Académie de droit international humanitaire
et de droits humains à Genève
Geneva academy of international humanitarian law
and human rights

Un droit insaisissable?

Le bombardement aérien, le principe de distinction et la proportionnalité dans l'attaque: difficultés conceptuelles et enjeux contemporains

Sous la supervision du Prof. Yves Sandoz

Géraldine Ruiz

Genève

Septembre 2008

Je tiens à remercier, pour son soutien et son accompagnement dans ma réflexion, le Prof. Yves Sandoz. Sa disponibilité et son expérience ont été une aide précieuse. Mes remerciements sont également adressés au Comité international de la Croix-Rouge, et tout particulièrement au personnel du centre de documentation et d'information, pour leur gentillesse et leur soutien indispensable à mon travail de recherche. Enfin, merci à tous ceux qui, de près ou de loin, m'ont soutenue, et qui se reconnaîtront.

SOMMAIRE

LISTE DES ABBREVIATIONS 4

RESUME 6

INTRODUCTION 7

UNE LEGALITE ENCADREE PAR LE DROIT DES CONFLITS ARMES 13

LES PRECEDENTS JURIDIQUES AUX PROTOCOLES ADDITIONNELS 13
UN DROIT AUJOURD'HUI DERIVE 23

DES DEBOIRES CONCEPTUELS ENTRETENUS PAR LES PRATIQUES JURISPRUDENTIELLES ET ETATIQUES 38

UNE JURISPRUDENCE TROP SOUVENT CONFUSE, REFLET D'UNE PENALISATION DELICATE 38
DE L'INTERPRETATION ABUSIVE DES REGLES DE DROIT 53

ENTRE IDEALISME ET PESSIMISME: LE FUTUR DU DROIT 69

L'IMPACT DE LA TECHNOLOGIE SUR LES NORMES DU DROIT DES CONFLITS 69
UN BESOIN URGENT DE REAFFIRMATION ET DE PRECISION DU DROIT 74

CONCLUSION 87

ANNEXE 88

BIBLIOGRAPHIE 90

TABLE DES MATIERES 102

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AFLR	Air Force Law Review
AL	Army Lawyer
AJIL	American Journal of International Law
AUILR	American University International Law Review
AYBIL	Australian Yearbook of International Law
BCICLR	Boston College International and Comparative Law Review
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CHJIL	Chinese Journal of International Law
CHRLR	Columbia Human Rights Law Review
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CJIL	Columbia Journal of International Law
CPI	Cour pénale internationale
CWILJ	California Western International Law Journal
DJCIL	Duke Journal of Comparative and International Law
DoD	U.S. Department of Defense
HRB	Human Rights Brief
HRW	Human Rights Watch
HV	Humanitäres Völkerrecht
ICLR	International and Comparative Law Review
IDF	Israel Defense Forces
IL	International Lawyer
ILFJLF	International Law Forum of the Jerusalem Law Faculty
ILM	International Legal Materials
ILS/USNWC	International Law Studies/U.S. Naval War College
IYBHR	Israel Yearbook on Human Rights
JICJ	Journal of International Criminal Justice
MLR	Military Law Review
NLR	Naval Law Review
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
PPA	Philosophy and Public Affairs
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix-Rouge

SDN	Société des Nations
SLR	Standford Law Review
TPIY	Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
YBIHL	Yearbook on International Humanitarian Law
YHRDLJ	Yale Human Rights and Development Law Journal

Il est aujourd'hui possible d'identifier dans la pratique actuelle des atteintes, plus ou moins masquées, aux principes fondamentaux de la conduite des hostiliés que sont la distinction et la proportion. C'est notamment à travers le recours croissant à la méthode du bombardement aérien comme moyen privilégié de guerre que les risques de manquement au droit se font des plus menaçants. Afin de démontrer que ces concepts, formant la pierre angulaire du droit international humanitaire, ne sont pas voués à rester des principes in abstracto, il est nécessaire d'identifier les différentes strates juridiques qui jalonnent la légalité d'un bombardement, afin d'être en mesure de prendre du recul et de faire ressortir que la pratique ne correspond pas toujours au droit tel qu'il devrait être interprété, et ce en raison de la grande flexibilité propre aux règles du droit international humanitaire. Si cette malléabilité est parfois analysée comme la cause de la faiblesse des règles du droit de La Haye, elle peut néanmoins en être sa force, permettant aux dispositions d'évoluer avec le temps sans avoir à être modifiées conventionnellement, ce qui autorise des voies de précision et de réaffirmation du droit souples, tout en privilégiant le consensus à la confrontation.

17 Septembre 1939. Le bombardement lancé par la Luftwaffe sur la ville polonaise de Varsovie met fin à la très brève retenue observée par les belligérants en matière de guerre aérienne depuis le début de la Seconde Guerre mondiale[1]. S'ensuivent alors de part et d'autre une campagne de bombardements massifs qui touchera notamment les villes de Rotterdam, Londres, Dresde, Berlin, Tokyo et Hambourg, pour ne citer que quelques exemples[2]. Le bombardement stratégique devient l'instrument majeur de la guerre totale, dans laquelle "*the purpose of war is to harm the enemy as much as possible; and all means which contribute to this end will be employed, no matter what they are*"[3]. L'impact destructeur des bombardements de ce conflit n'a pourtant ni impulsé l'adoption de nouvelles normes régulant la conduite des hostilités[4], ni prévenu l'utilisation ultérieure du bombardement massif. Lors de la guerre du Vietnam, l'aviation a été utilisée pour détruire les zones utilisées comme couverture de repli par les guérilleros[5], ce qui a engendré des milliers de victimes civiles, tant au Vietnam que dans les pays frontaliers touchés par les attaques américaines. Le Laos a ainsi été frappé par plus de bombes que celles lâchées pendant la Seconde Guerre mondiale, ayant pour conséquence de faire quelques 350 000 victimes[6].

Les conflits les plus récents témoignent encore du goût des grandes puissances militaires de recourir à la force aérienne pour s'assurer une suprématie sur le terrain. Lors des quarante-trois jours de campagne aérienne de la guerre du Golfe, 35 000 missions de combat ont été effectuées sur le Koweït et environ 32 000 sur l'Iraq[7]. Entre le 24 mars et le 9 juin 1999, l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) a lancé l'opération *Allied Force* contre la République fédérale de Yougoslavie au Kosovo, offensive dans laquelle l'on compte 10 484

---

[1] Voir LIPPMAN, M., "Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan", *CWILJ*, 2002, vol. 33, n°1, p. 15.

[2] A noter également des bombardements antérieurs à la Seconde Guerre mondiale, notamment ceux du conflit italo-éthiopien en 1935-1936 (villes de Dessié, Sokoto, Oualdia, Adis-Abbeba), de la guerre civile espagnole de 1936-1939 (villes de Madrid, Guernica, Valence et Alicante par exemple) ou encore de la guerre sino-japonaise (villes de Shangaï et Tchong-King). Pour un aperçu historique de l'utilisation du bombardement comme moyen de guerre, voir notamment: LIPPMAN, M., *op. cit*., *supra* note 2, pp. 1-31; WECKEL, P. "Les devoirs de l'attaquant à la lumière de la campagne en Yougoslavie", in TOMUSCHAT, C., (ed.), *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2002, pp. 129-133.

[3] Déclaration du Généttral italien Douhet, cité par GODA, P. J., "The Protection of Civilians From Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War", *MLR*, 1966, vol. 33, p. 96.

[4] En effet, les Conventions de Genève adoptées en 1949 ne touchent principalement qu'à la question de la protection des victimes de guerre au pouvoir de l'ennemi.

[5] REYNOLDS, J., D., "Collateral Damage on the 21st Century Battlefield : Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and The Struggle for a Moral High Ground", *AFLR*, 2005, vol. 56, pp. 18-23.

[6] BARRETT, N., "Holding Individual Leaders Responsible for Violations of Customary International Law : The U.S. Bombardment of Cambodia and Laos", *CHRLR*, 2000-2001, vol. 32, p. 434.

[7] HRW, *Needless Deaths in the Gulf War : Civilian Casualties During the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, (index 1-5643-2029-4), 1rst June 1991, Part2-Background, p. 32 (document html).

sorties de combat et 23 614 munitions aériennes[8]. Concernant l'Afghanistan, 21 000 munitions aériennes ont été lâchées par la coalition menée par les Etats-Unis[9]. En décembre 2003, l'organisation non gouvernementale *Human Rights Watch* (HRW) a établi qu'au cours des premiers mois du conflit irakien, plus de 20 000 sorties de combat ont été ordonnées et 27 925 munitions utilisées[10]. L'armée de l'air israélienne a elle eu recours à 15 000 sorties de combat lors du conflit l'opposant au Hezbollah libanais en 2006[11].

Ces données factuelles, et les conséquences souvent néfastes pour les populations civiles qu'elles entrainent, expliquent pourquoi tant d'attention est aujourd'hui portée au droit des conflits gouvernant la conduite des hostilités[12]. S'il n'existe pas de convention spécifique à la guerre air-terre, les dispositions générales tant coutumières que conventionnelles s'appliquent et que l'on retrouve notamment dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977. La réponse de la communauté internationale aux évènements ayant eu lieu dans le cadre du conflit américano-vietnamien est à rechercher dans l'adoption de ces textes. Dans le but de réaffirmer et de développer le droit international humanitaire existant, ces deux traités additionnels contiennent des dispositions ayant trait à la conduite des hostilités, ce qui faisait défaut aux Conventions de Genève. Sans prohiber de manière absolue les attaques aériennes, à l'exception des bombardements en tapis[13], les Protocoles viennent limiter le champ du possible dans les méthodes et moyens de guerre aéro-terrestre.

Ce bref aperçu historique révèle que le recours à la technique du bombardement n'est pas chose nouvelle. La force aérienne tend néanmoins à devenir l'acteur majeur du conflit d'aujourd'hui[14]. L'aviation étant l'un des domaines sur lequel l'impact du développement technologique est très important, les Etats ont résisté à une codification qui lui serait

---

[8] TPIY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia,* 2001*,* p. 31 (document pdf). Ci-après TPIY, Rapport du Comité.

[9] PONTI, C., "Air Operations against Afghanistan", in RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 300.

[10] HRW, *Off Target : The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, (index 1564322939), 12 December 2003, Appendix D, pp. 134-137 (document pdf).

[11] COHEN, A., "The Lebanon War and the Application of the Proportionality Principle", *ILFJLF*, Research Paper n°6-07, 2007, p. 5.

[12] SCHMITT, M. N., "Fault Lines in the Law of Attacks", in BREAU, S. C., JACHEC-NEALE, A., (ed.), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2006, p. 277.

[13] L'article 51(5)(a) du Protocole 1 prohibe notamment que "les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil".

[14] COLOMBO, A., "Air Power, Asymetrical Warfare and the Changing Nature of War", in RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 76.

spécifique[15]. Néanmoins, le bombardement est soumis aux mêmes limitations générales imposées par le droit des conflits armés, notamment les principes de distinction et de proportionnalité. Ces deux principes sont les fondamentaux du droit de La Haye et constituent la véritable pierre angulaire du droit international humanitaire. Dans le cadre de la guerre air-terre, les problèmes liés à la détermination de la légitimité d'une attaque sont plus complexes, notamment en raison de la distance, de la vitesse et de la composition actuelle des sociétés modernes industrialisées. Les principes du droit de la Haye sont ainsi soumis à rude épreuve, en raison de différents facteurs.

Le premier tient à la nature même du bombardement. Jugé par certains auteurs comme étant intrinsèquement aveugle[16], le recours à l'aviation militaire a également pour effet d'étendre la géographie de la guerre, consacrant par là même la disparition du *theatrum belli*[17]. Ceci a pour conséquence d'accroître le nombre des cibles potentielles d'une attaque, en particulier lorsque les opérations aériennes ont pour but d'atteindre des objectifs considérés comme stratégiques situés loin des lignes de bataille. Dès lors, grande est la tentation de considérer *in extenso* la notion d'objectif militaire. L'utilisation croissante de l'aviation militaire a largement contribué à élargir l'acceptation de ce concept[18], et le constat pourrait être renouvelé aujourd'hui. La volonté d'accroître l'impact des frappes aériennes est le terreau d'une tentative, à peine masquée chez certains, d'étendre le concept d'objectif militaire, au risque de le vider de toute substance juridique. Qui plus est, le calcul gains/pertes est lui aussi sujet à modification du fait du recours au bombardement. Ce dernier permet en effet de maximiser les gains d'une Partie au conflit, qui dispose d'une aura de frappe très large, tout en minimisant ses propres pertes. C'est la raison pour laquelle tant les politiques que les stratèges militaires en sont si friands[19]. L'attachement à réduire ses pertes conduit logiquement à rechercher le moindre risque. C'est à propos de cela que de nombreuses voix se sont élevées, lors des conflits du Golfe et du Kosovo notamment, critiquant ce qui est aujourd'hui connu sous l'appellation "stratégie du zéro mort"[20]. Cette dernière privilégie un certain nombre de

---

[15] AMER, S., "The Protection of the Civilian Population", in RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 29.
[16] AMER, S., *op. cit*., p. 18.
[17] COLOMBO, A., *op. cit., supra* note 14, p. 77. Sur les effets de l'extension de la géographie de la guerre sur le principe de distinction, voir également les remarques de: ALDRICH, G. H., "The Laws of War on Land", *AJIL*, 2000, vol. 94, n°1, p. 48; BOTHE, M., "Targeting", *ILS/USNWC*, 2003, vol. 78, p. 174.
[18] DESSAUSSURE, H., "The Laws of Air Warfare : Are They Any ?", *IL*, 1971, vol. 5, n°3, p. 528.
[19] A propos de l'attrait du bombardement pour les hommes politiques et militaires, voir DOUGHERTY, B., QUENIVET, N., "Has the Armed Conflict in Iraq Shown Once More the Dissension Regarding the Definition of a Legitimate Target ? What and Who Can Be Lawfully Targeted ?", *HV*, 2003, vol. 16, n°4, p. 190.
[20] Voir par exemple le rapport de HRW, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, February 2000, Summary-Principal Findings.

méthodes de combat, rendues possibles par la possession de l'arme aérienne, comme les vols de nuit ou les vols à haute ou très haute altitude[21], au risque d'accroître les dommages causés aux civils[22].

Le second facteur qui peut potentiellement mettre en péril les principes de distinction et de proportionnalité est lié au développement de sociétés entièrement industrialisées, au sein desquelles l'on constate un mariage étroit entre industrie civile et industrie militaire[23], ainsi qu'une implication croissante des civils dans les activités paramilitaires (par exemple celles liées aux hautes technologies) ou fondamentalement militaires (mais aujourd'hui déléguées ou privatisées)[24]. Les Etats tendent à se démilitariser, dans le sens où le champ militaire a de plus en plus recours à l'industrie et l'intelligence civiles. Il est désormais très difficile dans certains pays de tracer une ligne stricte et imperméable entre les objets civils et les objets militaires[25], qui eux sont des objectifs à part entière[26]. Ceci explique la multiplication dans les récents conflits d'attaques sur des objets à double usage, utilisés à la fois par des civils et des militaires. De telles attaques posent problème tant au niveau de la définition même de l'objectif militaire qu'à celui de la proportionnalité[27].

Enfin, la nouvelle donne technologique constitue le dernier élément qui influence l'application concrète des principes de distinction et de proportionnalité. Si durant la Seconde Guerre mondiale, la précision des armes laissait largement à désirer[28], la marge d'erreur au niveau de

---

[21] Sur la question de la stratégie du zéro mort, voir notamment: ROGERS, A. V. P., "Zero-casualty Warfare", *RICR*, 2000, vol. 82, n°837, pp. 165-181; ROSCINI, M., "Targeting and Contemporary Aerial Bombardment", *ICLR*, vol. 54, n°2, 2005, p. 415.

[22] Voir par exemple les remarques de DAVID, E., "Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War", *YBIHL*, 2000, vol. 3, p. 82; GARDAM, J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge Studies International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2004, p. 86; ROGERS, A. V. P., *op. cit.*, p. 1 du document électronique (disponible sur le site web du CICR, www.icrc.org).

[23] WALKER, J. K., "Strategic Targeting and International Law : The Ambiguity of Law Meets the Reality of a Single Superpower World", *ILS/USNWC*, 2006, vol. 80, p. 123.

[24] M. Roscini écrit par exemple qu'il existe "[a] growing trend to let civilians perform military functions", in ROSCINI, M., *op. cit*., *supra* note 21, p. 418. Voir également les remarques de K. Watkin, selon qui "the increased use by states of civilian government and contract employees to support their operations, as well as private military firms to maintain security, further clouds the nature of civilian involvement, [as well as] the large-scale involvement of civilians in the emerging highly technical disciplines", *in* WATKIN, K., "Assessing Proportionality : Moral Complexity and Legal Rules", *YBIHL*, 2005, vol. 8, p. 12.

[25] DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 86. Voir également ALDRICH, G. H., "The Laws of War...", *op. cit.*, p. 49.

[26] Sous réserve que leur utilisation par l'ennemi soit effective pour l'action militaire et que leur destruction ou neutralisation apporte à l'attaquant un avantage militaire précis. Voir l'article 52 du Protocole additionnel 1 de 1977 et les développements à venir dans la Partie I-Chapitre B.

[27] JAWORSKI, E., "Military Necessity and Civilian Immunity : Where is the Balance", *CHJIL*, 2003, vol. 2, p. 196. L'auteur souligne la relation entre les objets devenus objectifs par usage et la question de la proportionnalité, en exprimant l'idée que lorsqu'une attaque vise un objectif à double-usage, l'acceptation de la proportionnalité devrait être plus stricte.

