenir

[199] SCHMITT, *supra* note 196, p. 73.
[200] Ove BRING, "International Humanitarian Law after Kosovo: Is lex lata Sufficient?", *Nordic Journal of International Law*, vol. 71, 2002, p. 47, note de bas de page 12. Voir aussi l'analyse critique in *Final Report to the Prosecutor*, *supra* note 68, § 77, et Eric DAVID, "Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, p. 92, qui met la faute sur les deux côtés.
[201] Conseil des droits de l'homme, *supra* note 134, § 500-542.
[202] Voir *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, Règles 37, 38, 57, 70 et 74 (b).

une veille continue ; une mise en oeuvre continue des radars météo civils et des modes et des codes d'identification ; les restrictions d'altitude, de cap et de vitesse ; les procédures de réponse à un contact radio avec des forces militaires et pour établir des communications en duplex ; et les mesures que pourraient prendre les forces militaires si le NOTAM n'est pas respecté et si les aéronefs civils sont perçus comme une menace par ces forces militaires[203].

d. Cas où un avertissement n'est pas possible

L'exception à l'obligation d'avertir couvre des cas dans lesquels "mission accomplishment requires the element of surprise or the security of the attacking forces would be otherwise compromised"[204]. Il existe trois raisons admissibles pour ne pas donner d'avertissement. Premièrement, un avertissement n'est pas possible dans le cas où l'ennemi pourrait déployer des moyens de défense anti-aérienne (additionnels) autour de l'objectif militaire annoncé, ce qui mettrait en danger les pilotes de la partie qui a donné l'avertissement. Deuxièmement, suite à l'avertissement, l'ennemi pourrait déplacer certains objectifs militaires ou diminuer l'avantage militaire de leur attaque. Troisièmement, les avertissements peuvent dans certaines situations augmenter les risques pour les civils si l'on peut attendre de l'ennemi qu'il les utilise comme des boucliers humains afin de protéger les objectifs militaires concernés par les avertissements.

7. Qui sont les destinataires des obligations mentionnés plus haut ?

Les règles de comportement du DIH sont généralement adressées aux Etats (et aux groupes armés) et il leur revient d'organiser leurs forces de façon à ce que ces règles soient respectées. Elles diffèrent en cela des dispositions pénales qui concernent quiconque les viole délibérément ainsi que les commandants de ceux qui les violent[205]. Les différentes mesures de précautions sont des règles de comportement, pas des dispositions pénales. L'article 57 du Protocole I est une exception en ce sens puisque son paragraphe 2 (a) – et seulement cette partie – s'adresse à « ceux qui préparent ou décident une attaque ». Comme mentionné plus haut, la Suisse est même allée plus loin et a déclaré lors de la ratification du Protocole I que le paragraphe 2 dans son entier ne créait des obligations que pour les officiers au niveau du bataillon ou du groupe et aux échelons plus élevés[206]. Elle a par la suite retiré cette déclaration[207]. Certains auteurs ont même argumenté que dans le cas d'une opération militaire majeure, l'obligation ne s'adresserait qu'au Commandant général et à son équipe[208]. Selon l'auteur de cet article, une approche si schématique n'est pas raisonnable. Un soldat attaquant une cible que son commandant considère, après vérification, comme étant un objectif militaire, doit stopper l'assaut, comme exigé par l'article 57 (2) (b), dès qu'il constate que son commandant avait tort et qu'il est en réalité en train d'attaquer une école remplie d'enfants.

Selon l'auteur, le Manuel du Royaume-Uni pose correctement que "[w]hether a person will have this responsibility will depend on whether he has any discretion in the way the attack is carried out and so the responsibility will range from commanders-in-chief and their planning staff to single soldiers opening fire on their own initiative. Those who do not have this discretion but merely carry out orders for an attack also have a responsibility: to cancel or

[203] *Ibid*., Règle 55.
[204] *Annotated Supplement*, *supra* note 176, p. 482; AMER, *supra* note 170, p. 28.
[205] Voir article 86 (2) du Protocole I et les articles 28 et 30 du Statut de la Cour Pénale Internationale de 1998.
[206] Suisse, *Ratification par la Suisse*, *supra* note 166.
[207] Suisse, *Retrait de réserves*, *supra* note 167.
[208] KALSHOVEN/ZEGVELD, *supra* note 41, p. 107.

suspend the attack if it turns out that the object to be attacked is going to be such that the proportionality rule would be breached"[209]. Tout dépend de l'attaque concrète. Selon l'auteur de cet article, pour l'obligation de vérifier par exemple, il ne peut pas simplement être assumé que les officiers subalternes n'ont pas la vue d'ensemble nécessaire de la situation militaire[210]. Ce qui compte ce n'est pas qui détient l'autorité selon les règles, régulations et instructions[211], mais qui, concrètement, a la possibilité et les connaissances pour préparer et décider d'une attaque.

Un facteur supplémentaire à prendre compte, facteur particulièrement important pour la guerre aérienne, est que les attaques y sont souvent préparées, décidées et exécutées dans un système de division du travail[212]. Ce système organise également la prise de mesures de précaution. Ainsi, chaque personne impliquée, c'est-à-dire tant bien ceux qui décident (et qui ont en plus le devoir de monter et contrôler le système[213]) que ceux qui mènent les attaques, peuvent présumer que ceux qui sont en charge de prendre des mesures de précaution le font effectivement[214]. Une telle présomption ne vaut cependant tant qu'il n'existe pas d'indication du contraire.