[28] FENRICK, W. J., "The Law Applicable to Targeting and Proportionality After Operation Allied Force: A View From the Inside", *YBIHL*, 2000, vol. 3, p. 66.

l'impact est désormais plus que réduite, sous l'impulsion de l'utilisation de nouvelles armes et de nouvelles techniques de ciblage, comme l'assistance par le *Global Positionning System* (GPS)[29]. Il faut néanmoins résister à une vision trop idéalisée de l'avancée technologique car, pour reprendre les mots de M. Schmitt:

> *"[I]n a perfect universe, [...] advances in information acquisition/dissemination and weapons accuracy/suitability would result in an impressive concentration of precision firepower that could be brought to bear in a transparent and well-understood battlespace against easily identifiable targets. Despite its impressiveness, however, technology contains within it the potential to thicken the Clausewitzian fog of war rather than clean it."*[30]

Paradoxalement, la précision accrue de certaines armes a pour conséquence indirecte de permettre une extension de la notion d'objectif militaire[31], en limitant théoriquement les risques de pertes ou dommages collatéraux. De plus, l'importance parfois exagérée accordée aux armes de précision permet d'excuser les incidences civiles en en restant sur l'argument de l'erreur technique. Les effets de l'évolution technologique sont ainsi à la fois positifs et négatifs, rendant les conflits armés "*more and less lethal*"[32].

Ne constituant pas une violation *per se* du droit des conflits armés, le bombardement fait néanmoins peser de lourds risques au respect effectif des principes de distinction et de proportion[33]. Etant donné que le pouvoir aérien semble être le moteur de changements notoires dans la façon de conduire une guerre[34], il est nécessaire d'analyser les considérations juridiques liées à la technique du bombardement dans les conflits armés du XXIème siècle. A l'heure actuelle du recours croissant aux frappes aériennes et de la pratique subséquente des grandes puissances militaires, de sérieuses questions concernant l'acceptation des principes

---

[29] Pour un exposé précis et complet des nouvelles techniques à disposition, voir généralement les articles de M. Schmitt. Sur la question de la précision accrue, voir en particulier: BELT, W., "Missiles Over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas", NLR, 2000, vol. 47, pp. 119-126; SCHMITT, M. N., "War, Technology and the Law of Armed Conflict", *ILS/USNWC*, 2006, vol. 82, p. 146; SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian Law : Current Issues", *IYBHR*, 2004, vol. 34, p. 59; SCHMITT, M. N., "Precision Attack and International Humanitarian Law", *RICR*, 2005, vol. 87, n°859, pp. 446-448.

[30] SCHMITT, M. N., "The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare", *YHRDLJ,* 1999, vol. 2, p. 165.

[31] FENRICK, W. J., "The Law Applicable to Targeting...", *op. cit.*, *supra* note 28, p. 79. Voir également les remarques de M. Schmitt, pour qui la technologie offre la possibilité de frapper des cibles dans une période très courte avec une grande probabilité de réussite, *in* SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian Law...", *op. cit.*, *supra* note 29, p. 61.

[32] CANESTARO, N. A., "Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare", *VJTL*, 2004, vol. 37, p. 431.

[33] Voir par exemple ROBERTS, A., "The Laws of War After Kosovo", *in* WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 78, Newport (Rhode Island), p. 413-414.

[34] ROBERTS, A., "Air Power, Accuracy and the Law of Targeting : Why No Brave New World ?", *ILS/USNWC*, 2006, vol. 80, p. 133.

fondamentaux du droit de la conduite des hostilités sont aujourd'hui posées, mais trop rarement résolues. Loin de prétendre offrir une solution aux problèmes identifiés, le but du présent travail vise à fournir un cadre juridique précis concernant les deux concepts fondamentaux gouvernant la conduite des hostilités que sont la distinction et la proportionnalité, envisagés dans le cadre spécifique du bombardement, afin d'être en mesure de prendre du recul par rapport aux positions étatiques, jurisprudentielles et doctrinales relatives à ces principes, qui sont tantôt proches, tantôt fortement éloignées des dispositions prévues par le droit humanitaire.

Ainsi, lorsque l'on porte un regard sur la pratique tant étatique que jurisprudentielle, il est possible de se demander si les concepts d'objectif militaire et de proportionnalité ne sont pas voués à rester des principes *in abstracto*, ce qui laisserait présager le pire au niveau de leur application concrète. Le but du présent travail est de démontrer que ce n'est pas le cas.
Pour ce faire, une revue du droit sera dans un premier temps effectuée, afin de poser le plus précisément possible le cadre légal applicable aux bombardements aériens et de faire ressortir sa structure stratifiée (**I**). En raison de la flexibilité que ces normes laissent aux Etats dans l'interprétation du droit, la pratique subséquente de ces derniers est de première importance[35]. Par ailleurs, la jurisprudence doit elle aussi être envisagée. Ceci permettra dans un second mouvement de faire ressortir que les positions jurisprudentielles et les pratiques étatiques jouent des principes et de la structure juridique précédemment étudiés (**II**). Enfin, eu égard au développement croissant des technologies aériennes et de la propension des grandes puissances militaires à s'appuyer quasi-exclusivement sur l'aviation dans leur façon de mener une guerre terrestre, il est plus qu'important d'envisager l'impact de ces avancées sur le droit existant et futur (**III**). Le champ du présent travail est donc à la fois large et étroit, les notions de conduite des hostilités étant envisagées dans le cadre spécifique du bombardement aérien contre des objets se trouvant sur terre. L'étude sera donc focalisée sur la protection des biens civils au niveau du principe de distinction, celle des personnes n'étant envisagée que dans le cadre de la proportionnalité.

[35] A propos de l'importance de la pratique étatique, voir notamment les remarques de J. Gardam, *in* GARDAM, J., *Necessity, Proportionality..., op. cit*., *supra* note 22, p. 87.

I. Une légalité encadrée par le droit des conflits armés

L'édifice du droit international humanitaire repose sur le principe fondamental qu'est la distinction. Trois interdictions générales découlent implicitement de ce principe. Sont en effet prohibées les attaques qui prennent pour cible directe les civils ou les objets civils, les attaques indiscriminées et les attaques dirigées contre un objectif militaire mais qui ont des répercussions incidentes excessives sur la population et les biens civils[36]. Ces dispositions, qui ont pour objectif de réguler la conduite des hostilités, sont toutefois "*articulated at a high level of abstraction and generality*"[37], ce qui complique leur application concrète, en particulier dans le cadre des bombardements. Dans le but de cerner au mieux les principes généraux du droit de la Haye et les règles qui en découlent, il est nécessaire dans un premier temps d'analyser les précédents juridiques aux Protocoles additionnels (**A**), pour faire ressortir que le droit applicable à la guerre air-terre est aujourd'hui un droit dérivé (**B**).

A- Les précédents juridiques aux Protocoles additionnels

Afin de souligner, d'une part, que bon nombre des dispositions des Protocoles additionnels ne sont souvent que réaffirmation d'un droit préexistant, bien souvent mis à mal par la réalité des conflits, et, d'autre part, qu'il n'existe pas de convention spécifique à la guerre air-terre, sont ici envisagées les règles éparses gouvernant la conduite des hostilités (***a***), dont la fragilité va être révélée par les deux conflits mondiaux (***b***).

a) Règles éparses et tentative échouée de codification spécifique

En dépit de l'échec de l'adoption d'une convention spécifique qui viendrait gouverner la méthode du bombardement (*ii*), certaines règles fondamentales, certes éparses mais destinées à exprimer l'esprit même du droit des conflits armés, émergent progressivement (*i*).

---

[36] A propos de ces trois prohibitions découlant du principe de la distinction, voir FENRICK, W. J., "Riding the Rhino : Attempting to Develop Usable Legal Standards for Combat Activities", *BCICLR*, 2007, vol. 30, n°1, p. 113. Voir également les remarques de la Chambre de première instance du TPIY selon laquelle "l'interdiction d'attaques contre les civils tire son origine d'un principe fondamental de droit international humanitaire, celui de la distinction, qui oblige les parties au conflit à faire en tout temps la distinction entre la population civile et les combattants, ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, à ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires", *in* TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, jugement et opinion, Chambre de première instance, IT-98-29-T, 5 décembre 2003, §45. Cette interdiction n'exclut pourtant pas les dommages causés à la population et aux biens civils suite à une attaque légitime, sous réserve que ces derniers ne soient pas excessifs par rapport à l'avantage concret et direct attendu de l'attaque en question. Voir TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, jugement, Chambre de première instance, IT-95-11-T, 12 juin 2007, §69.

[37] FENRICK, W. J., "Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense", *DJCIL*, 1996-1997, vol. 7, p. 539.

i) L'émergence des principes fondamentaux de la conduite des hostilités

Au fil des siècles est née l'idée que le conflit armé ne se faisait pas entre les hommes, mais entre les armées[38]. Consacrant la vision rousseauiste de la guerre, l'émergence de certains principes fondamentaux va servir de base aux premières codifications en la matière. La Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868, adoptée sous l'impulsion du tsar Alexandre II, énonce pour la première fois que "le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi"[39]. Cette disposition, si elle concerne en premier lieu les combattants, est généralement présentée comme la confirmation indirecte de l'immunité des civils dans la guerre[40]. En effet, de la même façon qu'il est interdit d'infliger des souffrances inutiles aux combattants, il est possible de lire dans cette déclaration l'exigence implicite de limiter les maux infligés à la population civile[41]. Quelques années plus tard, la Déclaration de Bruxelles établit que "les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants un pouvoir illimité quant aux choix des moyens de nuire à l'ennemi"[42], limite déjà contenue dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg. Même si la première n'a pas été formellement adoptée, elle constitue avec la Déclaration de Saint-Pétersbourg les débuts de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit de La Haye.

Les idées fondatrices de la conduite des hostilités se retrouvent également dans les Instructions élaborées par le professeur Francis Lieber[43] à la demande du Président Lincoln, animé par la volonté de réguler la guerre de Sécession ayant alors cours aux Etats-Unis. L'article 22 du Code Lieber est la première codification, certes nationale, du principe énoncé par la Déclaration de Saint-Pétersbourg[44]. Cet article stipule notamment que:

> "Néanmoins, de même que la civilisation a progressé durant les derniers siècles, de même a progressé de façon continue, spécialement dans la guerre sur terre, la distinction entre la personne privée des ressortissants d'un pays ennemi et le pays ennemi lui-même avec ses hommes en armes. Le principe a été reconnu, de plus en plus, que le citoyen non armé doit être épargné quant à sa personne, ses biens, son honneur, autant que les exigences de

---

[38] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1986, §1823, p. 595.

[39] Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, Saint-Pétersbourg, 11 décembre 1868. Ci après, la Déclaration de Saint-Pétersbourg.

[40] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit.*, *supra* note 38, §1863, p. 608. Voir également les remarques de GARDAM, J., "Proportionality as a Restraint on the Use of Force", *AYBIL*, 1999, vol. 20, p. 166.

[41] FENRICK, W. J., "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare", *MLR*, 1982, vol. 98, p. 96.

[42] Projet de déclaration internationale concernant les lois et les coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 août 1874, article 12. Ci-après, la Déclaration de Bruxelles.

[43] Instructions pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique, 1863. Ci-après, le Code Lieber.

[44] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit.*, *supra* note 38, 1986, §1823, p. 595.

la guerre le permettent."[45]

Une lecture conjointe des articles 22 et 15 du Code Lieber, selon lequel "la nécessité militaire admet que l'on tue ou blesse directement tout ennemi 'armé' et toute autre personne dont la mise hors de combat se trouve inévitable dans les engagements armés de la guerre"[46] fait clairement ressortir les bases à partir desquelles sera construit le principe de l'immunité des civils, dont découlent les concepts d'objectif militaire et de proportionnalité[47].

Le XIXème siècle a ainsi vu l'émergence progressive des principes fondamentaux du droit des conflits armés, émergence qui va être traduite en droit positif suite à l'adoption de plusieurs conventions à l'aube du XXème siècle.

ii) Les premières codifications ou le succès des conventions générales

Si la protection des acteurs de la guerre par le droit positif a débuté dès 1864[48], conséquence directe de la publication par Henri Dunant d'*Un Souvenir à Solferino*, il a fallu attendre 1899 pour que soient écrites noir sur blanc les quelques règles d'alors relatives aux méthodes et moyens de guerre. Outre des dispositions concernant les prisonniers de guerre, espions, parlementaires et autorité de l'occupant, le Règlement annexé à la Convention (IV) de La Haye[49], qui reprend mot pour mot le contenu de la Convention (II) de La Haye de 1899[50], réitère le pouvoir limité des belligérants quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi[51], interdit expressément certains moyens et méthodes de guerre[52] et encadre le recours au bombardement. Trois articles sont à ce propos pertinent:

1) l'article 25 interdit le bombardement des localités non défendues;

2) l'article 26 impose au commandant des troupes assaillantes d'avertir les autorités ennemies avant tout bombardement, sous réserve de la préservation de la surprise;

3) l'article 27 pose l'immunité relative de certains lieux et objets.

La régulation du bombardement est également abordée par la Convention (IX) de La Haye de

---

[45] Article 22 du Code Lieber (trad. du CICR).
[46] Article 15 du Code Lieber (trad. du CICR).
[47] Voir TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, note 104. Voir également JAWORSKI, E., *op. cit*., *supra* note 27, p. 179.
[48] Avec notamment l'adoption de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne.
[49] Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe, La Haye, 18 octobre 1907. Ci-après la Convention (IV) de La Haye de 1907.
[50] Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe, La Haye, 29 juillet 1899. Ci-après Convention (II) de La Haye de 1899.
[51] Article 22 de la Convention (IV) de La Haye de 1907.
[52] Articles 23 et 28 de la Convention (IV) de La Haye de 1907.

1907[53]. Si son l'article 1 ne fait que reprendre l'interdiction du bombardement des localités non défendues, certains ouvrages militaires sont expressément exclus de cette protection. En effet, l'article 2 stipule que:

> "Toutefois, ne sont pas compris dans cette interdiction [posée par l'article 1] les ouvrages militaires, établissements militaires ou navals, dépôts d'armes ou de matériel de guerre, ateliers et installations propres à être utilisés pour les besoins de la flotte ou de l'armée ennemie, et les navires de guerre se trouvant dans le port. Le commandant d'une force navale pourra, après sommation avec délai raisonnable, les détruire par le canon, si tout autre moyen est impossible et lorsque les autorités locales n'auront pas procédé à cette destruction dans le délai fixé.
> Il n'encourt aucune responsabilité dans ce cas pour les dommages involontaires, qui pourraient être occasionnés par le bombardement.
> Si des nécessités militaires, exigeant une action immédiate, ne permettaient pas d'accorder de délai, il reste entendu que l'interdiction de bombarder la ville non défendue subsiste comme dans le cas énoncé dans l'alinéa 1 et que le commandant prendra toutes les dispositions voulues pour qu'il en résulte pour cette ville le moins d'inconvénients possible" (nous soulignons).

Sans les mentionner explicitement, ces Conventions consacrent la règle de la distinction dans le combat, qui se retrouve aujourd'hui formulée dans l'article 48 du Protocole additionnel 1[54]. Par ailleurs, elles viennent également limiter le champ légal du bombardement en énonçant, d'une part, les localités dont l'attaque est proscrite[55] et, d'autre part, les objets pouvant être néanmoins attaqués, ce qui fait dire à H. B. Robertson qu' en dépit de leur caractère très sommaire, les Conventions (IV) et (IX) de La Haye de 1907 introduisent de manière implicite le concept d'objectif militaire dans le droit positif de l'époque[56].

Néanmoins, chacune de ces Conventions, même si elles traitent de la question générale du bombardement, n'ont pas trait à la question spécifique de la guerre air-terre. La Convention (IV) de 1907 concerne en effet la guerre sur terre, alors que la Convention (IX) est destinée à réguler la guerre navale. C'est certainement cela qui conduit certains auteurs à juger le schéma obtenu plus que confus et largement incomplet[57]. Néanmoins, même si la Convention (IV) ne régule pas le bombardement aérien en tant que tel, les dispositions qu'elle contient sont à appliquer dès que les cibles visées, indépendamment de la source du feu, se trouvent sur une zone terrestre. Qui plus est, en particulier en raison de l'échec d'une tentative qui aurait pu

---

[53] Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, La Haye, 18 octobre 1907. Ci-après, Convention (IX) de La Haye de 1907.
[54] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, 1986, §1864, p. 608.
[55] LIPPMAN, M., *op. cit*., *supra* note 1, p. 7.
[56] ROBERTSON, H. B., "The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict", *ILS/USNWC*, 1998, vol. 72, pp. 198-199.
[57] PARKS, H., "The Protection of Civilians From Air Warfare", *IYBHR*, vol. 27, 1997, p. 65.

conduire à une codification spécifique au bombardement aérien, ce schéma est celui qui prévaut encore aujourd'hui.

En raison de l'existence de textes concernant tant la guerre terrestre que navale, contrastant avec l'absence de telles dispositions relatives à la guerre aérienne, et suite au recours durant le premier conflit mondial à l'aviation comme méthode de guerre, une Commission de juristes s'est attachée en 1922-1923 à produire des règles destinées à contrôler la radiotélégraphie et la guerre aérienne en temps de conflit[58]. Parmi ces règles, deux sont d'une importance capitale pour notre propos.

L'article 24 énonce que:

> "1. Le bombardement aérien n'est légitime que lorsqu'il est dirigé contre un objectif militaire, c'est-à-dire un objectif dont la destruction totale ou partielle constituerait pour le belligérant un avantage militaire net.
> 2. Un tel bombardement n'est légitime que s'il est dirigé exclusivement contre les objectifs suivants : forces militaires, ouvrages militaires, établissements ou dépôts militaires, usines constituant des centres importants et bien connus employés à la fabrication d'armes, de munitions connues ou de fournitures militaires caractérisées, lignes de communication ou de transport dont il est fait usage pour des buts militaires.
> 3. Le bombardement de cités, de villes, de villages, d'habitations et d'édifices qui ne se trouvent pas dans le voisinage immédiat des opérations des forces de terre est interdit. Dans le cas où les objectifs spécifiés à l'alinéa 2 seraient situés de telle manière qu'ils ne pourraient être bombardés sans entraîner un bombardement sans discrimination de la population civile, les aéronefs doivent s'abstenir de bombarder.
> 4. Dans le voisinage immédiat des opérations des forces de terre, le bombardement des cités, villes, villages, habitations et édifices est légitime, pourvu qu'il existe une présomption raisonnable que la concentration militaire y est assez importante pour justifier le bombardement, en tenant compte du danger ainsi couru par la population civile.
> 5. L'Etat belligérant est soumis à la réparation pécuniaire des dommages causés aux personnes ou aux biens, en violation des dispositions du présent article, par un quelconque de ses agents ou l'une quelconque de ses forces militaires" (nous soulignons).

Cet article contient des dispositions primordiales touchant à la légalité du bombardement. Il mentionne expressément le concept d'objectif militaire, qui est défini en deux temps, avec d'une part l'exigence d'obtenir un avantage militaire net du fait de la destruction de l'objectif, et d'autre part une liste exhaustive de ce qui pourrait devenir un objectif militaire. Le troisième alinéa réitère l'interdiction du bombardement indiscriminé, tout en n'autorisant que les bombardements tactiques des villes ou autres localités. Le quatrième alinéa quant à lui énonce à demi-mots le principe de la proportionnalité. La teneur de cet article explique

[58] Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées par une Commission de Juristes, La Haye, décembre 1922 - février 1923. Ci après, Règles de la guerre aérienne de 1923. Ces règles sont le résultat de la Conférence sur la limitation de l'armement, qui s'est tenue en 1922. A propos du cadre historique relatif aux Règles de 1923, voir LIPPMAN, M., *op. cit., supra* note 1, pp. 9-11.

pourquoi la doctrine identifie dans le texte de 1923 des références explicites aux concepts juridiques qui seront développés cinquante ans plus tard[59], à savoir la définition de ce qu'est un objectif militaire, pour la première fois reliée, d'une part, à l'obtention d'un avantage militaire et, d'autre part, à la nature de l'objet[60], ainsi que le souci d'éviter au maximum le danger encouru par la population, dans lequel bon nombre d'auteurs voient la reconnaissance officielle de l'exigence de proportionnalité[61]. Par ailleurs, l'article 25[62] du texte de 1923 contient des indications visant à assurer le respect de l'article 24, avec l'obligation, certes relative, de prendre toutes les mesures de précaution nécessaires pour épargner les objets civils nommés dans l'article. Les précautions sont ainsi, dès 1923, associées à la proportionnalité, ce que l'on retrouvera non seulement en 1938 mais également en 1977[63].
En dépit du fait que ces règles soient une tentative de définition de l'objectif militaire tout en abordant expressément la question du bombardement, elles n'ont jamais été ratifiées[64]. Pour autant, elles représentent aujourd'hui une "interprétation classique du droit"[65], et ont pour bon nombre d'auteurs acquis le statut de règles coutumières[66]. Elles consacrent néanmoins l'échec d'une convention qui contiendrait des dispositions spécifiques destinées à encadrer la méthode du bombardement.

b) La fragilité du droit existant face aux deux conflits mondiaux

La non adoption des Règles de 1923 est parfois présentée comme une des causes de la lacune

---

[59] Voir WECKEL, P., *op. cit*., *supra* note 2, p. 132.
[60] Voir PARKS, W. H., "Asymmetries and the Identification of Military Objectives", in VON HEINEGG, W. H., (ed.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges : Symposium in Honor of Knut Ipsen*, Springer, Berlin, 2007, p. 76.
[61] Voir AMER, S., *op. cit*., *supra* note 15, p. 23. Voir également la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Le Procureur c. Stanislav Galic, op. cit*., *supra* note 36, note 104.
[62] L'article 25 se lit comme suit: "Dans le bombardement par aéronef, toutes les mesures nécessaires doivent être prises par le commandant pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les monuments historiques, les navires-hôpitaux, les hôpitaux et les autres lieux de rassemblement des malades et des blessés, à condition que ces édifices, ces objectifs et ces places ne soient pas employés en même temps à des buts militaires. Ces monuments, objets et lieux doivent, de jour, être désignés par des signes visibles aux aéronefs. L'usage de ces signes pour indiquer d'autres édifices, objets ou lieux que ceux spécifiés ci-dessus sera considéré comme un acte de perfidie. Les signes dont il sera fait usage comme ci-dessus seront, dans le cas d'édifices protégés par la convention de Genève, la croix rouge sur fond blanc et, dans le cas des autres édifices protégés, un grand panneau rectangulaire partagé, suivant une des diagonales, en deux triangles, l'un blanc et l'autre noir. Un belligérant qui désire assurer de nuit la protection des hôpitaux et autres édifices privilégiés ci-dessus mentionnés, doit prendre les mesures nécessaires pour en rendre les signes spéciaux ci-dessus indiqués suffisamment visibles".
[63] Voir les remarques à venir sur le discours de N. Chamberlain dans la Partie I, chapitre A-b-i) et les développements des normes du Protocole 1 dans le chapitre B-b-ii).
[64] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1998, p. 647.
[65] TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic,* Chambre de première instance, *op. cit*., note 103.
[66] Voir, par exemple, LIPPMAN, M., *op. cit*., *supra* note 1, p. 11.

juridique[67] qui aurait, sinon permis, du moins facilité, les désastres des deux conflits mondiaux. Lors de ces conflits, l'on a pu constater une utilisation progressivement extensive du bombardement, dans un climat où le droit de La Haye, certes primaire mais non inexistant, était largement marginalisé (*i*), ce qui explique les diverses tentatives d'impulser une dynamique nouvelle au droit existant à la fin de la Seconde Guerre mondiale (*ii*).

i) Les conflits mondiaux et la marginalisation du droit de la Haye

Le premier conflit mondial a été sur de nombreux points le révélateur de l'insuffisance normative du droit des conflits armés[68]. C'est ce qui explique en grande partie les initiatives menées entre 1929 et 1938 en vue de donner une aura plus grande mais surtout plus effective aux principes fondateurs du droit international humanitaire. Parmi ces initiatives, l'on peut relever le travail effectué au sein des Conférences internationales de la Croix-Rouge dès 1921, qui a abouti à l'adoption en 1929 de deux Conventions visant à améliorer la protection des blessés et malades, ainsi que celle des prisonniers de guerre[69]. Néanmoins, en raison du climat international qui prévalait à l'époque, marqué notamment par un idéalisme pacifiste qui a conduit à la création de la Société des Nations (SDN) et à la proclamation de l'illégalité de la guerre, peu d'attention est portée à la question de ce que l'on peut faire ou non lorsque l'on combat.

L'année précédant l'échec flagrant de ce pacifisme a été celle des grandes déclarations, la protection des civils contre le bombardement en étant le point central. Suite au discours du Premier ministre britannique de l'époque Neville Chamberlain, préoccupé de la situation prévalant alors en Espagne, la Société des Nations a adopté en 1938 une résolution visant à interdire le bombardement délibéré des populations civiles, à limiter les cibles aux objectifs militaires et à exiger la précaution lorsqu'un endroit où se trouvent des civils va être bombardé, afin d'éviter une négligence meurtrière[70]. Cette règle est néanmoins largement ignorée durant la Seconde Guerre mondiale[71], au cours de laquelle la doctrine de la guerre

---

[67] PARKS, H., "The Protection of Civilians...", *op. cit*., *supra* note 57, p. 66.

[68] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1827, p. 596.

[69] Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne et Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptées le 27 juillet 1929.

[70] A propos du discours de N. Chamberlain et de la résolution adoptée par la SDN, voir: TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kurpreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic et Vladimir Santic,* jugement, Chambre de première instance, IT-95-16-T, 14 janvier 2000, §521; TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, note 103; LIPPMAN, M., *op. cit*., *supra* note 1, p. 14.

[71] Voir GREEN, L. C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Melland Schill Studies in International Law, Manchester University Press, 2008 (3rd ed.), p. 212.

totale devient dominante. Le point central de cette doctrine, selon laquelle l'ensemble de la population ennemie joue un rôle primordial dans l'effort de guerre, consiste à attaquer le moral de l'ennemi afin de paralyser le fonctionnement global de la société. L'aviation joue dans cette pièce un rôle déterminant, car elle permet d'entreprendre des attaques, de manière simultanée ou consécutive, sur les nerfs de la structure sociétale, comme par exemple les lieux de travail et de production industrielle ou encore les lignes de communication[72]. L'accent est dès lors mis sur la dévastation psychologique, plutôt que matérielle[73].

Si les avis divergent sur les causes du caractère destructeur de ce conflit[74], il reste néanmoins certain que la doctrine de la guerre totale en est pour beaucoup responsable. La jurisprudence des tribunaux d'après-guerre a invalidé cette méthode[75], tout en ayant une position plus ou moins ambigüe sur l'argument de la nécessité militaire[76]. En dépit des grandes questions nées des pratiques guerrières ayant eu cours lors du second conflit mondial concernant la conduite des hostilités, les Conventions de Genève de 1949 adoptées au sortir de la guerre ne traitent que de la protection à accorder aux divers types de personnes touchées, directement ou indirectement, par le cours des hostilités[77], ce qui peut expliquer les diverses initiatives prises à partir des années cinquante pour faire évoluer le droit de la Haye.

---

[72] Sur la doctrine de la guerre totale et sa relation avec l'aviation, voir notamment: GODA, P. J., *op. cit.,* p. 103; LEWIS, M. W., "The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War", *AJIL*, 2003, vol. 97, n°3, p. 482; PARKS, H., "The Protection of Civilians...", *op. cit*., *supra* note 57, p. 77, selon qui "morale, or an enemy nation's will to resist, received new emphasis with the advent of the airplane"; WECKEL, P., *op. cit*., *supra* note 2, pp. 129-130.

[73] LIPPMAN, M. *op. cit*., *supra* note 1, p. 14.

[74] Pour certains, la conduite des hostilités durant la Seconde Guerre mondiale a totalement ignoré les principes de droit comme la proportionnalité ou la distinction, alors que pour d'autres ces destructions sont dues à plusieurs facteurs, notamment la non précision des armes lâchées par les aviations tant alliées que des Puissances de l'Axe. Concernant la première position, voir NEUMAN, N., "Applying the Rule of Proportionality : Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality", *YBIHL*, 2004, vol. 7, p. 88. Concernant la seconde position, voir notamment: FENRICK, W. J., "The Rule of Proportionality...", *op. cit*., *supra* note 41, pp. 117-118; PARKS H., "The Protection of Civilians...", *op. cit*., *supra* note 57, p. 69; SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1827, p. 596;

[75] Par exemple dans l'affaire *Re Roechling*, rendue par le Tribunal du Gouvernement militaire français d'occupation de Rastadt, cité par BANNELIER, K., "L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre mondiale", *in La nécessité en droit international : Colloque de Grenoble*, Société française pour le droit international, Pédone, Paris, 2007, p. 315. L'arrêt rendu en 1963 par la Cour de Tokyo dans l'affaire Shimoda va confirmer que même dans le cadre de ces dites guerres totales, le principe de distinction peut et doit être respecté. Voir *Shimoda and others v. The State*, Tokyo District Court, 7 December 1963, §9.

[76] Voir: BANNELIER, K., *op. cit*., pp. 311-323; DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities...*, *op. cit*., *supra* note 25, pp. 18-19.

[77] Hormis deux dispositions qui mentionnent, sans le définir, le concept d'objectif militaire (article 19 de la Convention I et article 18 de la Convention IV), les Conventions de 1949 ne contiennent aucune disposition spécifique à la conduite des hostilités. L'exception concerne ce que l'occupant peut et ne peut pas faire dans le territoire occupé. Voir notamment l'article 53 de la Convention (IV) de Genève de 1949.

ii) Dynamique nouvelle et prise de conscience

Durant la guerre du Vietnam, l'aviation a été massivement utilisée par les Etats-Unis pour venir à bout des forces nord-vietnamiennes, ouvrant la voie au recours de plus en plus fréquent à la technique du bombardement aérien. Ceci, conjugué à l'absence de règles spécifiques et contraignantes, a rendu le respect de l'ensemble du droit international humanitaire très délicat[78]. C'est dans ce cadre qu'il faut replacer l'effort mené par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), effort qui a abouti au Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre de 1956. Concernant le bombardement, ce texte appelle plusieurs remarques.

Après avoir posé l'immunité de la population civile (définie *a contrario*[79]) tout en acceptant la possibilité de dommages collatéraux[80], le texte consacre deux dispositions aux bombardements. Il interdit tout d'abord le bombardement de zone, ou bombardement en tapis[81], et impose des précautions actives à l'attaquant, tant au niveau de la conception de l'attaque qu'à celui de son exécution. Concernant ce dernier point, l'article semble différencier les précautions à prendre dans l'exécution d'une attaque selon si l'on a affaire à un bombardement tactique ou stratégique[82]. Par ailleurs, le concept d'objectif militaire est défini à travers deux éléments cumulatifs: l'objet doit par sa nature offrir un "intérêt militaire généralement reconnu" et sa destruction totale ou partielle doit offrir un avantage militaire[83].

---

[78] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1830, p. 597.

[79] L'article 4 du Projet de Règles de 1956 énonce que "au sens des présentes règles, la population civile comprend toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories suivantes : a) membres des forces armées ou des organisations auxiliaires ou complémentaires de celles-ci ; b) personnes qui, sans appartenir aux formations précitées, prennent néanmoins part au combat".

[80] Selon l'article 6 du Projet de Règles de 1956, "sont interdites les attaques dirigées contre la population civile comme telle, que ce soit pour la terroriser ou pour toute autre raison. Cette interdiction s'applique aussi bien aux attaques qui viseraient des individus isolés qu'à celles qui seraient dirigées contre des groupes. Par conséquent, il est également interdit d'attaquer les habitations, installations et moyens de transport, qui sont exclusivement affectés à la population civile et occupés par elle. Toutefois, les éléments de la population civile qui, en dépit de l'article 11, se trouveraient à l'intérieur ou à proximité immédiate d'un objectif militaire assumeraient les risques résultant d'une attaque dirigée contre cet objectif".

[81] L'article 10 du Projet de Règles de 1956 établit qu' "il est interdit d'attaquer indistinctement comme un seul objectif une zone comprenant plusieurs objectifs militaires distants l'un de l'autre, s'il se trouve entre eux des éléments de la population civile ou des habitations".

[82] L'article 9 stipule notamment que "en particulier, dans les villes et autres lieux fortement peuplés, qui ne se trouvent pas dans le voisinage des opérations terrestres ou maritimes, l'attaque doit être exécutée avec la plus grande précision. Elle ne doit causer à la population civile ni pertes ni destructions au-delà des abords de l'objectif visé" (nous soulignons).

[83] Voir l'article 7 du Projet de Règles de 1956, rédigé comme suit: "afin de limiter les dangers courus par la population civile, les attaques ne peuvent être dirigées que contre des objectifs militaires. Sont seuls considérés comme tels les objectifs appartenant à une des catégories d'objectifs qui offrent, par leur nature même, un intérêt militaire généralement reconnu. Une annexe aux présentes règles indique ces catégories. Toutefois, même s'ils appartiennent à une de ces catégories, ils ne peuvent être considérés comme objectifs militaires lorsque leur

Ainsi, le texte de 1956 reprend et développe des points déjà présents dans la proposition de 1923, notamment au niveau de la définition de l'objectif militaire, de la populaton civile, et des précautions à prendre avant et pendant le lancement d'une attaque[84]. Par ailleurs, le texte du Protocole additionnel I s'inspire largement de certaines des dispositions développées dès 1956[85]. C'est néanmoins une approche plutôt restrictive qui prévaut en 1956 et qui fait du bombardement un outil essentiellement tactique, eu égard à la définition de l'objectif militaire et aux précautions additionnelles requises pour le bombardement stratégique. Cela a conduit certains auteurs à porter un regard critique sur le texte de 1956. Parmi eux, H. Dessaussure s'interroge notamment sur la question de savoir si la différenciation préconisée par le CICR entre bombardement stratégique et bombardement tactique saurait résister en pratique à l'argument de la nécessité militaire[86]. Par ailleurs, la définition de l'objectif militaire proposée par l'Institut de droit international (IDI) en 1969 tend à implicitement confirmer le fait que bon nombre de juristes internationaux avaient une vision plus large du concept que celle animant le texte proposé par le CICR[87].

Ce projet n'a néanmoins pas eu d'écho étatique, ce qui a poussé le CICR à adopter une nouvelle approche, mettant l'accent sur la nécessité de réaffirmer certains principes fondamentaux, chose faite avec l'adoption de la Résolution XXVIII de la XXème Conférence internationale de la Croix-Rouge tenue en 1965[88]. Il a pourtant encore fallu attendre trois ans pour que les principes fondamentaux du droit international humanitaire soient intégrés dans une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies[89].

---

destruction totale ou partielle n'offre, dans les circonstances du moment, aucun avantage militaire".

[84] Concernant l'objectif militaire, le texte de 1923 le définit notamment par rapport à l'avantage militaire découlant de sa destruction, alors que celui de 1956, s'il reprend ce point, complète la définition en y ajoutant la condition de l'intérêt militaire découlant de la nature même de l'objet. Pour comparaison, voir les articles 24 des Règles de 1923 et 7 du texte du CICR. Les précautions sont quant à elles bien plus développées dans le texte de 1956 (voir l'article 25 de 1923 et les articles 8 et 9 de 1956).

[85] Notamment concernant l'approche pour la définition générique de l'objectif militaire et relativement aux obligations de précautions.

[86] DESAUSSURE, H., *op. cit*., *supra* note 18, pp. 536-537.

[87] En contraste avec la définition de 1956 basée sur l'intérêt militaire découlant de la nature même de l'objet envisagé, l'IDI propose la définition suivante: "Peuvent seuls être considérés comme objectifs militaires ceux qui, par leur nature même, leur destination ou leur utilisation militaire, contribuent effectivement à l'action militaire ou présentent un intérêt militaire généralement reconnu, de telle sorte que leur destruction totale ou partielle procure, dans les circonstances du moment, un avantage militaire substantiel, concret et immédiat à ceux qui sont amenés à les détruire". Voir "La distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment les problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive", Edimbourg, 9 septembre 1969.

[88] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1833, p. 598.

[89] Voir la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unis 2444 (XXIII) le 19 décembre 1968 lors de la 1748ème séance plénière, dans laquelle il est statué que l'Assemblée fait sienne la résolution XXVIII adoptée par la Conférence internationale de la Croix-Rouge en 1965 et qui en reprend les principes

Des efforts indéniables ont donc été entrepris à la suite de la Seconde Guerre mondiale pour réaffirmer et préciser les concepts majeurs du droit de La Haye, mais ils n'ont pas abouti dans l'immédiat à l'adoption d'un texte à la force juridique obligatoire, pas plus qu'ils n'ont prévenu les atrocités qui ont marqué la tristement célèbre guerre du Vietnam. La communauté internationale a en effet attendu 1977 pour adopter un texte de droit humanitaire dont certaines dispositions sont destinées à encadrer la conduite des hostilités. En raison de l'absence de texte spécifique, ces dispositions sont pleinement applicables au bombardement aérien[90], ce qui conduit à envisager un droit dérivé.