La décision d'interrompre une attaque ne fait pas exception aux considérations mentionnées plus haut. Ceux qui concrètement préparent et décident de l'attaque peuvent en être tenus responsables si cette attaque est illicite. Certains auteurs avancent qu'une telle décision ne peut pas être prise par un commandant de bas rang mais seulement par ceux qui décident de lancer l'attaque[215]. D'autres objectent que ceux qui mènent l'attaque doivent prendre une telle décision selon les paramètres donnés par leur commandant[216]. Il est vrai que l'avantage militaire concret et direct attendu de l'attaque d'un objectif militaire particulier ne peut pas être déterminé les individus qui mènent l'attaque d'un bombardier. Ceux-ci doivent pouvoir assumer qu'une évaluation appropriée de la situation a été faite par ceux qui ont ordonné la mission.[217]. Dans une telle situation, on considérera simplement qu'il n' « apparaissait » pas à l'équipage du bombardier que l'attaque était illégale. De l'avis de l'auteur, l'obligation d'interrompre une attaque lie tous ceux à qui il « apparaît » que l'attaque est illégale. Dans certains cas, cette obligation peut être celle du pilote, comme ce fut le cas dans la guerre du Kosovo lorsqu'un pilote qui attaquait un radar remarqua que la cible était proche d'une église et dévia sa munition qui explosa dans les bois sans incident[218]. Il est vrai que souvent l'illicéité d'une attaque n'apparait qu'aux commandants haut gradés qui en général bénéficient de meilleures sources de renseignements que ceux directement impliqués dans l'attaque[219].

IV. Précautions qui doivent être prises par la partie attaquée

---

[209] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.9 (note de bas de page omise).
[210] DINSTEIN, *supra* note 60, p. 141; Stefan OETER, Methods and Means of Combat, in Dieter FLECK (éd.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, New York: Oxford Univ. Press, 1995, p. 181-182, § 457.
[211] Comme affirmé par le *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.10.
[212] QUEGUINER, *supra* note 62, p. 799.
[213] *HPCR Commentary*, *supra* note 19, p. 126.
[214] Voir dans ce sens également *ibid.*, p. 126.
[215] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 366.
[216] ROGERS, *supra* note 57, p. 68-69.
[217] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 366-67 (note de bas de page omise).
[218] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.32.9, note de bas de page 210.
[219] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 366.

Les précautions qui doivent être prises par la partie attaquée contre les effets des attaques sur la population civile sur terre sont à trouver dans le droit de la guerre sur terre et pas dans le droit de la guerre aérienne. A noter que du fait de la distinction fondamentale entre *jus ad bellum* et *jus in bello*, l'Etat attaqué peut être tant bien l'Etat agresseur que l'Etat agissant en légitime défense.

La première et la plus importante obligation de la partie attaquée est de ne pas abuser des obligations de l'ennemi en essayant de protéger ses objectifs et opérations militaires. Techniquement, cette obligation n'est pas une mesure de précaution. Il s'agit plutôt d'une interdiction essentielle pour l'application de bonne foi du DIH. Il est néanmoins approprié de la mentionner ici puisque cette obligation s'adresse à la partie attaquée et a pour but de protéger la population civile. En effet, il sera démontré que si la partie attaquée protège ses objectifs et opérations militaires par de tels abus, la population civile en encourrait un risque plus élevé qu'une population civile normale, et ce malgré que la partie qui attaque respecterait toutes es obligations. En sus de cela, la partie attaquée doit prendre plusieurs autres véritables mesures de précaution contre les effets des attaques. Avant de les présenter en détails, il est essentiel d'évaluer leur force juridique et leur statut en droit international coutumier. Il faudra aussi étudier si ces règles impliquent que la protection de la population civile contre les effets des attaques est une responsabilité partagée de la partie qui attaque et de celle qui est attaquée.

1. Interdiction d'utiliser des civils et certains autres objets et personnes pour protéger des objectifs militaires contre les attaques

a. Statut de l'interdiction

L'article 51 (7) prévoit que:

« La présence ou les mouvements de la population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être utilisés pour mettre certains points ou certaines zones à l'abri d'opérations militaires, notamment pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri d'attaques ou de couvrir, favoriser ou gêner des opérations militaires. Les Parties au conflit ne doivent pas diriger les mouvements de la population civile ou des personnes civiles pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri des attaques ou de couvrir des opérations militaires ».

On se référera à cette interdiction en utilisant la formule de l'interdiction d'utiliser des boucliers humains. Des interdictions similaires existent déjà dans les Conventions de Genève de 1949 pour les civils protégés (i.e. ceux qui sont aux mains de l'ennemi) et pour les prisonniers de guerre[220]. Cette interdiction s'applique indépendamment du Protocole I du fait de l'interdiction d'attaquer la population civile et des objets de caractère civil et du principe général de l'interdiction de l'abus de droit[221]. Elle a été reprise par la Règle 45 du Manuel du HPCR. Lors de conflits récents, l'ONU a condamné l'usage de boucliers humains[222] et cet usage a été élevé au statut de crime de guerre par le Statut de Rome[223].

b. Signification de l'interdiction

[220] Article 28 de la Convention IV et article 23 (1) de la Convention III.
[221] DINSTEIN, *supra* note 60, p. 152; voir aussi Judith G. GARDAM, *Non-combatant Immunity as a norm of International Humanitarian Law*, Dordrecht/ Boston [etc.]: M. Nijhoff, 1993, p. 153.
[222] Pour la guerre entre l'Iran et l'Iraq voir *infra* note 249, et pour la guerre du Golfe de 1991 voir Assemblée générale de l'ONU, *Situation des droits de l'homme en Iraq*, UN Doc. A/RES/46/134, 17 décembre 1991, disponible à sur: http://www.un.org/french/documents/ga/res/46/fres46.shtml
[223] Voir article 8 (2) (b) (xxiii) du Statut de la Cour Pénale Internationale de 1998.

Pour distinguer l'utilisation de bouclier humain du manquement à l'obligation de prendre des mesures de précaution passives, on analysera en particulier si l'entremêlement des objectifs militaires avec les objets et personnes protégés est le résultat d'un effort du défendeur d'obtenir une « protection » pour ses forces et objectifs militaires[224], ou d'un manque d'attention pour la population civile.

L'interdiction implique également qu'un belligérant ne peut pas accepter des boucliers humains volontaires sauf si ceux-ci sont des combattants[225].

c. Conséquences d'une violation pour la partie qui attaque

L'article 51 (8) du Protocole I précise que l'utilisation de boucliers humains ne libère pas l'Etat qui attaque de son obligation de prendre des mesures de précaution. Ceci est également vrai en droit coutumier[226], puisque les obligations de DIH ne peuvent être suspendues par réciprocité[227] ni par contre-mesures[228]. Techniquement, une omission de prendre des mesures de précaution ne peut pas être qualifiée de représailles (interdites par le Protocole I mais pas nécessairement en droit coutumier), parce que l'utilisation de boucliers humains ne porte pas préjudice à l'Etat qui attaque et seul un Etat lésé peut prendre des contre-mesures. La précision de l'article 51(8) du Protocole I est donc à juste titre reprise par la Règle 46 du Manuel du HPCR.