B- Un droit aujourd'hui dérivé

Avec le développement grandissant de la puissance de feu de longue distance s'est ressenti le besoin d'un traité qui touche expressément à la question de la légitimité et de l'illégitimité des cibles[91], tout particulièrement nécessaire lorsque, dans de plus en plus de sociétés, la ligne séparant le civil du militaire tend à s'estomper[92]. L'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève répond à ce besoin. Ses dispositions pertinentes ont été résumées comme-ci par la Cour permanente d'arbitrage:

> *"[T]hey emphasize the importance of distinguishing between civilians and combatants and between civilian objects and military objectives; they prohibit targeting civilians or civilian objects; they prohibit indiscriminate attacks, including attacks that may be expected to produce civilian losses that would be disproportionnate to the anticipated*

---

fondamentaux, à savoir que le droit des parties au conflit de nuire à l'ennemi n'est pas illimité, qu'il est interdit de lancer des attaques contre la population civile, et que la distinction entre les civils et les personnes prenant part aux hostilités doit en tout temps être respectée.

[90] Voir l'article 49 du Protocole I, selon lequel "les dispositions de la présente Section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Elles s'appliquent en outre à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre" (nous soulignons). L. Green écrit à ce propos que "in the absence of any specific rule relating to air warfare as such, the general rules governing land warfare and the selection of targets are applicable equally to aerial attacks directed against enemy personnel and ground or sea targets", *in* GREEN, L. C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit*., p. 223. Le même constat est établi par G. Bartolini, selon lequel l'absence de cadre légal spécifique est compensée par le fait que le droit encadrant la guerre terrestre est pertinent pour les questions des bombardements. Voir BARTOLINI, G., "Air Operations Against Iraq", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 229. Voir également SASSOLI, M. CAMERON, L., "The Protection of Civilian Objects - Current State of the Law and Issues de lege ferenda", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 41.

[91] M. Lippman écrit à juste titre que "the modern development of long-range artillery and the lengthy reach and lethal character of aerial urban bombardment necessitated that the humanitarian law of war explicitely and clearly distinguish and differenciate between permissible military and impermissible civilian targets", *in* LIPPMAN, M., *op. cit*., *supra* note 1, p. 35.

[92] AMER, S., *op. cit*., *supra* note 15, p. 21.

military advantage; and they require [...] to take all feasible precautions to those ends"[93]

Ces différents points sont abordés à travers le concept d'objectif militaire (***a***) et celui de proportionnalité (***b***). Si ces principes sont ici étudiés de manière strictement distincte, cela est dû à un choix méthodologique qui ne doit pas conduire à penser qu'ils n'entretiennent entre eux aucune relation conceptuelle[94].

a) Le concept d'objectif militaire

Il ressort de l'article 52(2) du Protocole que la définition de l'objectif militaire est une définition générique (*i*), qui recouvre différentes facettes lorsque le principe est envisagé d'un point de vue global (*ii*).

i) Une définition générique

Afin de donner du corps à la prohibition énoncée dans l'article 48 du Protocole 1, laquelle stipule que "les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre [...] les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations militaires que contre des objectifs militaires"[95], il a bien fallu qu'au moins une de ces deux catégories soit définie[96]. L'article 52 répond à cette exigence, en établissant que:

> "1. Les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles. Sont biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2.
> 2. Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis.
> 3. En 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."

L'objet civil est ainsi défini *a contrario* de l'objet militaire, qui lui seul peut devenir un

---

[93] CPA, Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie (sentences partielles), Front occidental - Bombardements aériens et demandes assimilées - Réclamations de l'Erythrée n°1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 et 26, 19 décembre 2005, §95.

[94] J. Holland identifie quatre possibilités de dynamique entre les concepts d'objectif militaire et de proportionnalité. Voir HOLLAND, J., "Military Objectives and Collaretal Damage: Their Relationship and Dynamics", *YBIHL*, 2004, vol. 7, p. 55 et pp. 56-72 pour l'application concrète de ces dynamiques.

[95] Article 48 du Protocole additionnel I.

[96] Voir les remarques de: SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1994, p. 646; SASSOLI, M. "Targeting : The Scope and Utility of the Concept of 'Military Objectives' for the Protection of Civilians in Contemporary Armed Conflicts", *in* WIPPMAN, D., EVANGELISTA, M., (ed.), *New Wars, New Laws ? Applying the Laws of War in 21st-Century Conflicts*, Transational Publishers, Ardsley, 2005, p. 184.

objectif militaire légitime, sous réserve de remplir les conditions cumulatives présentes dans l'article. Ces conditions sont au nombre de deux. Pour devenir un objectif militaire, l'objet en question doit, d'une part, contribuer à l'action militaire de l'ennemi par sa nature, son emplacement, sa destination ou son utilisation, et, d'autre part, sa destruction, capture ou neutralisation doit apporter à l'attaquant un avantage militaire. Ainsi, tout objectif militaire doit répondre à au moins un des critères proposé par la première condition (nature, utilisation, emplacement ou destination dont découle une contribution à l'action militaire ennemie), et un des choix découlant de la seconde condition (destruction, capture ou neutralisation qui apporte un avantage militaire à l'attaquant)[97]. Si cette double exigence est parfois analysée comme redondante[98], elle offre néanmoins un cadre évitant une définition qui serait bien trop large[99].

Afin de dessiner le plus finement possible l'acceptation à avoir de cet article, certains points doivent d'ores et déjà être soulignés[100]:

1) par nature, il faut entendre "tous les biens utilisés directement par les forces armées", ce qui renvoie à la nature intrinsèque de l'objet[101]. Plus précisément, l'on pourrait estimer qu'un bien est un objectif militaire par nature lorsque sa seule utilisation, ou son utilisation naturelle, est militaire, ce qui recouvre un champ moins large que celui découlant de la définition proposée par Y. Dinstein;

2) par emplacement, le texte vise des zones ou des structures qui seraient placées de telle manière à représenter de l'importance pour les forces armées, comme par exemple un pont;

3) par utilisation, il faut comprendre que l'objet doit, par sa fonction actuelle, être utile aux forces ennemies;

4) par destination, l'accent est au contraire mis sur l'usage futur d'un bien, où l'intention d'un tel usage par l'ennemi doit être connue par l'adversaire, et non pas hypothétiquement

---

[97] Voir MULINEN (de), F., "Distinction Between Military and Civilian Objects", *in* TOMUSCHAT, C., (ed.), *Kosovo and the International Community : A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2002, pp. 106-107. Voir également SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §2018, p. 651.

[98] Y. Dinstein écrit en effet que "in practice, however, one cannot imagine that the destruction, capture, or neutralization of an object contributing to the military action of one side would not be militarily advantageous for the enemy", *in* DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities..., op. cit*., *supra* note 25, p. 85. Voir également SASSOLI, M., *op. cit*., *supra* note 96, p. 185.

[99] SASSOLI, M., *op. cit*., p. 186. Voir également SASSOLI, M., CAMERON, L., *op. cit*., *supra* note 90, p. 48.

[100] Ces remarques sont tirées de SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §§2020-2022, p. 652.

[101] DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities..., op. cit*., *supra* note 25, p. 88.

établie[102].

Il est également nécessaire de rappeler que l'exigence de contribution à l'action militaire concerne tous les objets, même ceux qui sont des objectifs militaires par nature[103]. Certains auteurs semblent au contraire considérer que tout objet militaire est un objectif *ipso facto*. Parmi eux, il est possible de citer les mots de H. Parks, selon qui:

> *"A definition for objects that may be regarded as military objectives is important only for objects other than military bases, units, equipment and forces. [...] Both parts [of the definition] must apply before an object that is normally a civilian object can be considered a military objective"*[104]

Si d'un point de vue pratique, une telle approche n'est pas illogique, la même chose ne peut pas être affirmée d'un point de vue strictement théorique. En effet, cette position semble contraire à la lettre de l'article 52(2), qui met sur le même plan les critères de la nature, emplacement, destination et utilisation. Dans une certaine mesure, elle méconnaît également le principe qui interdit les destructions inutiles, fussent-elles dirigées contre des objets militaires.

Durant les négociations internationales, et en dépit de la demande de mise aux voix exigée par la France[105], aucun point réellement épineux n'a été soulevé. Certains Etats se sont toutefois attachés à souligner le fait qu'une zone géographique pouvait constituer un objectif militaire[106], ce qui a été repris par d'autres dans leurs déclarations interprétatives[107]. Par ailleurs, ils se sont également exprimés sur la norme de prise de décision à partir de laquelle la détermination de la qualité de l'objet (objet civil ou objectif militaire) devait être effectuée. Ainsi, la Nouvelle-Zélande a déclaré que:

---

[102] Voir les remarques de DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities..., op. cit*., p. 90 et de SASSOLI, M. CAMERON, L., *op. cit*., *supra* note 90, p. 58. Voir également HOLLAND, J., *op. cit*., *supra* note 94, p. 40.

[103] Il est nécessaire de rappeler à ce propos que ceci apparaît clairement dans le texte de 1956, selon lequel un objet, dont la nature offre un intérêt militaire reconnu et appartenant à l'une des catégories identifiées, ne peut néanmoins pas être attaqué si sa destruction n'offre aucun avantage militaire. Voir l'article 7 du projet de Règles du CICR de 1956.

[104] PARKS, H., "Asymmetries...", *op. cit*., *supra* note 60, p. 87. L'auteur poursuit en établissant une liste d'objectifs fondamentalement militaires, qu'il oppose à une liste comportant des biens civils qui, eux, ne deviendront des objectifs militaires que s'ils répondent à la double exigence imposée par l'article 52 (2) du Protocole. Voir également dans ce sens les remarques de F. de Mulinen, selon qui les objets militaires sont *ipso facto* des objectifs militaires, in MULINEN (de), F., *op. cit*., *supra* note 97, p. 106.

[105] Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (CDDH), Genève, (1974-1977), vol. VI, CDDH/SR.41, §149, p. 171. L'article a été adopté par 79 vois contre zéro et 7 abstentions.

[106] Actes de la Conférences diplomatique..., *op. cit*., CDDH/SR.41, déclarations des délégations britannique (p. 171), allemande (p. 178), canadienne (p. 180), américaine (p. 186), néerlandaise (p. 195).

[107] Voir les déclarations interprétatives suivantes: Allemagne (14 février 1991); Canada (20 novembre 1990); Espagne (21 avril 1989); France (11 avril 2001); Italie (27 février 1986); Nouvelle-Zélande (8 février 1988); Royaume-Uni (28 janvier 1998). Pour la doctrine, voir l'article de GAUDREAU, J., "Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre", *RICR*, Faits et documents, 2003, vol. 85, n°849, pp. 143-184.

> "Pour ce qui est des articles 51 à 58 inclus, le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande comprend que les commandants militaires et autres responsables de la planification, de la décision ou de l'exécution d'attaques doivent nécessairement prendre leurs décisions sur la base de leur appréciation des renseignements, de toutes sources, raisonnablement disponibles à ce moment."[108]

Il ressort nettement de ce type de déclaration que le pouvoir discrétionnaire dont bénéficie l'attaquant est important, ce qui rend le dilemme lié au lien requis entre l'objet et l'action militaire encore plus problématique. Néanmoins, certains éléments permettent d'objectiver ce jugement *a priori* fondamentalement subjectif. Tout d'abord, l'objet doit apporter une contribution *effective* à l'action militaire de l'ennemi, ce qui exclut tout apport qui serait hypothétique. De plus, l'avantage acquis doit être *précis*, ce qui disqualifie les avantages indéterminés ou éventuels[109]. La détermination de l'avantage militaire doit par ailleurs être effectuée selon les circonstances du moment[110], ce qui vient encadrer temporellement la notion d'objectif militaire. Enfin, l'article 52(2) ne concerne que les objets tangibles[111].

Le caractère générique de l'article 52(2) a suscité de nombreuses critiques, en particulier parce qu'il peut potentiellement couvrir une grande variété d'objets[112] et qu'il fait la part belle à la subjectivité de l'attaquant. Néanmoins, il faut également le considérer à partir d'un point de vue plus global, notamment dans sa relation avec la définition des biens civils. Le choix d'une définition *a contrario* a généralement pour résultat de virtuellement créer une liste exhaustive, sans prendre le risque d'oublier un élément[113]. Les *Commentaires* de l'article 52 soulignent de plus que si le modèle d'une liste pour définir les objectifs militaires avait été choisi, cela aurait conduit à des problèmes insolubles, fondamentalement liés au choix même d'établir une liste exhaustive[114]. D'autres considérations imposent également de considérer l'article 52(2) au travers d'une vision plus large.

---

[108] Déclaration interprétative de la Nouvelle-Zélande. Voir également dans ce sens les déclarations de l'Allemagne (14 février 1991), de l'Australie (21 juin 1991), de l'Autriche (13 août 1982), de la Belgique (20 mai 1986), du Canada (20 novembre 1990), de la France (11 avril 2001), de l'Italie (27 février 1986), des Pays-Bas (26 juin 1987).

[109] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit.*, *supra* note 38, §2024, p. 652. Voir également SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit.*, *supra* note 12, p. 281, selon qui le lien requis entre l'objet et l'action militaire doit être étroit.

[110] DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities..., op. cit.*, *supra* note 25, p. 86. Voir également HOLLAND, J., *op. cit.*, *supra* note 94, p. 41 et SASSOLI, M., CAMERON, L., *op. cit., supra* note 90, p. 48.

[111] SASSOLI, M., *op. cit.*, *supra* note 96, p. 185; voir également SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit.*, *supra* note 38, §2010, p. 650.

[112] En effet, à l'exception des objets bénéficiant d'une protection spéciale, tout objet peut devenir un objectif militaire. Voir SASSOLI, M., CAMERON, L., *op. cit.*, *supra* note 90, p. 47.

[113] MULINEN (de), F., *op. cit.*, *supra* note 97, p. 104.

[114] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit.*, *supra* note 38, §§2035-2036, p. 654.

ii) Un concept aux multiples facettes

Il faut reconnaître que la définition posée par l'article 52(2) pose des difficultés pratiques indéniables. Le principe normatif a aujourd'hui acquis un statut de droit coutumier[115], et s'applique aux conflits armés tant internationaux qu'internes[116]. D'une part, l'article 13 du Protocole additionnel II[117], s'il concerne la protection de la population civile, est assez large pour couvrir la protection des biens civils, et donc implicitement limiter les attaques en conflit interne aux objectifs militaires[118]. D'autre part, la définition utilisée par le Protocole additionnel I a été reprise dans d'autres instruments internationaux, qui eux concernent les deux types de conflits[119]. Pour autant, cela ne vient en rien dissiper les tensions qui se

---

[115] Pour la majeure partie de la doctrine, l'article 52(2) s'élève au rang de norme coutumière, ce qui est réaffirmé par de nombreux organes judiciaires et quasi-judiciaires. Voir notamment pour la doctrine: BOTHE, M., *op. cit*., *supra* note 17, p. 176; DINSTEIN, Y., *Conduct of Hostilities..., op. cit*., *supra* note 25, p. 82; SASSOLI, M., *op. cit*., *supra* note 96, p. 182. Pour la jurisprudence, voir notamment TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §19; CPA, Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie (sentences partielles), Front occidental, réclamations de l'Erythrée, *op. cit., supra* note 93, §§112-113, où l'on peut lire que "article 52, paragraph 2, of Geneva Protocol I, which defines the objects that are legitimate military objectives [...] is widely accepted as an expression of customary international law". L'aspect coutumier de la norme est néanmoins contesté par certains auteurs. A ce propos, voir PARKS, H., "Asymmetries...", *op. cit*., *supra* note 60, p. 91.

[116] Selon M. Sassoli et L. Cameron, il est difficile d'imaginer comment l'article 3 commun aux Conventions de Genève pourrait être respecté sans limiter implicitement les attaques aux objectifs militaires. L'obligation de distinction s'applique ainsi tant au niveau des personnes qu'à celui des objets. Voir SASSOLI, M. CAMERON, L., *op. cit*. *supra* note 90, p. 45. Voir également FENRICK, W. J., "The Prosecution of Unlawful Attack Cases Before the ICTY", *YBIHL*, 2004, vol. 7 p. 165. Voir enfin HENCKAERTS, J. -M., DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, vol. I et II, Bruylant/CICR, Bruxelles/Genève, notamment les règles 7 à 10 (pp. 34-49 du vol. I), et en particulier les règles 7 et 8 (pp. 34-44 du vol. I). Pour la pratique correspondante à ces deux règles, voir le vol. II, chapitre 2, section A, §§1-198 pour la règle 7 et la section B, §§316-369 pour la règle 8 (aspects généraux de la règle).

[117] L'article 13 du Protocole II se lit comme suit: "1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes seront observées en toutes circonstances. 2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront 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. 3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par le présent Titre, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation."

[118] A propos de la protection des objets civils par l'article 13 du Protocole II, voir les remarques de HENCKAERTS, J. -M., DOSWALD-BECK, *op. cit*., *supra* note 116, vol. I, p. 36, où il est affirmé que l'article 13 couvre également la protection des objets civils.

[119] L'on retrouve effectivement le *verbatim* de l'article 52(2) dans le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (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, article 2§4, ainsi que dans le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III) 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, article 1§3. Le Protocole II a été modifié en 1996 pour y introduire dans son champ d'applicabilité *ratione materiae* les conflits armés internes (voir l'article 1 du Protocole II, modifié en 1996). Par ailleurs, la définition de l'objectif militaire est également présente dans le Protocole II relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999, qui s'applique tant pour les conflits armés internationaux qu'internes (voir notamment les articles 1 et 22).

ressentent dès que l'article 52(2) doit passer le test de l'application concrète[120]. Le fait que l'article 52(3) envisage la question du doute vient confirmer que l'alinéa précédent de l'article ne saurait être appliqué sans quelques difficultés. Face à cela, c'est une approche protectrice qui a été choisie, la présomption de caractère civil étant supposée dès que le doute se fait sentir.