Certains auteurs considèrent que les boucliers humains volontaires tout du moins perdent leur qualité de civils pour devenir des combattants (illégaux)[229]. Comme nous l'avons expliqué ailleurs, le fait de servir volontairement comme bouclier humain d'un objectif militaire ne constitue pas une participation directe aux hostilités[230] et nous notons avec satisfaction que le CICR partage cet avis[231]. En outre, l'auteur de ces lignes ne comprend pas ce qui justifierait que des boucliers humains volontaires perdent leur protection de civils alors que des travailleurs dans l'armement se rendant volontairement sur leur lieu de travail restent des civils au bénéfice des mesures de précaution[232]. L'existence d'une *mens rea*, unique différence entre ces deux situations, ne peut pas à elle seule justifier la licéité d'attaques, puisque ces attaques ne sont pas des sanctions.

---

[224] C'est précisément l'accusation des Etats-Unis contre l'Iraq, voir Etats-Unis, *Interim Report on the Persian Gulf Conflict*, *supra* note 90, p. 15-1.
[225] Comme le soutient DINSTEIN, *supra* note 60, p. 152.
[226] Etats-Unis, *Conduct of the Persian Gulf War/Final Report*, *supra* note 11, p. 703, qui considère que le droit est "correctly stated" à l'article 51 (8) du Protocole I.
[227] Voir article 60 (5) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.
[228] Voir article 50 (1) (b) et (c) du *Projet d'articles*, *supra* note 83; *Rapport* (*ibid.*) à la p. 336 (para. 8 du commentaire de l'art. 50); articles 46/47/13 (3)/33 (3), respectifs des quatre Conventions de Genève et articles 20, 51 (6), 52 (1), 53 (c), 54 (4), 55 (2) et 56 (4) du Protocole I.
[229] DINSTEIN, *supra* note 60, p. 154; DAVID, *supra* note 80, p. 287. Voir sur cette controverse également *HPCR Commentary*, *supra* note 19, p. 144.
[230] Marco SASSÒLI, Human Shields and International Humanitarian Law, in Andreas FISCHER-LESCANO, Hans-Peter GASSER, Thilo MARAUHN et Natalino RONZITTI (éd.), *Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 567-578 ; QUEGUINER, *supra* note 62, p. 817
[231] Voir CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève: CICR, 2010, p. 58-60 (notamment note de bas de page 141), disponible sur: http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf
[232] Historiquement, l'obligation d'avertissement et celle d'attaquer si possible la nuit s'appliquaient aux travailleurs de l'industrie d'armement (voir *Commentaire Protocoles*, *supra* note 36, § 2224).

La situation où ces boucliers humains ne sont pas volontaires est encore moins controversée. Ainsi, des boucliers humains que l'on a obligé à rejoindre des combattants ou à se rapprocher d'objectifs militaires, ou encore des civils qui sont rejoints par des combattants[233], ne perdent pas leur protection. Ils restent également au bénéfice des mesures de précaution que l'attaquant doit prendre à leur égard[234]. Certains prétendent cependant que dans ces situations le test de dommages excessifs devrait être plus souple[235]. Cette suggestion est compréhensible puisqu'elle permettrait d'empêcher que le belligérant qui viole l'interdiction d'utiliser des boucliers humains en bénéficie par l'immunité ainsi obtenue pour ses objectifs militaires. Cependant, cette position ne prend pas en compte divers problèmes. Tout d'abord, du fait de la justification proposée, cette suggestion ne toucherait que l'interdiction d'attaquer des objectifs militaires si des pertes civiles excessives sont à prévoir, et pas les mesures de précaution discutées dans cet article. Ensuite, un assouplissement de ce test est certainement incompatible avec l'article 51 (8) du Protocole I. Enfin, l'auteur de ces lignes ne voit pas comment les deux pendants à mettre en balance lors du calcul de la proportionnalité, i.e. l'avantage militaire et les pertes civiles, peuvent être modifiés par le fait que ces pertes ont été produites par l'ennemi. Le pamphlet des forces de l'armée de l'air des Etats-Unis relève correctement que la partie au conflit qui décide d'utiliser sa population civile à des fins militaires ne peut pas se plaindre si des pertes civiles en résultent[236]. Le fait que l'Etat en question perde ce grief ne veut cependant pas dire que les personnes concernées perdent leur protection.

L'avis de l'auteur reste que l'obligation de prendre des mesures de précaution, comme tant d'autres obligations en DIH, dépend des faits sur le terrain. Elle doit ainsi être adaptée à la pratique effective de l'ennemi et non aux obligations que l'ennemi a mais ne respecte pas. Dans la guerre du Kosovo de 1999 par exemple, il fut dans un premier temps exigé des pilotes qu'ils identifient de manière visuelle la nature militaire de la circulation avant de l'attaquer. Cependant, après divers incidents lors desquels des convois civils furent détruits du fait qu'ils se trouvaient mêlés avec des transports militaires, de nouvelles instructions commandèrent que les véhicules militaires mêlés à des véhicules civils ne devaient pas être attaqués[237].

2. Protection de la population civile – une responsabilité partagée entre la partie qui attaque et la partie attaquée?

a. En général

Les Etats-Unis et certains auteurs ont toujours soutenu que les deux parties au conflit avaient une responsabilité équivalente de protéger la population contre les effets des attaques[238]. Sur

---

[233] L'article 50 (3) du Protocole I clarifie que « [l]a présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité. » Ces individus peuvent néanmoins être attaqués individuellement si le test de proportionnalité est rempli et que des mesures de précaution sont prises. L'article 50 (3) est une application du principe de proportionnalité, un principe général de droit, à la définition de la population civile. Ainsi, le caractère coutumier de cette règle n'a pas besoin d'être analyse séparément. (Voir BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 296).

[234] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.22.1; Human Rights Watch, *supra* note 58.

[235] DINSTEIN, *supra* note 60, p. 155; *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.22.1.