Si là encore, cet alinéa suscite des critiques doctrinales[121], cela ne doit pas conduire à occulter le fait que la détermination du doute doit être mise en relation avec les dispositions contenues dans l'article 57 du Protocole[122], qui impose à chaque belligérant de s'assurer du caractère de la cible avant de lancer toute attaque. Selon les *Commentaires*, si l'article 57(2)(a)(i) est respecté, il fera naturellement surgir le doute prescrit à l'article 52(2). Dans un tel cas, la Partie belligérante devra alors demander des éléments supplémentaires nécessaires à la qualification de l'objet et contrôler l'information reçue[123]. Ce lien fait donc de l'article 57(2)(a)(i) l'implication pratique de l'article 52(2)[124]. Si la règle de précaution est absolue, son application reste relative, en témoigne les mots "pratiquement possible". Ces derniers ont été interprétés par certains Etats comme renvoyant à "ce qui est réalisable ou pratiquement possible, compte tenu de toutes les circonstances du moment, y compris des considérations humanitaires et militaires"[125]. Pour autant, l'obligation reste élevée[126], en particulier lorsque les objectifs potentiels concernés se trouvent à longue distance, pour lesquels la précaution doit être effectuée "avec beaucoup de soin"[127]. Durant les négociations de la Conférence diplomatique, la possibilité de différencier les précautions à prendre dans le cas d'un bombardement tactique de celles prévalant pour les bombardements stratégiques, sur le modèle présenté en 1956 par le CICR, a été envisagée, mais néanmoins rejetée[128]. Toutefois, l'obligation de précaution oblige à prendre des dispositions additionnelles lorsque, pour des

---

[120] HOLLAND, J., *op. cit*., *supra* note 94, p. 44.

[121] Y. Dinstein souligne à ce propos que le degré de doute requis pour enclencher l'applicabilité de l'alinéa 3 de l'article 52 du Protocole I n'est pas clairement défini. Voir DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities..., op. cit*., *supra* note 25, p. 92.

[122] Par exemple, pour A. Roberts, l'article 52 "must be read in conjunction with art 57", in ROBERTS, A., "Air Power, Accuracy...", *op. cit*., *supra* note 34, p. 138.

[123] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §2195, p. 699.

[124] TPIY, Rapport du Comité, §29.

[125] Déclaration interprétative du Canada (20 novembre 1990). Voir dans ce sens les déclarations de l'Algérie (16 août 1989), de l'Allemagne (14 février 1991), de la Belgique (20 mai 1986), de l'Espagne (21 avril 1989) et de la France (11 avril 2001).

[126] TPIY, Rapport du Comité, §29.

[127] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §2195, p. 699.

[128] Voir SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., §§2185-2187, p. 697.

raisons de stratégie militaire, la vérification de l'objectif est plus malaisée en raison de la distance qui sépare la cible de l'origine du feu.

Si le respect de l'article 52(2) est facilité par celui de l'article 57(2)(a)(i), cela ne doit pas remettre en question l'autonomie conceptuelle du premier. La distinction et la précaution ne doivent en aucun cas être assimilées, la seconde étant une obligation additionnelle à la première. De plus, la distinction ne doit pas non plus être confondue avec la proportionnalité.

b) La proportionnalité dans l'attaque

La proportionnalité est une condition relative (*i*), dont la difficulté de détermination est accentuée par les différentes acceptations du principe (*ii*).

i) Une définition relative

Le mot "proportionnalité" n'apparaît de manière spécifique dans aucune disposition du Protocole additionnel 1[129]. Pour autant, le concept se lit au travers de deux articles. En effet, l'article 51(5)(b) stipule que:

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

La notion de la proportionnalité se retrouve également dans l'article 57(2)(a)(iii), selon lequel:

> "[C]eux qui préparent ou décident une attaquent doivent [...] s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu".

Durant les négociations de la Conférence diplomatique, certains Etats ont vu dans la règle de la proportionnalité un affaiblissement inacceptable du principe de la distinction[130]. Néanmoins, l'acceptation des incidences et dommages collatéraux est issue de l'adaptation des besoins d'humanité aux inévitables conséquences meurtrières de la guerre[131], car "*it would be*

---

[129] DINSTEIN, Y., "Collateral Damage and the Principle of Proportionality", *in* WIPPMAN, D., EVANGELISTA, M., (ed.), *New Wars, New Laws ? Applying the Laws of War in 21st-Century Conflicts*, Transational Publishers, Ardsley, 2005, p. 212. Voir également FENRICK, W. J., "Prosecution of Unlawful Attack Cases...", *op. cit.*, p. 174.

[130] Par exemple, la délégation de Roumanie a déclaré à propos du futur article 57 que le "soi-disant 'principe de proportionnalité' affaiblit [...] les dispositions prévues par d'autres articles [...] en ce qui concerne la protection de la population civile contre les effets des hostilités". Voir les Actes de la Conférence diplomatique, *op. cit*., *supra* note 105, CDDH/SR.42, p. 237.

[131] FENRICK, W. J., "The Rule of Proportionality...", *op. cit*., *supra* note 41, p. 92.

simplistic to see the foundation of the system as purely humanitarian"[132]. La règle de la proportionnalité consacre ainsi le subtil équilibre qui structure l'ensemble du droit international humanitaire, attaché à prendre en compte de manière réaliste les besoins humanitaires, et donc à les considérer en gardant à l'esprit les données factuelles propres à une guerre.

Cet équilibre suppose nécessairement qu'une balance soit faite entre considérations militaires et considérations humanitaires. Or, ce processus s'avère très délicat car il met en jeu des valeurs hétérogènes[133]. Ceci a conduit de nombreux juristes à pointer le fait que, en dépit du caractère coutumier de la norme[134], "*the main problem with the proportionality principle is not whether or not it exists but what it means and how it is to be applied"*[135]. Afin de ne pas souscrire à l'idée que la règle de la proportionnalité est la disposition la plus faible du droit international humanitaire[136], certaines lignes directrices d'interprétation[137] peuvent être formulées, afin d'encadrer au mieux une évaluation délicate[138].

La première d'entre elles consiste à définir le plus précisément possible le terme "attaque". L'article 49 énonce que, par attaque, il faut entendre tout acte de violence commis contre l'adversaire, que ce soit de manière offensive ou défensive, à l'aide d'une opération terrestre, aérienne ou navale affectant des biens ou des personnes civiles se trouvant sur terre[139]. Selon

---

[132] GARDAM, J., "Proportionality as a Restraint...", *op. cit*., *supra* note 40, p. 167.

[133] ROSCINI, M., *op. cit*., *supra* note 21, p. 434. Voir également FENRICK, W. J., "Riding the Rhino...", *op. cit*. *supra* note 36, p. 123; FENRICK, W. J., "The Prosecution of Unlawful Attack Cases...", *op. cit., supra* note 116, p. 174.

[134] Le principe de proportionnalité, qui concerne à la fois les personnes et les objets civils, est aujourd'hui une norme de droit coutumier s'appliquant aux deux types de conflits armés définis par le droit international humanitaire. Voir HENCKAERTS, J.-M., DOSWALD-BECK, L., *op. cit*., *supra* note 116, vol. I, pp. 62-68 (règle 14) pour la règle et vol. II, chapitre 4, §§1-223 pour la pratique subséquente. La qualité coutumière de la norme ne dissipe néanmoins pas le brouillard qui entoure son application. Voir à ce propos les remarques de HENCKAERTS, J. -M., "Assessing the Laws and Customs of War: The Publication of Customary International Humanitarian Law", *HRB*, p. 11, où l'auteur écrit que "another issue still open to question is the exact scope and application of the principle of proportionality in attack. Although the study [of the ICRC on the customary international humanitarian law] revealed a widespread support for this principle, it does not provide more clarification than contained in treaty law as how to balance military advantage against incidental civilian losses".

[135] FENRICK, W. J., "The Law Applicable to Targeting...", *op. cit*., *supra* note 28, p. 58. Voir également: FENRICK, W. J., "Attacking the Enemy...", *op. cit., supra* note 37, p. 545; FISHER, W. J., "Targeted Killing, Norms, and International Law", *CJIL*, 2007, vol. 45, p. 728.

[136] KAHN, P. W., "Lessons for International Law from the Gulf War", *SLR*, 1993, vol. 45, n°2, p. 435.

[137] Ces lignes d'interprétation sont inspirées de GARDAM, J., *Necessity, Proportionality..., op. cit*., *supra* note 22, pp. 98-107.

[138] L'évaluation précise de la proportionnalité est en effet un processus très délicat. Voir FENRICK, W. J., "Riding the Rhino...", *op. cit., supra* note 36, p. 123.

[139] L'article 49 du Protocole additionnel I se lit comme suit: "1. L'expression «attaques» s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs. 2. Les dispositions du présent Protocole concernant les attaques s'appliquent à toutes les attaques, quel que soit le territoire où elles ont lieu, y compris le territoire national appartenant à une Partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une Partie adverse. 3. Les dispositions de la présente Section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Elles s'appliquent en

les *Commentaires*, cette définition s'applique non seulement pour les dispositions du Titre IV du Protocole qui contiennent le mot "attaque", mais également pour toute autre disposition du texte le mentionnant[140]. La définition donnée par le Protocole peut théoriquement recouvrir un acte qui serait isolé et qui causerait une disproportion. Pourtant, une partie de la doctrine considère que dans le cadre de l'article 51(5)(b), le terme "attaque" doit s'entendre de manière plus large, parce que "*the act of a single soldier would not constitute an attack*"[141]. Selon W. J. Fenrick, le mot "attaque" utilisé dans l'article 52(5)(b) jouit ainsi d'une définition légèrement plus étroite que celui de l'article 49[142]. Dans le même sens, A. Cohen écrit que dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, "*we are looking at a military operation - a given tactical process during the course of which several armed activities take place*"[143]. Pour autant, rien dans le *verbatim* utilisée par l'article 51(5)(b) ne vient soutenir une telle approche, qui, par exemple, exclurait l'analyse de la proportionnalité pour un seul bombardement, sous le prétexte que ce dernier ne constitue que l'acte isolé d'un soldat, le fait de déclencher la frappe. Le terme "attaque" peut ainsi, d'un point de vue strictement légal, couvrir tant un acte isolé qu'une série d'actes de guerre menés au cours d'une opération militaire.

Loin de trouver son explication dans le langage du Protocole I, les origines de ce resserrement de la notion d'attaque sont plutôt à rechercher dans la pratique étatique liée à la définition de l'avantage militaire, second point qui permet de préciser l'évaluation de la proportionnalité. Selon une partie des Etats, l'avantage militaire doit se calculer sur la base d'une attaque prise dans son ensemble[144]. Une majeure partie de la doctrine a souligné que cette approche holistique de l'avantage militaire était celle qui prévalait au niveau

---

outre 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. 4. Les dispositions de la présente Section complètent les règles relatives à la protection humanitaire énoncées dans la IVe Convention, en particulier au Titre II, et dans les autres accords internationaux qui lient les Hautes Parties contractantes, ainsi que les autres règles du droit international relatives à la protection des civils et des biens de caractère civil contre les effets des hostilités sur terre, sur mer et dans les airs."

[140] Voir SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1878, p. 615.

[141] FENRICK, W. J., "The Rule of Proportionality...", *op. cit*., *supra* note 41, pp. 101-102.

[142] *Idem*.

[143] COHEN, A., *op. cit*., *supra* note 11, p. 11.

[144] Lors de la ratification du Protocole I, l'Italie a par exemple déclaré que "pour ce qui est de l'article 51, paragraphe (5)(b) et de l'article 57, paragraphe (2)(a)(iii), le Gouvernement italien comprend, quant à l'avantage militaire attendu d'une attaque, qu'il s'agit de l'avantage militaire attendu de l'attaque considérée dans son ensemble et non selon ses phases isolées ou particulières", Déclaration interprétative de l'Italie (27 février 1986). Voir également dans ce sens les déclarations de l'Allemagne (14 février 1991), de l'Australie (21 juin 1991), de la Belgique (20 mai 1986), du Canada (20 novembre 1990), de l'Espagne (21 avril 1989), de la France (11 avril 2001), de la Nouvelle-Zélande (8 février 1988), des Pays-Bas (26 juin 1987) et du Royaume-Uni (28 janvier 1998).

international[145]. Il semble ainsi que le débat opposant approche au cas par cas et approche cumulative se dessine en faveur de cette dernière[146]. Néanmoins, la précision découlant de la pratique subséquente des Etats ne clarifie en rien l'élément géographique ou temporel impliqué dans la détermination de l'avantage militaire[147], et exclut de manière plus ou moins arbitraire les actes isolés, alors même que ces derniers ont parfois le potentiel de causer des dommages excessifs à eux seuls, en particulier dans le cadre de frappes aériennes[148]. Dans tous les cas, l'avantage doit être concret et direct, donc lié aux opérations militaires[149].

La détermination de l'excessivité est le dernier point dans le processus de calcul proportionnel qui mérite de plus amples développements afin de préciser ce concept. Après avoir établi l'avantage militaire d'une attaque, puis les dommages et incidences que cette attaque pouvait potentiellement causer, l'Etat belligérant doit mettre en balance l'un et l'autre pour déterminer si les pertes sont excessives par rapport aux gains. L'utilisation du terme même "excessivité" suppose une comparaison, dont l'évaluation est plus que problématique. Aucune perte, si importante soit-elle, ne peut à elle seule qualifier une attaque de disproportionnée, et ce en dépit de ce qui est avancé par les *Commentaires*. La volonté d'impulser une protection accrue à la population civile est plus que louable; il semble néanmoins que les *Commentaires* se détachent sensiblement de la lettre de l'article 51(5)(b), en affirmant que "le Protocole ne fournit aucune justification à des attaques causant des pertes et des dommages civils étendus"[150] (nous soulignons). C'est à l'opposé un véritable balancier qui doit être effectué. Si selon W. J. Fenrick, il faut interpréter "excessif" par "plus que sévère"[151], pour Y. Dinstein, l'excessivité requise par l'article 51(5)(b) ne sera déterminée que lorsque la disproportion sera clairement discernable[152]. Il faut toutefois garder à l'esprit que selon l'article 51(5)(b),

---

[145] MAXWELL, M. D., MEYER, R. V., "The Principle of Distinction : Probing the Limits of Its Customariness", *AL*, mars 2007, p. 4 du document html.
[146] NEUMAN, N., *op. cit*., *supra* note 74, pp. 96-100.
[147] FENRICK, W. J., "The Rule of Proportionality...", *op. cit*., *supra* note 41, p. 112.
[148] Sur ce dernier point, voir les développements à venir dans la Partie III-Chapitre B.
[149] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §2209, p. 702, où l'on peut lire que "par les mots 'concret et direct', on a voulu marquer qu'il s'agissait d'un intérêt subtanciel et relativement proche, en éliminant les avantages qui ne seraient pas perceptibles ou qui ne se manifesteraient qu'à longue échéance" (nous soulignons).
[150] L'intégralité du paragraphe concerné affirme que "on a aussi avancé l'idée que des pertes et des dommages civils, même très étendus, pouvaient être justifiés si l'avantage militaire en jeu présentait une grande importance. Une telle conception va à l'encontre des règles de base du Protocole en particulier, elle est contraire à l'article 48 (Règle fondamentale) et aux paragraphes 1 et 2 du présent article [article 51(5)]. Le Protocole ne fournit aucune justification à des attaques causant des pertes et des dommages civils étendus. Les pertes et dommages causés incidemment ne doivent jamais être considérables". Voir SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., §1980, p. 641.
[151] FENRICK, W. J., "The Rule of Proportionality...", *op. cit*., *supra* note 41, p. 111.
[152] DINSTEIN, Y., "Collateral Damage...", *op. cit*., *supra* note 129, p. 213.

"*proportionality is the ratio between the concrete and direct military advantage anticipated and the incidental loss of civilian life, injury to civilians, and damage to civilian objects anticipated from an attack*"[153]. Ce n'est donc pas le résultat de l'attaque qui est à prendre en compte, mais plutôt les prévisions établies lors de la décision de frapper telle ou telle cible[154]. Les commandants militaires jouissent ainsi d'un pouvoir d'appréciation très large, reposant sur leur interprétation des données disponibles selon les circonstances du moment[155].

Là encore, part belle est faite à la discrétion du militaire. Néanmoins, il apparaît aujourd'hui que la tendance visant à prendre en compte les effets à long terme d'une attaque sur la population civile tend à être de plus en plus acceptée[156]. De plus, l'article 51(5)(b) doit, tout comme l'article 52(2), être lu en conjonction avec l'article 57. Ce regard global qui vise à replacer la proportionnalité dans un contexte juridique plus large permet, d'un côté, de préciser de manière pratique le concept, et, de l'autre, de faire ressortir les nombreuses confusions identifiables d'un point de vue normatif.

ii) proportionnalité et proportionnalités

Différents facteurs peuvent causer des pertes et dommages incidents, liés par exemple à la situation, à la configuration du terrain, à la précision des armes employées, aux conditions météorologiques, etc[157]. L'article 57 du Protocole additionnel I impose un devoir de précaution à l'attaquant, où l'ensemble des facteurs pouvant influencer la précision de l'attaque doit être pris en compte par ceux qui décident ou planifient une attaque[158]. Celui qui exécute la frappe est également sous l'obligation de la suspendre ou de l'annuler s'il se rend compte qu'elle causera des pertes excessives[159]. Il est d'ores et déjà intéressant de noter que le succès d'une opération militaire ne saurait entrer en compte dans le respect de la précaution *stricto sensu*[160], car l'article 57 impose de faire tout ce qui est *pratiquement* possible[161].