[236] *US Air Force Pamphlet 110-31*, *supra* note 1, p. 5-8.

[237] Human Rights Watch, *supra* note 73.

[238] Voir pour la guerre du Vietnam la lettre de J. Fred Buzhardt, *supra* note 33, p.123; *US Air Force Pamphlet 110-34*, *supra* note 1, p. 3-1; *US Naval Handbook NWP 9*, p. 11-1; avec force PARKS, *supra* note 100, p. 149-168 avec renvois afférents; ROGERS, *supra* note 57, p. 77-79; et récemment Kenneth ANDERSON, "Who Owns the Rules of War?", *The New York Times Magazine*, 13 April 2003, disponible sur: http://www.nytimes.com/2003/04/13/magazine/13RULES.html. Selon INFELD, *supra* note 52, p. 141, la Partie

le terrain, la population civile est effectivement mieux protégée si les deux parties prennent des mesures de précaution. En droit cependant, la pratique des Etats ainsi que le texte, l'histoire législative et le contexte du Protocole I indiquent que tant bien le Protocole I que le droit coutumier confèrent la responsabilité principale à la partie qui attaque. Tout d'abord, il existe des doutes quant à la nature coutumière de l'obligation de la partie attaquée de prendre des mesures de précaution. Ces doutes sont fondés sur le manque de pratique allant dans ce sens et, comme il sera démontré plus bas, sur les controverses dont cette obligation fut l'objet lors de la Conférence Diplomatique. Rappelons que même lorsque des mesures de précaution passives sont prises, l'existence d'une *opinio juris internationalis*, nécessaire à la création du droit international coutumier, doit être examinée séparément du fait que ces mesures sont prises sous la juridiction d'un Etat[239]. L'Institut de droit international a rejeté la proposition de son Rapporteur von der Heydte de qualifier d'illégale toute action de la partie attaquée ayant pour but de faire disparaître la distinction entre objectifs militaires et population civile[240]. Des doutes peuvent aussi surgir du fait que les mesures de précaution passives obligent les Etats envers une population sous leur propre contrôle. De telles obligations ne sont pas fréquentes en DIH des conflits armés internationaux, même si elles peuvent découler aujourd'hui d'obligations de droits humains qui requièrent des Etats non seulement de respecter mais aussi de protéger de tels droits.

Le libellé de l'article 58 alinéa 1 du Protocole I, qui liste plusieurs obligations passives qui doivent être prises par la partie attaquée, indique clairement que ces obligations sont plus faibles que celles de l'attaquant. Ces obligations ne doivent être prises que « [d]ans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible » et le défendeur ne doit que s'efforcer d'éloigner la population civile « du voisinage des objectifs militaires » et éviter « de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées ».

Malgré ces qualifications, certaines délégations à la Conférence Diplomatique ont souligné que la disposition, en particulier l'obligation concernant la location des objectifs militaires, ne peut empêcher un Etat d'organiser comme il l'entend sa défense nationale[241]. D'autres délégations énumérèrent les nombreux facteurs à être pris en considération pour évaluer si une mesure prescrite par l'article 58 est « pratiquement possible »[242]. Les participants au groupe de travail concerné lors de la Conférence rapportèrent que "many representatives of both developing and developed countries strongly objected to the obligation to endeavour to avoid the presence of military objectives within densely populated areas. This was deemed by representatives of densely populated countries to restrict their right to self-defense, and by others to impose too heavy an economic burden to disperse their industrial, communications and transportation facilities from existing locations in densely populated areas"[243]. Lors de la ratification du Protocole I, la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas et l'Algérie déclarèrent que pour elles le terme « pratiquement possible » devait être entendu comme prenant en compte les moyens à disposition et des considérations militaires. La Suisse et l'Autriche firent même des

---

qui défend a même l'obligation principale. Hors des Etats-Unis, voir Dieter FLECK, "Strategic Bombing and the Definition of Military Objectives", *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 27, 1997, p. 52.

[239] Voir Benedetto CONFORTI, *Diritto internazionale*, Naples: Editoriale scientifica, 1997, 5ème éd., p. 44.

[240] Voir Institut de droit international, « Le problème que pose l'existence des armes de destruction massive et la distinction entre objectifs militaires et non militaires en général, Délibérations de l'Institut en séances plénières », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session d'Edimbourg, vol. 53-II, 1969, p. 52, 61-69, 74, 358-360.

[241] *Actes de la Conférence diplomatique*, *supra* note 10, vol. VI, p. 212-214 (France, Suisse, Autriche), p. 231 (Italie), p. 234 (Corée du Sud), p. 235 (Cameroun).

[242] *Ibid.*, vol. VI, p. 214 (Royaume-Uni, Pays-Bas), p. 224 (Canada), p. 220 (Allemagne), p. 226 (Etats-Unis).

[243] BOTHE/PARTSCH/SOLF, *supra* note 80, p. 372.

réserves formelles soumettant l'article 58 aux « exigences de la défense du territoire nationale »[244]. Il est vrai, comme nous l'avons vu, la Suisse a retiré ses réserves[245]. Il parait néanmoins étonnant que le TPIY a non seulement qualifié l'article 58 en son entier comme du droit coutumier, mais a également justifié cette conclusion par le fait « qu'aucun État, y compris ceux qui n'ont pas ratifié le Protocole, ne semble les [i.e. les articles 57 et 58] contester »[246].

Que la partie qui attaque a de plus lourdes responsabilités que celle qui défend est renforcé par le fait que selon le Protocole I seules des violations par la partie qui attaque sont qualifiées de violations graves. De même, dans le Statut de la CPI, seuls des actes commis par la partie qui attaque (et l'usage de boucliers humains) peuvent être des crimes de guerre[247].

Mis à part les Etats-Unis, seul l'Iraq a soutenu que l'Etat défendeur a une obligation en droit coutumier de ne pas placer des objectifs militaires dans des zones densément peuplées. Il a accusé l'Iran d'avoir, de mauvaise foi, concentré ses troupes dans des villes que l'Iraq avait promis de ne pas attaquer au Secrétaire-Général des Nations Unies. L'Iraq qualifia ces actions de violations du DIH et se référa de façon spécifique à l'article 58 (b) du Protocole I comme une confirmation du droit existant, ni l'Iran ni l'Iraq n'étant parties au Protocole I[248]. Le Secrétaire-Général de l'ONU répondit qu'il était « profondément préoccupé par les allégations selon lesquelles des forces militaires seraient concentrées dans les centres de population civile. S'il en était effectivement ainsi, de tels agissements constitueraient une violation... des règles fondamentales de la conduite de la guerre, que la communauté internationale s'attend à voir respectées »[249]. Selon l'auteur de cet article, cette réponse réduit la règle prétendument coutumière avancée par l'Iraq à l'interdiction d'utiliser des civils comme boucliers humains discutée plus haut. Durant son invasion du Liban en 1982, Israël accusa de manière similaire l'OLP d'utiliser la population civile pour protéger des objectifs militaires et pas simplement de laisser des objectifs militaires au milieu de concentrations de civils[250].

Il n'est pas étonnant que les Etats-Unis, Etat qui n'a pas subi d'attaques sur son territoire depuis plus de deux siècles[251] et dont la densité de population est relativement faible, soient

---

[244] Pour le texte des déclarations et des réserves voir SCHINDLER/TOMAN, *supra* note 8, p. 855 et 878. Pour la réserve de la Suisse voir Suisse, *Ratification par la Suisse*, *supra* note 166.
[245] Suisse, *Retrait de réserves*, *supra* note 167.
[246] TPIY, jugement du 14 janvier 2000, *Le Procureur* c. *Zoran Kupreskič [et al.]*, § 524-525.
[247] Voir les articles 85 (3) (a)-(c) du Protocole I et les articles 8 (2) (b) (i)-(v), (ix), (xxiii) et (e) (i)-(iv) du Statut de la Cour Pénale Internationale de 1998.
[248] *Lettre datée du 28 juin 1984, adressée au Secrétaire Général par le Représentant Permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies*, UN Doc. S/16649, 28 juin 1984.
[249] *Texte des messages datés du 29 juin 1984, adressés au Président de la République islamique d'Iran et au Président de la République d'Iraq par le Secrétaire Général*, UN Doc. S/16663, 29 juin 1984.
[250] Israël, *Briefing*, *supra* note 189.
[251] Les exceptions évidentes sont les attaques du World Trade Center et du Pentagone du 11 septembre 2001. Les Etats-Unis ont qualifié ces attaques d'actes de guerre. Le World Trade Center n'était clairement pas un objectif militaire au sens du Protocole I. Le Pentagone en était un, mais l'attaquer en utilisant un avion civil était évidemment contraire à l'interdiction d'attaquer des civils et l'interdiction de perfidie. On peut néanmoins s'interroger si les experts militaires étatsuniens qui ont relevé que sur le long terme attaquer des institutions financières pouvait être plus destructeur que d'attaquer des objets à double-usage (*cf*. John WARDEN, "The Enemy as a System", *Airpower Journal*, 1995, p. 40; Jeanne M. MEYER, "Tearing Down the Façade: A Critical Look at the Current Law on Targeting the Will of the Enemy and Air Force Doctrine", *Air Force Law Review*, vol. 51, 2001, p. 181) sont prêts, en cas de guerre (y compris la « guerre contre le terrorisme »), à déplacer Wall Street hors de Manhattan en conformité avec les prétendues obligations de l'Etat défendeur sous le principe de distinction.

en faveur d'une règle qui exige au moins autant en matière de protection de la population civile du belligérant au contrôle de cette population. Néanmoins, les autres Etats n'ont pas accepté cette règle. Le droit coutumier et les traités n'imposent pas à l'Etat attaquée d'obligations comparables à celles requises du belligérant qui mène une attaque. La partie attaquée ne doit simplement pas abuser des obligations de l'attaquant pour mettre hors d'attaque ses propres objectifs militaires. L'Etat attaquée a également une faible obligation de prendre certaines mesures de précautions dans la mesure du pratiquement possible.

Dans tous les cas, le manquement de la part de l'Etat attaquée de prendre des mesures de protection passives ne libère pas la partie qui attaque de ses obligations de prendre des mesures de précaution dans l'attaque[252]. Il a été démontré plus haut que même l'utilisation de civils comme boucliers humains ne libère pas l'attaquant de ses obligations de prendre des mesures de précaution selon l'article 51 (8) du Protocole I et le droit coutumier.

b. En particulier pour les aéronefs

Les aéronefs sanitaires ont une obligation de s'identifier par l'emblème de la croix rouge du croissant rouge ou du cristal rouge et ils peuvent utiliser d'autres moyens d'identification techniques[253]. En dépit de cette obligation, l'aéronef sanitaire qui ne s'identifie pas ne perd pas la protection contre des attaques, mais risque d'être considéré à tort comme un objectif militaire. La même chose doit valoir pour les aéronefs civils. La perte de protection des aéronefs civils suite à leur manquement de s'identifier dont il fut question plus haut[254] n'est pas, selon l'auteur de cet article, une preuve de l'existence, dans la guerre air-air, d'une règle spéciale libérant l'attaquant de ses obligations de précaution si la partie attaquée viole elle-même ses propres obligations de précaution passives. Il s'agit plutôt d'une conséquence de la réalité matérielle du fait que ceux qui lancent une attaque aérienne n'ont pas d'autres possibilités pour éliminer leurs doutes que de passer par une clarification de la part de l'équipage de l'autre aéronef. Si l'attaquant sait, malgré une absence de réponse de l'autre aéronef, que celui-ci est protégé, l'attaque est évidemment illégale.