---

[153] FENRICK, W. J., "Riding the Rhino...", *op. cit*., *supra* note 36, pp. 122-123 (nous soulignons).
[154] DINSTEIN, Y., "Collateral Damage...", *op. cit*., *supra* note 129, p. 215. Voir également SCHMITT, M. N., "Fault Lines ...", *op. cit*., *supra* note 12, p. 293.
[155] La norme de prise de décision est la même que celle présentée pour la vérification du caractère militaire de la cible. Voir *supra*, note 108.
[156] Voir SCHMITT, M. "Fault Lines...", *op. cit*., *supra* note 12, p. 296, où l'auteur écrit que "it now appears well settled that any consequences, even long-term ones, which are foreseeable and likely in the light of the information reasonably available to the attacker, must be factored in the proportionality calculation".
[157] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §2212, p. 702.
[158] *Idem*, §2213, p. 703.
[159] Article 57(2)(c).
[160] Il a été avancé par M. Schmitt que ces facteurs comprennent la sécurité des forces attaquantes. Voir SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit*., *supra* note 12, p. 297. Nous ne partageons néanmoins pas ce point de vue, en attestent les développements à venir dans la Partie II-Chapitre B-b-ii.

Le lien qui existe entre l'article 51(5)(b) et l'article 57 ne doit pas conduire à assimiler juridiquement les deux articles. Si le second vise à rendre pratiquement applicable le premier, ils n'en restent pas moins des concepts juridiques différents. L'un des problèmes théoriques majeurs avec le principe de proportionnalité tient dans le fait qu'il est trop souvent confondu avec d'autres principes de droit international. La première confusion à éviter est celle qui assimilerait la disproportion à la non discrimination. L'origine de cette confusion se trouve dans l'article 51(5) même, qui fait de l'attaque disproportionnée un type spécifique d'attaque indiscriminée[162]. Néanmoins, proportion et discrimination sont deux concepts juridiques différents. J. Gardam écrit justement à ce propos que:

> *"The imprecision of the Article 51 rule on indiscriminate attacks is exacerbated by the fact that it combines what are generally understood as two separate concepts, that is, indiscriminate and disproportionate attacks. The designation of proportionality as a species of indiscriminate attack confuses the idea of proportionality with the requirement to distinguish between civilian and military targets. Although the requirement of proportionality and the prohibition of indiscriminate attacks have the same aim [...] they are conceptually different"*[163].

Par ailleurs, il ne faut pas non plus confondre les différentes acceptations du concept même de proportionnalité. La proportionnalité telle qu'entendue par le *jus in bello* n'a rien à voir avec celle qui prévaut en *jus ad bellum*. La première concerne la mise en balance entre l'avantage militaire attendu et les pertes et dommages anticipés, alors que la seconde renvoie à l'utilisation par un Etat de son droit d'user de la force comme dernier ressort, tout en n'excédant pas ce qui est imposé par la situation[164]. C'est ainsi une logique différente qui prévaut, le principe de proportionnalité propre au droit international humanitaire étant basé sur le postulat de l'égalité des belligérants, d'où l'accent mis sur l'avantage militaire[165]. Malgré ces différences conceptuelles, la proportionnalité du *jus in bello* est parfois analysée sous un schéma de *jus ad bellum*, ou *vice versa*[166]. Si, à ses débuts, la notion regroupait les deux

---

[161] Voir les remarques de LIPPMAN, M., *op. cit*., *supra* note 1, p. 38. Voir également SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §2198, p. 700.

[162] Voir l'article 51(5).

[163] GARDAM, J., *Necessity, Proportionality...*, *op. cit*., *supra* note 22, p. 94 (nous soulignons).

[164] SANDOZ, Y., "Commentary", *in* WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 78, Newport (Rhode Island), p. 274. Voir en particulier à propos de la proportionnalité en *jus in bello* et la proportionnalité en *jus ad bellum*: CANNIZZARO, E., "Contextualisation de la proportionnalité : *jus ad bellum* et *jus in bello* dans la guerre du Liban", *RICR*, 2006, vol. 88, n°864, pp. 282-283; GARDAM, J., "Proportionality as a Restraint...", *op. cit*., *supra* note 40, pp. 163-169.

[165] CANNIZZARO, E., *op. cit*., p. 282.

[166] A propos de la Première Guerre du Golfe, P. W. Kahn écrit, en analysant le principe de proportionnalité du *jus in bello* que "the concept of proportionality [...] invites endless argument. Arguably, the United States did nothing more than was necessary to defeat Iraq in a four-day ground war. Of course, that rests on the critical

branches du droit de la guerre, elle est aujourd'hui strictement divisée[167], et ce même si ses deux émanations continuent d'opérer sur un registre moral semblable[168]. Ces deux proportionnalités sont particulièrement difficiles à distinguer lorsque l'on se situe dans le cadre d'une opération de coercition décidée par le Conseil de Sécurité.

Ne doivent enfin pas non plus être confondues la proportionnalité du *jus in bello* et celle propre au régime international des droits de l'homme. Cette dernière renvoie sensiblement au modèle qui prévaut pour la proportionnalité du *jus ad bellum*. En effet, le droit international des droits de l'homme encadre l'usage de la violence étatique en ne l'autorisant exhaustivement que dans trois cas et lorsque toute autre alternative n'est pas possible[169]. Là encore, c'est une logique différente qui entre en jeu. La proportionnalité du droit des droits de l'homme s'applique à la personne directement visée par l'usage de la force, alors que celle du droit international humanitaire vise à protéger les personnes tierces[170]. Néanmoins, certaines traces de confusion sont identifiables, en témoignent les mots d'un auteur selon lequel "*proportionality requires that the level of force used against legitimate targets be commensurate with the nature of the threat that they pose*"[171].

Ces hypothétiques confusions, ajoutés au fait que la proportionnalité telle que libellée dans les articles 51(5-b) et 57(2-a-iii) laisse une grande place à la subjectivité de l'attaquant, expliquent pourquoi le concept reste difficilement traduisible de la théorie à la pratique de manière claire et précise.

---

assumption that a four-day ground war was the appropriate response to Iraq's action. Should the United States have been willing to exercize a great deal more patience, if that meant considerably less suffering for Iraqis?" (nous soulignons), in KAHN, P. W., *op. cit*., *supra* note 136, p. 435. Ce court passage illustre à nos yeux une analyse qui mélange les deux aspects de la proportionnalité.

[167] Le concept de proportionnalité avait au départ un effet combiné, jouant à la fois au niveau du *jus ad bellum* et du *jus in bello*. Pour un historique du principe de proportionnalité, voir GARDAM, J., "Proportionality as a Restraint...", *op. cit*., *supra* note 40, pp. 163-169 (concernant l'effet combiné du principe à ses débuts, voir plus particulièrement la p. 163).

[168] T. Hurka écrit à ce propos que "despite their differences, the various proportionality conditions - jus ad bellum and jus in bello, simple and comparative, objective and subjective - all say a war or act in war is wrong if the relevant harm it will cause is out of proportion to its relevant goods", in HURKA, T., "Proportionality in the Morality of War", *PPA*, 2005, vol. 33, n°1, p. 38.

[169] Par exemple, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce notamment que "la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article [droit à la vie] dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire: a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection". Voir également les remarques de QUENIVET, N., "Isayeva v. the Russian Federation and Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. the Russian Federation", *HV*, 2005, vol. 18, n°3, p. 221.

[170] Voir à ce propos les remarques de WECKEL, P., *op. cit*., *supra* note 2, p. 153.

[171] FISHER, W. J., "Targetd Killing, Norms, and International Law", *CJIL*, 2007, vol. 45, p. 743 (nous soulignons).

En bref, la détermination de la légalité d'une attaque est basée, selon la grille de lecture découlant du droit international humanitaire sur un raisonnement stratifié, comprenant l'analyse de différents points juridiques consécutifs, à savoir:

1) l'attaque ne doit pas être dirigée contre la population ou les objets civils ou être effectuée par des moyens qui ne permettent pas le respect de cette obligation;

2) en addition, l'attaque dirigée contre un objectif militaire ne doit pas être disproportionnée;

3) l'attaquant doit prendre toutes les précautions à mêmes de lui faire respecter les deux conditions précédentes.

Il ressort néanmoins de cette analyse que les concepts fondamentaux qui gouvernent la conduite des hostilités font de la pratique subséquente des Etats et de la jurisprudence des organes juridictionnels des éléments clés pour quiconque voudrait appréhender les difficultés qui aujourd'hui se posent en matière de bombardement aérien.

II. Des déboires conceptuels entretenus par les pratiques étatiques et jurisprudentielles

En dépit d'une utilisation marquée de l'aviation aérienne durant la Seconde Guerre mondiale, force est de constater l'absence de jurisprudence pertinente en la matière émanant des tribunaux d'après-guerre. W. Fenrick écrit à ce propos que "*prior to the establishment of the ICTY* [*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*], *there was no significant body of case law purpoting to address combat activities, particularly the unlawful attack issue*"[172]. En raison de la flexibilité découlant des normes mêmes du Protocole additionnel I, une attention particulière doit être accordée tant à la jurisprudence qu'à la pratique subséquente des Etats. La première, consacrant le droit de regard de la justice sur la conduite de la guerre[173], devrait permettre de dépasser une approche qui opposerait visions humanitaire et militaire dans la détermination du droit de la guerre[174]. La seconde viserait à préciser les concepts précédemment étudiés, ce qui est rendu nécessaire du fait d'incertitudes persistantes[175].

Néanmoins, la réalité est loin d'être aussi limpide. Il ressort en effet de l'analyse de la jurisprudence internationale que cette dernière offre une image incomplète des concepts juridiques gouvernant la conduite des hostilités, ce qui est la conséquence d'une pénalisation parfois plus que délicate (**A**), alors que la pratique étatique tend aujourd'hui à interpréter ces principes de manière laxiste (**B**).

A- Une jurisprudence[176] trop souvent confuse, reflet d'une pénalisation délicate

De l'analyse de la jurisprudence ressort le constat d'une image incomplète et parfois contradictoire (***a***), ce qui est expliqué par le fait que toute pénalisation en la matière reste délicate (***b***).

---

[172] FENRICK, W. J., "Riding the Rhino...", *op. cit*., *supra* note 36, p. 113. Concernant l'absence de jurisprudence d'après-guerre pertinente, voir également POST, H., "War Crimes in Air Warfare", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 171.

[173] CASSESE, A., "On Some Merits of the Israeli Judgement on Targeted Killings", *JICJ,* 2007, vol. 5, p. 340.

[174] FENRICK, W. J., "Riding the Rhino...", *op. cit.*, *supra* note 36, p. 114.

[175] GARDAM, J., *Necessity, Proportionnality..., op. cit*., *supra* note 22, p. 87. Considérant la règle de la proportionnalité, l'auteur écrit que "there were considerable uncertainties in the detail of the rule at that time [of the adoption of Protocol I]. Therefore, subsequent State practice in the application of proportionality assumes considerable importance". Ce constat peut également être dressé concernant la question de la définition de l'objectif militaire.

[176] La source principale jurisprudentielle est le TPIY, même si le bombardement aérien n'est pas envisagé en tant que tel (voir à ce propos FENRICK, W., J., "Riding the Rhino...", *op. cit*., *supra* note 36, p. 122). Les jurisprudences régionales et nationales sont également prises en compte.

a) Une image incomplète et parfois contradictoire

Si la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) apporte des éléments de réponse dans la détermination de l'illégalité d'une attaque, cette dernière tend à révéler un raisonnement unifié (*i*) et se trouve parfois en contradiction avec d'autres positions jurisprudentielles (*ii*).

i) Un contrôle de la légalité tendant à être unifié

Ne traitant pas véritablement de la question du bombardement aérien, le travail jurisprudentiel du TPIY doit néanmoins être envisagé, car, analysant la légalité d'attaques terrestres, il aborde les principes applicables aux bombardements aériens[177]. Avant d'analyser comment le Tribunal traite de la question des concepts d'objectif militaire et de proportionnalité, il est au préalable nécessaire de formuler quelques remarques. Le Tribunal international a compétence pour juger les responsables de violations des lois et coutumes de la guerre[178]. La jurisprudence de cet organe a établi que pour rentrer dans le champ d'application de l'article 3 du Statut, toute violation devait comporter les éléments suivants[179]:

1) la violation doit porter atteinte à une règle du droit international humanitaire;

2) la règle doit être de caractère coutumier ou, si elle relève du droit conventionnel, les conditions requises doivent être remplies;

3) la violation doit être "grave", c'est-à-dire qu'elle doit constituer une infraction aux règles protégeant des valeurs importantes et cette infraction doit entraîner de graves conséquences pour la victime;

4) la violation de la règle doit entraîner, aux termes du droit international coutumier ou conventionnel, la responsabilité pénale individuelle de son auteur.

Concernant les notions d'objectif militaire et de proportionnalité, les poursuites pertinentes sont celles qui ont trait à la qualification d'attaques illégales. Sont considérées comme des attaques illégales celles qui prennent délibérément pour cible la population ou les objets civils, celles qui sont indiscriminées et celles dirigées contre des objectifs militaires mais où les circonstances permettaient de penser qu'elles causeraient des pertes incidentes et des

---

[177] Pour rappel, le droit applicable au bombardement aérien est un droit dérivé de la guerre terrestre. Voir Partie I-Chapitre I-B.

[178] L'article 3 du Statut du TPIY énonce en effet que "le Tribunal international est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre". S'ensuit une liste non exhaustive des violations pouvant rentrer dans le champ d'application dudit article.

[179] TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel, IT-94-1-A, 2 octobre 1995, §94. Voir également TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §11.

dommages collatéraux excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu[180]. Afin d'engager la responsabilité pénale individuelle de l'auteur, il est nécessaire de prouver l'*actus reus* et le *mens rea* de la violation. L'acte de violence doit ainsi être dirigé contre la population civile ou les objets civils et doit avoir causé la mort ou des injures sévères aux civils, ou la destruction de biens civils[181]. Le critère moral doit également être rempli, et recouvre à la fois l'intention directe et indirecte[182]. Par ailleurs, l'illégalité d'une attaque peut également être envisagée sous d'autres chefs d'accusation plus spécifiques, comme par exemple le crime de terreur ou celui de dévastations non justifiées par les exigences militaires. Dans l'arrêt *Milosevic*, la Chambre de première instance du TPIY a en effet souligné que le crime de terreur recoupait celui d'attaques illégales, tout en devant réunir des éléments moraux additionnels spécifiques[183]. Le chef d'accusation de dévastation non justifiée par la nécessité militaire permet également de couvrir les attaques illégales qui seraient dirigées contre des objets civils[184].

La jurisprudence du TPIY, si elle ne traite pas de bombardement aérien en tant que tel[185], offre néanmoins des éléments d'appréciation concernant la définition de l'objectif militaire, tout en étant très frileuse au niveau du concept de proportionnalité. Il est tout d'abord établi, après quelques tâtonnements assez effrayants d'un point de vue légal[186], que la nécessité

---

[180] FENRICK, W. J., "Prosecution of Unlawful Attack Cases...", *op. cit*., *supra* note 116, pp. 156-157.

[181] Voir notamment: TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §56; TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §§70 et 72.

[182] Voir par exemple TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, jugement, Chambre d'appel, IT-01-42-A, 17 juillet 2008, §270, où l'on peut lire que "the Appeals Chamber has previously ruled that the perpetrator of the crime of attack on civilians must undertake the attack 'wilfully' and the latter incorporates 'wrongful intent, or recklessness, but not mere negligence [...]. The Appeals Chamber considers that this definition encompasses both the notions of 'direct intent' and 'indirect intent' [...] as the mens rea element of an attack against civilians". La Chambre d'appel poursuit au §277 en établissant que cet élément intentionnel vaut également pour les attaques dirigées contre les objets civils. Voir également AILINCAI, M., "La justification devant le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de la nécessité militaire", in *La nécessité en droit international : Colloque de Grenoble*, Société française pour le droit international, Pédone, Paris, 2007, p. 340.

[183] TPIY, *Le Procureur c. Dragomir Milosevic*, jugement, Chambre de première instance, IT-98-29/1-T, 12 décembre 2007, §§875, 876 et 878.

[184] Voir notamment TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §§89-94.

[185] FENRICK, W. J., "Riding the Rhino...", *op. cit*., *supra* note 36, p. 122.

[186] La Chambre de première instance a en effet stipulé dans l'arrêt Blaskic que "targeting civilians and civilian property is an offence when not justified by military necessity", ce qui va à l'encontre de l'immunité absolue dont bénéficient les civils et les biens civils contre les attaques directes en vertu de l'article 48 du Protocole additionnel I. Cette position a néanmoins été reprise lors de l'arrêt Kordic et Cerkez, où l'on peut lire que "on entend par attaques proscrites celles qui prennent délibérément pour cible des civils ou des objectifs civils au cours d'un conflit armé et que les nécessités militaires ne justifient pas". Voir TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, jugement, Chambre de première instance, IT-95-14-T, 3 mars 2000, §180 et TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, jugement, Chambre de première instance, IT-95-14/2-T, 26 février 2001, §328. Ces deux passages jurisprudentiels ignorent le fait que pour pouvoir être invoqué, l'argument de la nécessité militaire doit figurer expressément dans la règle. Voir à ce propos les remarques de BANNELIER, K., *op. cit*., *supra* note 75, pp. 316-318.

militaire ne saurait justifier des attaques directes contre des civils ou des objets de caractère civil. Il est en effet possible de lire que "*the prohibition against attacking civilians and civilian objects may not be derogated from because of military necessity*"[187]. Dès lors, la question de la nécessité militaire ne peut être envisagée que relativement à la question de la proportionnalité[188]. De plus, certaines précisions concernant la définition de l'objectif militaire sont introduites par les juges du TPIY. Parmi elles, il faut tout d'abord relever la prise en compte du regard de l'auteur sur les combats au moment de la commission de la violation: une attaque pourrait être excusée si elle vise ce que l'attaquant a perçu comme étant un objectif militaire[189]. De plus, certaines indications relatives à la transformation d'un objet civil en objectif militaire sont apportées par le Tribunal. Il est ainsi possible de souligner que, dans certains cas, c'est une approche plutôt restrictive qui est privilégiée, où un lien direct avec l'activité militaire est requis pour déterminer la qualité militaire de l'objet. Par exemple, la Chambre de première instance refuse la qualification d'objectif militaire légitime à la cellule de crise mise en place au sein de la vieille ville de Dubrovnik, ce qui est justifié comme suit:

> *"As regards the Defence submission concerning alleged military activities of the Crisis Staff, the headquarters of which was located in the Old Town, the Chamber notes that no persuasive evidence has been supplied to the effect that the Crisis Staff was conducting military operations from the Old Town. On the contrary, Delo Jusic testified that the Crisis Staff did not deal with issues of defence. Mato Valjalo stated that its members did not fight and did not wear uniforms. It was his testimony that the headquarters of the Territorial Defence was in Lapad. There is nothing in the evidence to suggest that the building of the Crisis Staff made "an effective contribution to military action" or that its destruction would offer "a definite military advantage". Accordingly, the Chamber finds on the evidence in this case that the presence of the Crisis Staff in a building located in the Old Town did not render the building a legitimate military objective."*[190]

Le quartier général militaire de l'ABiH (Armée musulmane de Bosnie-Herzégovine, Bosniens

---

[187] TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, jugement, Chambre d'appel, IT-98-29-A, 30 novembre 2006, §130. Voir également dans ce sens: TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §44; TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, jugement, Chambre d'appel, IT-95-14/2-A, 17 décembre 2004, §54.