3. Obligation de protéger les civils et les biens de caractère civil contre les effets des attaques

a. Obligation générale de prendre des mesures pour protéger les civils et les biens de caractère civil contre les dangers des attaques aériennes

Cette obligation est souvent décrite par les auteurs comme une recommandation plutôt qu'une véritable obligation[255]. Même si cette obligation est faible, elle demeure une norme légale, contrairement à ce que l'on nomme généralement "soft law", i.e. des normes qui ne sont pas (ou pas encore) contraignantes[256]. Cette règle apparait dans beaucoup de manuels militaires

---

[252] *Voir Manuel du HPCR, supra* note 2, Règle 46.
[253] Art. 36 (2) de la Convention I de Genève, art. 18(4) du Protocole I et *Manuel du HPCR, supra* note 2, Règle 76(a).
[254] Voir *supra*, texte accompagnant les notes 102 - 104.
[255] DINSTEIN, *supra* note 60, p. 145. Voir aussi Philippe BRETTON, « Le problème des 'Méthodes et Moyens de Guerre ou de Combat' dans les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève du 12 Août 1949 », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 82, 1978, p. 69; PARKS, *supra* note 100, p. 159; ROGERS, *supra* note 57, p. 72-77.
[256] Voir Prosper WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 414.

sous cette formulation d'obligation faible[257]. Comme mentionné plus haut, le TPIY la qualifie, et ceci de façon indiscriminée, de règle de droit coutumier[258] et le CICR partage cet avis après avoir revu les différents manuels militaires et déclarations des Etats[259]. Le Manuel du HPCR partage également cette analyse[260].

On peut citer comme exemples de telles mesures de précaution tirés de la pratique : « la construction d'abris, le creusement de tranchées, la diffusion d'informations et d'avertissements, le retrait de la population civile vers des lieux sûrs, l'orientation de la circulation, […] et la mobilisation des organismes de protection civile »[261]. Cependant, de l'avis de l'auteur de ces lignes, de telles pratiques étatiques ne sont pas assez répandues pour permettre qu'aucun de ces exemples ne constitue une obligation des Etats de nature coutumière. Lorsqu'en 1988, l'Organisation Internationale de Protection Civile, enquêta auprès de tous les Etats des mesures pris par ceux-ci dans le domaine de la protection civile, seuls 38 d'entre eux répondirent et la plupart ne reportèrent que de mesures restreintes[262].

b. Obligation d'éviter de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées

L'article 58 (b) du Protocole I oblige les parties au conflit, « [d]ans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible », d'éviter de « placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées ». Cette règle est soutenue par les Etats-Unis[263]. Elle se retrouve également à la Règle 42 du Manuel du HPCR. Elle fut cependant l'objet de telles résistances par d'autres Etats durant la Conférence Diplomatique qu'elle ne pouvait pas être considérée comme reflétant le droit coutumier au moment de son adoption. Plusieurs Etats déclarèrent en particulier que cette disposition ne pouvait pas les empêcher d'organiser leur défense nationale comme ils l'entendaient[264]. Compris dans ce sens, la règle perdrait toute sa signification puisqu'elle cherche précisément à limiter la liberté des Etats dans ce domaine. Entre temps néanmoins, cette règle a fait son apparition dans beaucoup de manuels militaires[265].

La pratique récente concernant les infrastructures de réseau et la privatisation des services publics (comprenant notamment des aspects de défense nationale) semble indiquer un développement pointant dans la direction opposée de ce que la règle (conventionnelle ou éventuellement coutumière suite à un développement après 1977) exige. Schmitt observe que "arguably, the armed forces should establish separate networks for targets the enemy would find especially attractive in order to minimize the risk of collateral damage or incidental injury. Similarly, it might be argued that the military should avoid using dual-use assets, such as air traffic management systems, that are particularly vulnerable to computer attack. The reality, however, is that the trend is in precisely the opposite direction, as most militaries seek to save money by outsourcing functions performed traditionally by the military and purchasing 'off-the-shelf' equipment and services. The extensive use of civilian internet services and commercial software is illustrative. Such state practice weakens the defender's

[257] Voir *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 22.
[258] TPIY, *Le Procureur* c. *Zoran Kupreskič [et al.]*, *supra* note 246, § 524 et 525.
[259] Voir *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 22.
[260] Voir *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, Règle 44.
[261] HENCKAERTS et DOSWALD-BECK, *supra* note 5, p. 95.
[262] Voir *Revue internationale de protection civile*, vol. 1, 1988, p. 36.
[263] Voir la lettre de J. Fred Buzhardt, *supra* note 33, p. 123.
[264] *Actes de la Conférence diplomatique*, *supra* note 10, vol. VI, p. 212-214-231-234-235.
[265] Voir *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 23.

obligation to shelter the civilian population"[266]. Selon le Manuel militaire du Royaume-Uni, "[i]t is not prohibited to use urban terrain for military purposes, in particular the location of military headquarters in urban areas, when military necessity so dictates, but the potential danger to the civilian population is an important factor to be considered in making decisions"[267].

c. Obligation d'éloigner les civils et les biens de nature civil du voisinage des objectifs militaires

Selon l'article 58 (a) du Protocole I, les parties au conflit doivent « [d]ans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible » s'efforcer « d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité ».

Des injonctions similaires sont énoncées dans les Conventions de Genève concernant les unités sanitaires et les hôpitaux[268] ainsi que dans le Deuxième Protocole de la Haye sur les biens culturels[269]. Dans le projet d'articles de 1956, le CICR formula ces règles de façon plus contraignante[270]. Néanmoins, dans son Mémorandum de 1967 aux parties de la guerre du Moyen Orient, le CICR déclara uniquement que le succès des mesures de précaution actives dépendait des précautions passives prises par la partie attaquée et se questionnait sur l'étendu de telles mesures[271]. Avant l'adoption de la Résolution 2675 (XXV) de l'Assemblée générales des Nations Unies, le Secrétaire-Général de l'ONU considérait qu'éloigner la population civile des objectifs militaires serait la manière la plus efficace de protéger celle-ci et suggérait une recommandation dans ce sens dans la résolution[272]. Une telle recommandation ne fut cependant pas adoptée dans la résolution en question.

Les Etats-Unis en revanche ont toujours été en faveur d'une telle règle[273], qui se retrouve aujourd'hui dans plusieurs manuels militaires[274]. Ce constat, ainsi que diverses déclarations d'Etats et d'organisations internationales, ont mené le CICR à conclure que cette règle est entre-temps devenue coutumière[275]. Elle se retrouve également à la Règle 43 du Manuel du HPCR. La pratique effective des belligérants n'est par contre certainement pas en accord avec une telle règle. Pour les guerres de guérilla, un tel éloignement de la population civile et des objets de nature civile des objectifs militaires semble même contraire à l'essence de la conduite des hostilités.