[188] En effet, "the destruction or devastation of property is prohibited, except where justified by military necessity. The Trial Chamber considers that military necessity may justify the infliction of collateral damage to civilian objects and as such constitutes an exception to the principles of the protection of civilian objects", *in* TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §93.

[189] Ceci peut être déduit *a contrario* du passage suivant: "the Trial Chamber was left without doubt that 'no military firing points or other objectives, real or believed, in the Old Town were targeted by the JNA", *in* TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 182, §275 (nous soulignons). La Chambre d'appel confirme ce qui a été établi par le jugement en première instance, selon lequel "there was no military objectives within the Old Town [of Dubrovnik] and the attack was not launched or maintained in the belief there were", *in* TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, jugement, Chambre de première instance, IT-01-42-T, 31 janvier 2005, §284 (nous soulignons).

[190] TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, jugement, Chambre de première instance, *op. cit*., §284 (nous soulignons).

musulmans) est quant à lui lui considéré comme un objectif militaire à part entière[191], en raison notamment de son activité. La fonction militaire à même de transformer un objet civil en objectif légitime doit de plus être réelle et effective, ce qui ressort notamment du jugement *Galic* rendu en première instance[192] et de l'affaire *Kordic et Cerkez* en appel[193]. Les juges du TPIY vont néanmoins avoir une approche parfois bien plus large de l'objectif militaire, ce qui ressort *a contrario* de l'arrêt *Milosevic*, dans lequel il est établi que "*it is clear that military targets existed inside the confrontation lines. [...] However, these military targets, too, cannot be said to be of such great numbers that they would deprive the entire urban area within the confrontation lines of its civilian status*"[194]. Nonobstant la double exigence de l'importance numéraire des objectifs militaires se trouvant à l'intérieur des lignes de confrontation militaire, ce raisonnement est en conformité avec la pratique étatique qui consiste à estimer qu'une zone géographique donnée peut devenir un objectif militaire[195]. Rappelons néanmoins que le bombardement en tapis, tel que défini par le Protocole additionnel I, reste lui interdit.

Malgré ces apports concernant la définition de l'objectif militaire, qui restent généraux et contextualisés, il ressort clairement de la jurisprudence précédemment examinée que les juges sont peu enclins à traiter de la question de la proportionnalité dans l'attaque. Hormis quelques éléments concernant la norme de prise de décision[196], cette dernière est régulièrement passée sous silence, alors que l'on s'attendrait à ce qu'elle soit envisagée. Un passage de l'arrêt *Kordic et Cerkez* est à ce propos illustratif. La Chambre d'appel a estimé que l'accusation d'attaques illégales contre des civils devait être renversée, étant donné que rien ne permettait de prouver que les civils étaient directement visés par ladite attaque, sans pour autant, après avoir

---

[191] *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, jugement, Chambre d'appel, IT-98-34-A, 3 mai 2006, §286.

[192] "Il n'y avait pas d'activité militaire en cours, ni de soldats dans le quartier", in *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §339.

[193] "In light of the presence of the above Muslim forces who resisted the attack until they ran out of ammunition in the early hours of 18 April 1993, the Appeals Chamber finds that no reasonable Trial Chamber could have failed to consider that Veceriska/Donja Veceriska constituted a legitimate military target", in *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 187, §510.

[194] *Le Procureur c. Dragomir Milosevic*, jugement, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 183, §898. Nous soulignons.

[195] Voir *infra,* notes 106 et 107. Rien dans les déclarations ne permet d'affirmer que les zones urbaines ne seraient pas comprises dans ces zones géographiques pouvant devenir un objectif militaire.

[196] Les juges du TPIY vont en effet estimer que "pour déterminer si une attaque était proportionnée, il convient d'apprécier si une personne ayant une connaissance suffisante de la situation dans laquelle se trouvait l'auteur, et exploitant judicieusement les informations à sa disposition, aurait pu prévoir que l'attaque causerait des pertes excessives dans la population civile", in TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §58 (nous soulignons). Il s'agit d'un standard juridique minimum qui place l'évaluation de la proportionnalité dans le cadre du droit. Voir à ce propos SASSOLI, M. CAMERON, L., *op. cit*., *supra* note 90, p. 64.

souligné la présence d'objectifs militaires dans la localité considérée, envisager la question de la proportionnalité[197]. Le fait que la question de la proportionnalité ne soit pas abordée par la Chambre d'appel peut néanmoins dans ce cas s'expliquer par l'absence de preuves attestant des pertes incidentes, ces dernières étant requises pour remplir l'élément matériel de l'infraction. Toutefois, un autre argument permet de soutenir que le TPIY a tendance à ne pas envisager la proportionnalité, argument qui est basé sur le constat d'une confusion entre les principes de distinction et de proportion. Il ressort en effet de la jurisprudence du Tribunal une assimilation de l'infraction d'attaque indiscriminée, et, dans une moindre mesure, d'attaque disproportionnée, avec celle d'attaque directe. Tout d'abord, il est établi que peut être considérée comme attaque directe contre les civils et objets civils les attaques indiscriminées[198]. Ces dernières sont définies comme des "attaques frappant indistinctement des personnes civiles ou des biens de caractère civil et des objectifs militaires"[199]. Outre le fait que l'assimilation n'a rien d'absolu[200], le lien qui relie l'infraction d'attaque indiscriminée à celle d'attaque directe ne pose pas de problème juridique majeur, étant donné que les deux renvoient au même principe légal, à savoir le principe de distinction. La relation qui opère entre les crimes d'attaque disproportionnée et d'attaque directe est juridiquement beaucoup plus problématique. Selon le Tribunal international, "certaines attaques apparemment disproportionnées peuvent laisser supposer que des civils étaient effectivement visés"[201]. La disproportion est en quelque sorte élevée au rang de preuve d'attaque directe, qu'elle concerne

---

[197] TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 187, §§450-451, où l'on peut lire que "despite discriminatory actions against the Muslim community in Vitez municipality at the time, the Trial Chamber had no direct evidence that the HVO attack of 16 April 1993 in Vitez/Stari Vitez was directed at civilians. [...] In making this conclusion the Appeals Chamber has, in particular, given due consideration to the existence of an armed conflict between Croats and Muslims in the area, the number of legitimate military objectives present in Vitez/Stari Vitez, and the resistance offered by Muslim forces, as well as the absence of evidence of civilian victims in April 1993. Therefore, the Trial Chamber's finding that the war crime of unlawful attack on civilians, under Article 3 of the Statute, Count 3 (Kordic) and Count 5 (Cerkez), is established with respect to Vitez/Stari Vitez, must be reversed" (nous soulignons).

[198] Ce lien est établi par plusieurs jugements du TPIY. Par exemple, l'arrêt *Galic* stipule que "les attaques indiscriminées [...] peuvent être qualifiées d'attaques directes contre les civils, *in* TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §57. Le même raisonnement se retrouve dans l'affaire *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §69, selon lequel "indiscriminate attacks may also be qualified as direct attacks on civilians".

[199] TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., §57.

[200] Cela vaut tant pour le lien établi entre attaque directe et attaque disproportionnée que pour celui entre attaque indiscriminée et attaque directe. Le caractère non absolu de ce dernier est confirmé par la lecture de l'arrêt Galic rendu par la Chambre d'appel, selon laquelle "with regard to the Trial Chamber's finding pertaining to indiscriminate attacks, the Appeals Chamber notes that the Trial Chamber did not hold that such attacks always amount to direct attacks, but rather that they may qualify as such", *in* TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 187, §132 (nous soulignons).

[201] *Idem*, §60 (nous soulignons).

des pertes incidentes[202] ou des dommages collatéraux[203]. Etant donné que rien n'est établi de manière absolue, il serait *a priori* exagéré d'en conclure à une assimilation violation pour attaque directe/violation pour attaque disproportionnée. Néanmoins, certaines prises de position en laissent planer le doute, comme par exemple lorsqu'il est affirmé qu'"une attaque indiscriminée viole le principe de proportionnalité"[204]. Par ailleurs, si toute attaque disproportionnée n'est pas *ipso facto* une attaque directe, elle peut néanmoins, selon les circonstances, le devenir[205]. Or, cela revient à potentiellement confondre le principe de la distinction avec celui de la proportionnalité, et ce en dépit de l'affirmation que cela n'a pas pour conséquence d'assimiler différents crimes[206]. S'il est possible d'admettre que la ligne de démarcation entre indiscrimination et disproportion est difficile à établir, cela ne doit pas conduire à évacuer le principe de proprotionnalité du raisonnement.

En raison des différents éléments présentés ci-dessus, nous ne pouvons que partager l'avis de M. Ailincai, pour qui, "si [les juges du TPIY] se prononcent longuement sur la nature juridique de la cible, ils évacuent rapidement la question subséquente de la proportionnalité de l'attaque considérée"[207]. Néanmoins, la jurisprudence internationale ne se limite pas aux affaires bosniaques, croates ou serbes du Tribunal international; d'autres organes juridictionnels et quasi-juridictionnels peuvent également venir compléter l'image d'ores et déjà esquissée par le Tribunal.

ii) Un poids, deux mesures?

La tendance du TPIY à mettre l'accent du contrôle de la légalité sur la qualification de la cible se retrouve également dans le Rapport adressé par le Comité établi pour l'examen de la campagne de bombardement menée par l'OTAN contre la République fédérale de

---

[202] "The scale of civilians casualties may be relevant to determine whether an attack is directed at civilians", *in* TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 187, §446.

[203] "The scale of civilian destruction may be relevant to determine whether an attack is aimed at civilians objects", *in* TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, Chambre d'appel, *op. cit*., §453.

[204] TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §58.

[205] "Cette appréciation [de certaines attaques disproportionnées supposant des attaques directes] se fera au cas par cas à la lumière des éléments de preuve disponibles", *in* TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., §60. Ceci va être confirmé par la Chambre d'appel. Voir TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 187, §133.

[206] TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre d'appel, *op. cit*., §133, où il est rappelé que "the Trial Chamber's finding that disproportionate attacks 'may' give rise to the inferrence of direct attacks on civilians is therefore a justified pronouncement on the evidenciary effects of certain findings, not a conflation of different crimes".

[207] AILINCIA, M., *op. cit*., *supra* note 182, p. 339.

Yougoslavie en 1999 au Procureur du TPIY[208]. Néanmoins, la lecture de ce rapport, pris en comparaison avec les affaires précédemment étudiées, permet de faire ressortir certaines contradictions, qui sont loin de laisser présager le meilleur en matière d'universalité de la justice internationale. Deux positions contradictoires peuvent ainsi être identifiées afin de souligner ce propos. La première est liée à l'utilisation d'une arme indiscriminée. La Chambre du TPIY affirme clairement "*a direct attack against civilians can be inferred from the indiscriminate character of the weapon used*"[209]. L'arme utilisée entre donc pleinement dans l'analyse de la légalité d'une attaque. Le Rapport du Comité exprime une position plutôt ambigüe sur le sujet. Il est tout d'abord précisé que l'utilisation de bombes à sous munitions par l'OTAN au Kosovo, jugée arme indiscriminée par le TPIY dans l'affaire *Martic*[210], n'est pas interdite en tant que telle, ce qui était, jusqu'à récemment, une vérité légale difficilement contestable. Cela n'empêche pourtant pas en théorie que l'arme utilisée soit considérée dans le cadre de la proportionnalité. Le Comité semble néanmoins peu enclin à privilégier une telle méthode, eu égard au fait qu'il n'aborde qu'une fois, et de manière juridiquement légère, la question de la disproportion d'une attaque[211]. Qui plus est, il ressort du Rapport que le Comité se base sur le fait que l'utilisation de bombes à sous-munitions n'a pas, en l'espèce, l'objectif de terroriser la population[212]. Cette approche pose de sérieux problèmes juridiques, notamment parce qu'elle semble subordonner l'illégalité d'une attaque à une politique militaire qui serait plus large. Ceci revient à élargir considérablement l'aire légale du champ de bataille. Le second point problématique concerne le devoir de précaution. Là encore, le Comité privilégie une approche globalisante, en jugeant que "*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*"[213]. Cette prise de position est tout d'abord contraire à la lettre de l'article 57, qui s'applique pour toute

---

[208] TPIY, Rapport du Comité, *supra* note 8, §§58-59, 63-69, 71 et 78, 86-89. La question de la proportionnalité n'est en effet pas envisagée par le Comité lors de l'analyse juridique des attaques du pont de Grdelica, du convoi de Djakovica et du village de Korisa; elle est seulement survolée concernant le bombardement de la station de la Radio Television Serbe (RTS).

[209] TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §69.

[210] "The Trial Chamber notes in this respect that the weapon was fired from the extreme of its range. Moreover, the Trial Chamber notes the characteristics of the weapon, it being a non-guided high dispersion weapon. The Trial Chamber therefore concludes that the M-87 Orkan, by virtue of its characteristics and the firing range in this specific instance, was incapable of hitting specific targets. For these reasons, the Trial Chamber also finds that the M-87 Orkan is an indiscriminate weapon", in TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit*., §463 (nous soulignons). La Chambre a également jugé que l'utilisation d'armes indiscriminées dans des zones peuplées revenait à délibérément cibler la population civile, *in* TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 186, §512.

[211] Voir *infra*, note 208.

[212] TPIY, Rapport final du Comité, *supra* note 8, §27.

[213] TPIY, Rapport final du Comité, §29.

attaque, entendue comme tout acte de violence offensif ou défensif[214]. Par ailleurs, elle semble reconnaître implicitement que les pays de la coalition ont manqué à leur obligation concernant quelques "incidents". Enfin, cette déclaration offre une excuse légale aux violations du droit international humanitaire, sous la fausse idée que seuls les crimes ayant eu cours dans une politique plus large de violations du droit peuvent être punis, ce qui est indéfendable d'un point de vue juridique[215].

Les quelques problèmes présentés ci-dessus peuvent trouver leur explication dans le fait que, outre un aspect politique incontournable, les poursuites pénales internationales pour crimes de guerre sont parfois délicates. C'est pour cela qu'il est nécessaire de se tourner vers d'autres organes, certes moins spécialisés, afin de déterminer un éventuel apport jurisprudentiel provenant d'une source externe au droit international humanitaire. Deux niveaux de jurisprudence sont envisagés. Le premier d'entre eux est l'échelon national. La Cour suprême israélienne a été amenée à statuer sur le principe de proportionnalité[216]. Il convient tout d'abord de saluer la décision de compétence de la Cour , qui a rejeté l'argument selon lequel les actes de guerre ne sont pas justiciables[217], ce qui est loin d'être la norme de comportement judiciaire en la matière[218]. Par ailleurs, la méthode utilisée par le juge Barak mérite d'être présentée, en raison notamment de son intérêt théorique. Selon le juge de la Haute Cour de Justice, il convient dans le calcul de la proportionnalité d'identifier deux extrêmes et ensuite de déterminer comment le droit vient réguler la zone grise se trouvant entre ces deux points opposés[219]. L'approche privilégie donc une méthode au cas par cas. Le jugement en lui même ne fournit pas de solution miracle à la difficile question du calcul de proportionnalité, même

---

[214] Voir *supra*, note 139.

[215] Voir à ce propos les remarques de LAURSEN, A., "NATO, the War Against Kosovo, and the ICTY Investigation", *AUILR*, 2002, vol. 17, pp. 807-809.

[216] *The Public Committee Against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. the Governement of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defense, the Israel Defense Forces, the Chief of the General Staff of the Israel Defense Forces and Shurat HaDin-Israel Law Center and 24 others*, Israel Supreme Court sitting as the High Court of Justice (HCJ 769/02), 11 December 2005.

[217] Voir notamment les arguments présentés par le gouvernement israélien que l'on retrouve au §9 du jugement et la décision de compétence justifiée aux §§49-54. Voir également CASSESE, A., *op. cit*., *supra* note 173, 340-341.

[218] Voir par exemple le jugement *R. v. Secretary of State ex parte Thring*, US Court of Appeal (Civil Division), 20 July 2000. L.J. Pill estime notamment que "the applicant refers to art 51 of the [Additional Protocol to the Geneva] Convention [...] The factual difficulties involved are not appropriate for consideration by way of judicial review. [...] It involves complex factual issues with which, in my judgment, upon judicial review it is quite inappropriate to deal. Courts are not deterred by complexities or difficulties in evidence from discharging their duty, but the issues which arise under art 51 confirm and demonstrate the fact that judicial review is not an appropriate remedy in the present circumstances", pp. 2 et 3 du jugement.

[219] HCJ, *The Public Committee Against Torture..., op. cit*., *supra* note 216, §§46 et 58. Voir également CASSESE, A., *op. cit*., *supra* note 173, 343-344.

s'il tend à resserrer la zone grise en ayant recours à deux principes de proportionnalité distincts. En effet, il est écrit que:

> *"Harming [...] civilians, even if the result is death, is permitted, on the condition that there is no other less harmful means, and on the condition that innocent civilians nearby are not harmed. Harm to the latter must be proportionate. That proportionality is determined according to a values based test, intended to balance between the military advantage and the civilian damage"*[220].