En tant qu'obligation conventionnelle (et certainement également en tant que possible règle coutumière), l'obligation de l'article 58 (a) est premièrement explicitement limitée par l'interdiction des transferts forcés, en masse ou individuels, de personnes protégées hors du territoire occupé[276]. Aussi, les droits humains des personnes à être déplacées, tels que la

[266] SCHMITT, *supra* note 65, p. 10.
[267] *Manuel du Royaume-Uni*, *supra* note 56, § 5.36.2.
[268] Voir articles 19 (2) de la Convention I et 18 (5) de la Convention IV.
[269] Article 7 du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999.
[270] Voir *Projet d'articles*, *supra* note 83, article 11 (1).
[271] CICR, « L'action du Comité international au Moyen-Orient », *supra* note 25.
[272] Voir Rapport du Secrétaire Général, *Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé*, UN Doc. A/8052, 18 septembre 1970, § 32 et 33.
[273] Voir *supra* note 238.
[274] Voir *Etude du CICR*, *supra* note 5, pratique concernant la Règle 24.
[275] HENCKAERTS et DOSWALD-BECK, *supra* note 5, p. 100-101.
[276] Article 49 de la Convention IV.

liberté de mouvement et de choisir son lieu de résidence, le droit à la liberté, à la vie privée et familiale, à la propriété, et à un logement adéquat, doivent être pris en considération en pesant la possibilité du transfert. En plus, en particulier en temps de guerre, l'approvisionnement en eau et nourriture, la mise à disposition d'abri et de services de santé, ainsi que la dispense de l'éducation sont mieux organisés où les civils vivent et seront difficiles à mettre en place au lieu où les civils pourraient être déplacés. Ces risques supplémentaires doivent être mis en balance avec les risques encourus par des attaques légales dirigées contre des objectifs militaires et prises par un ennemi qui respecte ses obligations de prendre des mesures de précaution. Un transfert n'est requis par le DIH que si les avantages qui en découlent sont clairement supérieurs aux risques et privations impliqués.

De plus, meme les Etats-Unis doivent admettre que "civilians accompanying an armed force such as journalists and media representatives, civilian governmental employees and contractor employees, obviously cannot be separated from all military targets. Similarly, civilian crewmembers on merchant vessels, trains and civil aircraft cannot be separated from such objects which are often legitimate military objectives. Cities often surround transportation centers. The urban population cannot be separated from docks, warehouses, runways and similar military objectives within these cities"[277].

d. Précautions passives à être prises par les aéronefs civils

Les précautions passives à être prises par les aéronefs civils sont listées aux Règles 53, 54 et 56 du Manuel du HPCR. Certaines mesures de précaution peuvent aussi découler des circonstances particulières dans lesquelles un aéronef perd sa protection. Un aéronef civil ennemi doit en effet, comme mesure de précaution, éviter de telles circonstances. Les Règles de La Haye concernant la guerre aérienne ne définirent que de façon très générale les circonstances dans lesquelles les aéronefs perdent leur protection (pour la raison mentionnée plus haut), étant donné les moyens de vérification et de communication plus rudimentaires qui existaient à l'époque. Elles indiquaient en particulier que les aéronefs civils ennemis « sont exposés à ce qu'on ouvre le feu sur eux » lorsqu'ils volent dans la juridiction de l'ennemi, dans le voisinage immédiat de cette juridiction et en dehors de celle de leur pays, dans le voisinage immédiat des opérations militaires de terre ou de mer de l'ennemi, ou même dans la juridiction de leur État, s'ils n'atterrissent pas au point convenable le plus proche à l'approche d'un aéronef militaire ennemi[278]. Les conditions pour qu'un aéronef civil neutre perde sa protection étaient également formulées en termes très généraux[279]. D'après le libellé des règles, on ne sait pas très bien si les mots « sont exposés à ce qu'on ouvre le feu sur eux » font référence à un risque concret de fait pour les aéronefs ayant le comportement cité ou à une perte d'immunité en droit. Là aussi, « l'interdiction fondamentale des attaques directes contre des non-combattants », qui était « incontestée » même à cette époque, nous amène à comprendre que ces mots ne pouvaient faire référence qu'au risque concret auquel s'exposaient les aéronefs en question, et non à une permission d'attaquer délibérément des aéronefs civils identifiés comme tels et dont on savait qu'ils n'étaient pas engagés dans des activités hostiles. Aujourd'hui, les circonstances dans lesquelles les aéronefs civils ennemis et neutres perdent leur protection sont répertoriées de manière très détaillée, dans plusieurs règles du Manuel du HPCR, et confirmées par plusieurs manuels militaires[280].

---

[277] *Annotated Supplement*, *supra* note 176, p. 482, note 8.
[278] Voir art. 33-34 des *Règles de la Haye sur la guerre aérienne*, *supra* note 8.
[279] *Ibid.*, art. 30, 35, 50 et 51.
[280] Voir *Manuel du HPCR*, *supra* note 2, Règles 27 (sur les aéronefs civils ennemis) 63 et 68 (sur les avions de ligne civils) et 174 (sur les aéronefs civils neutres). Selon l'auteur de cet article, le Guide du Commandant de la

V. Réflexions conclusives

Comme pour la presque totalité des problèmes humanitaires provoqués par les conflits armés, le DIH en matière de précautions actives et passives, interprété de bonne foi, offre la protection la plus adéquate qu'on puisse espérer aux civils affectés par des attaques aériennes dans les conflits armés. Certes, on pourrait souhaiter une protection encore plus accrue, mais des règles irréalistes ne protégeraient personne. En effet, de telles règles empêcheraient à toutes fins pratiques des bombardements aériens dirigés contre des objectifs militaires situés là où se trouve la population civile – et la plupart des objectifs militaires de ce monde sont situés à de tels endroits en dépit des exhortations de l'article 58 du Protocole I.

L'article 57 du Protocole I offre un régime nuancé, inévitablement flexible, composé de principes et d'instructions relativement précis en matière de précautions dans les attaques aériennes dirigées contre des objectifs sur terre – et ce sont ceux qui mettent le plus grand nombre de civils en péril. Ces instructions sont beaucoup plus opérationnelles et précises que ne l'est par exemple la définition de l'objectif militaires ou encore la codification du principe de proportionnalité dont les États n'ont pas voulu préciser comment la calculer ni comment deux paramètres qualitativement différents – un avantage militaire et des risques pour des civils - devaient être comparés. Il est aujourd'hui incontesté que ces précautions correspondent à des obligations de droit international général – peu importe si on les qualifie conformément à la tradition de coutumières ou qu'on les déduise par une simple opération de logique des principes généraux du DIH. Il est également incontesté que ces obligations s'appliquent aussi dans les conflits armés non internationaux. Le Manuel du HPCR confirme leur applicabilité générale, acceptée également par des experts liés aux Etats-Unis et Israël, les deux principales puissances aériennes non liées par le Protocole I, ce qui est un avantage non négligeable. C'est en matière de guerre air-air que le Manuel du HPCR constitue une avancée substantielle. Dans ce domaine, formellement non couvert par le Protocole I et traditionnellement considéré comme étant soumis à des règles coutumières mal définies, le Manuel offre de nombreuses précisions, adaptant les principes généraux aux particularités de l'environnement aérien.

Si les règles sont adéquates, le problème principal qui se pose, ici comme ailleurs, est au niveau de leur mise en œuvre. Dans la réalité, il est très difficile d'évaluer si les mesures de précaution prescrites ont été prises dans un cas donné. Le fait que de nombreux civils sont tués lors d'attaques aériennes ne prouve pas que les règles de précaution n'aient pas été respectées. Les nombreuses instructions dispensées dans les principales forces aériennes sur

---

marine étatsunienne ne fait que résumer ces circonstances lorsqu'il pose que les aéronefs civils ennemis ne peuvent être attaqués ou détruits seulement: lorsqu'ils refusent de manière continue d'obtempérer aux injonctions de l'aéronef interceptant; lorsqu'ils volent sous la protection d'un aéronef militaire ennemi; lorsqu'ils sont armés; lorsqu'ils assistent le système de collecte de renseignements de l'ennemi; lorsqu'ils agissent comme des auxiliaires militaires des forces armées ennemies; ou lorsque d'une quelconque manière ils assistant ou sont intégrés aux activités belliqueuses de l'ennemi. Les aéronefs neutres peuvent être considérés comme des aéronefs militaires ennemis lorsqu'ils participant directement aux hostilités pour l'ennemi ou que d'une quelconque manière ils agissent comme auxiliaire militaire des forces armées de l'ennemi. (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M (ancienne référence NWP 9) FMFM 1-10 COMDTPUB P5800.7, Naval Warfare Publication, Department of the Navy, Office of the Chief of Naval Operation, p. 7.5.1., 7.5.2. et 8.4, disponible sur: http://www.usnwc.edu/getattachment/a9b8e92d-2c8d-4779-9925-0defea93325c/1-14M_%28Jul_2007%29_%28NWP%29). Le Manuel du Canada est encore plus bref puisqu'il stipule simplement que des aéronefs civils soutenant des activités militaires, comme par exemple le transport de troupes, peuvent être attaqués. Voir Office of the Judge Advocate General, National Defense, *Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels*, Doc. B-GJ-005-104/FP-021, §714, p. 7-6.

ce sujet et le travail quotidien de leurs conseillers juridiques indiquent plutôt que ces règles sont prises au sérieux. De nombreux incidents de tir ami, dirigé par des forces aériennes en Afghanistan et en Iraq contre leurs propres camarades ou alliés, ainsi que le bombardement à Kabul en 2001 d'installations du CICR dûment marqués et notifiés aux Etats-Unis[281], démontrent que même là où un belligérant a tout intérêt à prendre toutes les mesures de précaution imaginables, des erreurs peuvent avoir lieu. D'un autre côté, lors de récentes attaques en Iraq et en Afghanistan, tout spectateur TV s'est demandé comment tant d'erreurs pouvaient se produire et si des enquêtes sérieuses ont lieu après de telles erreurs, qui par ailleurs en DIH méritent tout autant d'attention qu'elles affectent des « civils ennemis » ou des « forces amies ».

En tous les cas, le respect des mesures de précaution dans la pratique des bombardements aériens pourrait être renforcé par des mesures de mise en œuvre. Nous avons suggéré ailleurs que les États pourraient prodiguer un minimum de transparence sur les mesures de précaution prises en demandant à leurs forces armées d'en garder des traces écrites. Les Etats pourraient également ouvrir, conformément au droit international des droits humains, des enquêtes en cas de morts parmi les civils, enquêtes dont les résultats devraient être accessibles au public[282]. La planification et le processus de décision d'un commandant sont secrets par définition, et il est souvent impossible d'établir ce que ce commandant savait, ou les alternatives qui s'offraient à lui au moment de mener une attaque. Une certaine transparence, après les évènements, constituerait toutefois un terreau propice à des poursuites devant une juridiction pénale internationale ou interne. Elle servirait également à prouver l'illicéité de comportements dans la conduite des hostilités ou, au contraire, à prouver que le DIH a été respecté lors de certains évènements qui ont défrayé la chronique, malgré les premières impressions et la propagande ennemie. La crédibilité du DIH s'en trouverait à son tour renforcée. Il est donc regrettable que les États et leurs juristes militaires ne veulent pas entrer en matière sur ces idées, craignant peut-être de porter ainsi flanc à la critique et aux poursuites pénales qui sont devenues davantage qu'auparavant une réalité et qui se trouvent malheureusement au centre de l'intérêt de l'opinion publique en ce qui concerne le DIH[283].

---

[281] Voir Marco SASSÒLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique du droit international humanitaire*, Genève: CICR, 2012, 2ème éd., vol. III, p. 2780.

[282] Marco SASSÒLI et Lindsey CAMERON, "The Protection of Civilians Objects – Current Status of the Law and Issues *de lege ferenda*", in RONZITTI/VENTURINI, *supra* note 47, p. 71.

[283] Voir à ce sujet Marco SASSÒLI et Julia GRIGNON, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire », in : Abdelwahab BIAD et Paul TAVERNIER (éds), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXIe siècle*, Bruxelles: Bruylant, 2012, p. 142.