Pourtant, ce raisonnement résiste mal à une analyse juridique basée strictement sur le droit international humanitaire[221]. C'est un constat qu'il est également possible de formuler lorsque l'on s'attache à prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH). L'analyse de la proportionnalité à l'oeuvre dans les arrêts de la CrEDH n'est que peu pertinente pour notre propos, car elle se focalise sur la relation entre menace posée et moyen utilisé[222]. Un autre aspect développé par les juges de Strasbourg est néanmoins primordial et concerne les mesures de précaution à prendre afin d'éviter les pertes civiles dans une attaque qui serait proportionnelle au sens du droit international des droits de l'homme[223]. La Cour touche ainsi indirectement à la question de la proportionnalité telle qu'acceptée par le droit international humanitaire[224]. L'ensemble de la préparation et de l'exécution de l'attaque est considéré par la Cour afin de déterminer une éventuelle négligence

---

[220] *Idem*, §60.

[221] Comme le soulignent A. Cohen et Y. Shany, l'exigence de l'alternative la moins meurtrière ne résiste pas à une analyse de droit international humanitaire, selon lequel seule la reddition oblige l'attaquant à ne pas tuer un combattant. Etant donné que notre propos ne concerne pas directement la question des cibles militaires physiques, nous nous en tiendrons à ce simple constat. Voir COHEN, A., SHANY, Y., "A Development of Modest Proportions : The Application of the Principle of Proportionality in the *Targeted Killings* Case", *JICJ*, 2007, vol. 5, p. 314.

[222] La CrEDH s'attache en effet à déterminer si la force utilisée est strictement proportionnée aux buts légitimes prévus par l'article 2 de la Convention européenne. Voir par exemple CrEDH, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, arrêt, 24 février 2005, §169, où l'on peut lire que "ttout recours à la force doit être rendu 'absolument nécessaire' pour atteindre au moins l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a) à c) [de l'article 2 de la Convention). L'emploi des termes 'absolument nécessaire' indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement retenu pour déterminer si l'intervention de l'Etat est 'nécessaire dans une société démocratique', au sens du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. En conséquence, la force utilisée doit être strictement proportionnée aux buts légitimes susvisés" (nous soulignons). Voir également CrEDH, *Issaïeva c. Russie*, arrêt, 24 février 2005, §181, où il est écrit que "si le recours à la force était justifié en l'espèce, il va sans dire qu'un juste équilibre devait être ménagé entre le but poursuivi et les moyens employés pour l'atteindre" (nous soulignons).

[223] "La Cour peut néanmoins [...] tirer certaines conclusions quant à la question de savoir si l'opération a été préparée et exécutée de manière à éviter ou à limiter autant que possible les dommages qui risquaient d'être infligés aux civils", *in* CrEDH, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit., supra* note 222, §177 (nous soulignons).

[224] Au sein du système de droit international humanitaire, l'obligation de précaution est ce par quoi le respect de la porpotionnalité peut être assuré. Dès lors, c'est par l'obligation de précaution qu'il serait possible de faire converger la jurisprudence de la CrEDH et le droit international humanitaire.

qui aurait pour conséquence de mettre en danger la population civile[225]. Pour ce faire, la Cour est amenée à prendre en compte "non seulement les actes des agents de l'Etat mais également l'ensemble des circonstances"[226], comme par exemple les conditions météorologiques, la confirmation au sol pour toute attaque aérienne, le type d'armes utilisé ou encore l'attitude générale des autorités[227].

Les autres sources de jurisprudence ont ainsi un rôle à jouer dans la détermination de la légalité d'un acte de guerre. Ne partageant toutefois pas les mêmes buts que la justice pénale internationale, ces sources alternatives ne peuvent, ni ne doivent, prendre la place de cette dernière encore à ses débuts, dont les demi-échecs sont en partie le reflet d'une pénalisation parfois délicate.

b) Les obstacles à la pénalisation

Si certains points positifs ne doivent pas être occultés, force est de constater que des difficultés procédurales entravent de manière particulièrement prononcée la justice internationale (*i*). De plus, des problèmes spécifiques à la question de la détermination de l'excessivité d'une attaque sont également à relever (*ii*).

i) Des points positifs éclipsés par les difficultés procédurales

Porter un regard qui se veut critique sur la jurisprudence ne doit pas aboutir à adopter une vision pessimiste qui passerait sous silence les aspects positifs découlant de la jurisprudence internationale. Certains d'entre eux concernant la définition de l'objectif militaire et la norme de prise de décision ont d'ores et déjà été identifiés. Par ailleurs, la Chambre de première instance a affirmé, non pas sans essuyer quelques critiques, que la proportionnalité pouvait se calculer sur une base cumulative. La logique de la théorie de l'"effet cumulatif" se situe à l'opposé de celle qui est à l'oeuvre dans l'approche cumulative prônée par quelques Etats, selon lesquels le calcul de la proportionnalité doit s'effectuer à partir de l'avantage militaire découlant d'une attaque considérée dans son ensemble[228]. En effet, selon le Tribunal international,

---

[225] "La Cour considère que l'opération menée près du village de Chaami-Yourt n'a pas été préparée et exécutée avec les précautions nécessaires à la protection des vies civiles", *in* CrEDH, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit*., *supra* note 222, §199. La même conclusion est tirée dans l'affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit*., *supra* note 222, §200.

[226] CrEDH, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit*., §170.

[227] Voir notamment les §§187, 189, 191 et 196 de l'arrêt *Issaïeva c. Russie*, *op. cit*., et les §§186, 188, 189 et 195 de l'arrêt *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit*.

[228] Voir *supra*, note 144.

> "l'une des manières de recourir à la clause Martens consisterait à tenir compte de certaines considérations comme l''effet cumulatif' d'attaques d'objectifs militaires causant des dommages incidents aux civils. [...] Lorsque les attaques se répètent et que toutes, ou la plupart, se situent dans la zone grise entre légalité indiscutable et illégalité, on pourrait être fondé à conclure que ces actes peuvent ne plus être en accord avec le droit international en raison de leur effet cumulatif. En effet, ce type de conduite militaire peut mettre excessivement en danger les vies et les biens des civils, contrairement aux exigences de l'humanité"[229] .

Même si cette approche semble être l'écho aux lignes d'interprétation prônées par les *Commentaires*[230], elle a néanmoins été limitée par le Comité chargé de l'examen de la campagne aérienne de l'OTAN au Kosovo. Ce dernier a estimé que le seul cumul ne pouvait pas, *ipso facto*, conduire à une infraction criminelle[231]. Pourtant, cette théorie contient en elle-même un des biais par lesquels il serait possible de réduire la zone grise déjà identifiée par le juge Barak[232]. Autre point positif à relever, la Chambre de première instance a également précisé que, lors du calcul de la proportionnalité, "on peut prévoir que le bombardement d'une ville peuplée ait des conséquences tragiques et durables"[233]. Enfin, il a été réaffirmé que

> "les parties à un conflit sont tenues, dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible, d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, et d'éviter de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées. Toutefois, le manquement d'une partie à cette obligation ne dispense pas l'assaillant de respecter les principes de distinction et de proportionnalité lorsqu'il lance une attaque"[234].

Ce dernier point, s'il fait état d'une vérité qui tombe sous le bon sens, subit néanmoins aujourd'hui de considérables pressions, d'où l'intérêt de le trouver réaffirmé dans un jugement d'un tribunal pénal international chargé de poursuivre les violations du droit international humanitaire.

---

[229] TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kurpreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic et Vladimir Santic,* Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 70, §526. Il est à noter que ce jugement a été plus inspiré par la campagne de bombardements menée par l'OTAN que par les faits à propos desquels la Chambre statuait. Voir à ce propos WECKEL, P., *op. cit*., *supra* note 2, p. 136.

[230] Selon ces derniers, lorsqu'il y aura matière à hésitation dans la détermination de la disproportion, c'est l'intérêt de la population civile qui doit primer. Voir SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1979, p. 640.

[231] TPIY, Rapport du Comité, *supra* note 8, §52, où l'on peut lire que "[the] formulation in *Kupreskic* can be regarded as a progressive statement of the applicable law with regard to the obligation to protect civilians. Its practical import, however, is somewhat ambiguous and its application far from clear. It is the committee's view that where individual (and legitimate) attacks on military objectives are concerned, the mere *cumulation* of such instances, all of which are deemed to have been lawful, cannot *ipso facto* be said to amount to a crime. The committee understands the above formulation, instead, to refer to an *overall* assessment of the totality of civilian victims as against the goals of the military campaign".

[232] Ce point sera approfondi dans les développements à venir. Voir Partie III-Chapitre B-b-i.

[233] TPIY, *Le Procureur c. Miodrag Jokic*, jugement portant condamnation, Chambre de première instance, IT-01-42/1-S, 18 mars 2004, §44.

[234] TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §61 (nous soulignons).

Les juges ont ainsi un rôle fondamental à jouer dans la réaffirmation et l'interprétation du droit, et le cadre de la justice pénale internationale leur offre l'avantage de la compétence qui fait parfois défaut aux juges internes. Toutefois, la reconstitution des faits est une difficulté à laquelle doivent faire face tous les organes juridictionnels. La première mission, et certainement la plus importante, incombant au juge est celle de l'établissement des faits à travers l'apport de la preuve. Cette exigence s'avère être plus que délicate lorsque le cadre dans lequel les violations du droit ont été commises est celui d'un conflit armé. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné dans l'affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva* le manque de collaboration des autorités russes[235]. La Commission permanente d'arbitrage (CPA) a de son côté rappelé que, dans son cas, la charge de la preuve incombait à l'Etat appelant**,** tout en reconnaissant la difficulté de prouver le caractère indiscriminé d'un bombardement lorsque l'Etat concerné se trouve en état de conflit armé[236]. Cette difficulté est aggravée quand le conflit en question ne répond pas au schéma traditionnel de la confrontation militaire entre deux armées. Le chaos est parfois tel que même l'origine du feu est établie avec beaucoup de peine[237]. Le même constat prévaut lors de la détermination de l'élément intentionnel[238].

Par ailleurs, l'on retrouve également des difficultés propres à la proportionnalité lorsque cette dernière est envisagée dans le cadre de la justice pénale internationale, ce qui explique en partie pourquoi les juges du TPIY ont tendance à évacuer l'analyse de la disproportion au profit de celle du caractère de la cible.

ii) Les problèmes spécifiques liés à l'établissement de l'excessivité d'une attaque

Deux aspects doivent ici être présentés. Le premier concerne l'exigence de résultat établie par la jurisprudence du TPIY conformément à son Statut. Afin de pouvoir rentrer dans le champ

---

[235] CrEDH, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit*., *supra* note 222, §175.

[236] CPA, Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie (sentences partielles), Fronts oriental et occidental - Réclamations de l'Ethiopie n°1 et 3, 19 décembre 2005, §§32 et 36.

[237] Voir à ce propos l'opinion dissidente du juge Netio-Navia, qui se détache du jugement rendu par la majorité de la Chambre de première instance en expliquant que "bien que je sois d'accord avec la Majorité pour estimer que deux obus ont explosé à Dobrinja le 1er juin 1993 sur un parking où se déroulait un match de football, je suis en désaccord avec sa constatation, car l'Accusation n'a pas établi au delà de tout doute raisonnable que ces projectiles avaient été tirés du secteur contrôlé par le SRK", qui réitère le constat pour le bombardement du 12 juillet 1993. Voir TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, Opinion dissidente du juge Netio-Navia, §§63 et 66 de l'opinion.

[238] "Vu les témoignages susmentionnés concernant la présence de soldats de l'ABiH sur le parking et aux abords de celui-ci, je conclus que l'Accusation n'a pas établi au delà de tout doute raisonnable que les deux obus qui ont explosé le 1er juin 1993 à Dobrinja avaient été tirés délibérément ou indistinctement par le SRK", *in* TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., Opinion dissidente du juge Netio-Navia, §65 de l'opinion.

d'application de l'article 3 du Statut du TPIY, l'acte de violence doit avoir causé des morts ou de sérieuses atteintes à l'intégrité physique des personnes civiles, ou des destructions de biens civils[239]. Concernant ces derniers, l'ampleur des destructions requises varie selon si l'on se trouve dans le cadre d'une incrimination pour attaque illégale ou pour destruction non justifiée par les exigences militaires[240]. Cela pose *a priori* un problème pour les attaques qui seraient disproportionnées. Pour rappel , le Protocole additionnel I stipule que les attaques disproportionnées sont celles dont on peut *attendre* qu'elles causent incidemment des pertes et/ou des dommages excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct *attendu*[241]. Cela renvoie, comme cela a déjà été souligné, aux prévisions établies préalablement au lancement de l'attaque plutôt qu'à ses résultats[242]. La lecture de l'article 57(2)(a)(iii) du Protocole suggère ainsi que le simple fait de faillir à son devoir de précaution revient à contrevenir à l'interdiction posée par l'article 51(5)(b), même si aucun résultat concret ne vient confirmer en pratique le défaut de précaution. Néanmoins, l'article 85 du Protocole vient expliquer pourquoi une telle exigence de résultat est requise. Ce dernier stipule en effet que:

> "Les actes suivants, lorsqu'ils sont commis intentionnellement, en violation des dispositions pertinentes du présent Protocole, et qu'ils entraînent la mort ou causent des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, sont considérés comme des infractions graves au présent Protocole :
> [...]
> b) lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, paragraphe 2 a iii"[243]

Il est également à noter que le Statut de la Cour pénale internationale n'exige pas une telle preuve de résultat[244]. Ce pas en avant est néanmoins contrebalancé par le rajout de l'adverbe

---

[239] Voir par exemple: TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 187, §58; TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, Chambre de première instance, *op. cit*., §280.

[240] Concernant les destructions non justifiées par les exigences militaires, les premières doivent avoir eu lieu dans une large mesure. Voir TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, §90.

[241] Articles 51(5)(b) et 57 (2)(a)(iii).

[242] Voir *supra*, note 154.

[243] Article 85 du Protocole additionnel I.

[244] Voir notamment les remarques de FENRICK, W. J., "Riding the Rhino...", *op. cit*., *supra* note 36, pp. 130-131. Voir également les Eléments des crimes de la CPI, qui n'exigent pas, pour les attaques contre les biens de caractère civil ayant eu lieu dans le cadre d'un conflit armé international, de preuve de résultat. Le même constat ne peut être réitéré pour des attaques prenant place dans un conflit armé non international, les biens civils n'étant dans ce cas que protégés par la CPI que sous le crime de destruction ou saisie de biens appartenant à l'ennemi, où l'exigence de résultat est ici requise. Voir Eléments des crimes adoptés par l'Assemblée des Etats parties à la CPI, New York, 9 septembre 2002, éléments relatifs à l'article 8(2)(b)(ii) et à l'article 8(2)(e)(xii). Par ailleurs, cette différence concernant l'exigence de résultat selon s'il s'agit d'un confilt international ou interne est maintenue dans le cadre de la proportionnalité, cette dernière ne pouvant être couverte dans le cadre d'un conflit interne que sous le chef de destruction de propriété non justifiée par les exigences militaires.

"manifestement excessifs"[245] et par le fait que l'élément moral requis par la CPI ne semble pas couvrir l'imprudence[246].

Outre l'exigence de résultat, le Protocole impose également, pour rentrer dans le champ des infractions graves au droit international humanitaire, ce qui a notamment pour conséquence de rendre possible l'exercice de la compétence universelle, que l'attaque disproportionnée soit lancée intentionnellement. L'élément moral recouvre de manière générale l'intention directe et indirecte, ainsi que l'imprudence[247]. Concernant les attaques disproportionnées, il est par ailleurs exigé une connaissance préalable suffisante pour prévoir la disproportion[248]. En effet, la Chambre de première instance dans l'arrêt *Galic* affirme que, "pour établir l'élément moral d'une attaque disproportionnée, l'Accusation doit prouver [...] que l'auteur a lancé intentionnellement l'attaque, en ayant connaissance des circonstances qui laissaient prévoir des pertes excessives dans la population civile"[249]. Le fait d'agir dans une indifférence totale quant aux conséquences de ses actes peut également conduire à établir l'élément intentionnel[250]. La notion de dol éventuel, bien connue en droit pénal, se situe en effet entre la négligence et l'intention.

La logique du droit international humanitaire étant basée sur la prohibition générale d'attaquer délibérément les civils, dont découlent des interdictions plus spécifiques, il est dès lors logique que la criminalisation ne soit pas possible lorsqu'une violation est le résultat d'une simple erreur, qu'elle soit humaine ou technique[251]. Par exemple, si l'acte a été commis de bonne foi mais conduit à une violation du fait d'une fausse information, la responsabilité de son auteur ne se trouve pas engagée[252]. L'intention d'effectuer une action légale exclut dès lors la responsabilité individuelle[253]. A partir de ce constat, il est alors possible d'affirmer que le

---

[245] Selon l'article 8(2)(b)(iv), sera considéré comme crime de guerre "le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humanies dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caratère civil ou des domages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu" (nous soulignons).

[246] Voir les remarques de FENRICK, W. J., "Prosecution of Unlawful Attack Cases...", *op. cit*., *supra* note 116, p. 167.

[247] Voir notamment: TPIY, *Le Procureur c. Milan Martic*, Chambre de première instance, *op. cit.*, *supra* note 36, §90; TPIY, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, Chambre d'appel, *op. cit*., *supra* note 182, §§264 et §270.

[248] Ce qui se situe dans la logique prônée par le Protocole I. Les *Commentaires* soulignent à ce propos que "sur le plan pénal, le Protocole a retenu l'élément intentionnel et, en outre, pour les attaques sans discrimination, l'élément de connaissance préalable des résultats à escompter", in SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit*., *supra* note 38, §1934, p. 6431.

[249] TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit.*, *supra* note 36, §59.

[250] *Idem*, §596.

[251] WECKEL, P., *op. cit*., *supra* note 2, p. 141.

[252] FENRICK, W. J., "Attacking the Enemy...", *op. cit*., *supra* note 37, p. 560.

[253] FENRICK, W. J., "Prosecution of Unlawful Attack Cases...", *op. cit*., *supra* note 116, p. 157.

droit international humanitaire ne pénalise que les attaques dans lesquelles il n'y aurait aucune proportionnalité[254], ce qui rejoint la pensée d'A. Cassese, selon qui "*those rules* [*of international humanitarian law on the conduct of hostilities*] *only minimally regulate states' conduct and in effect serve only to prevent extreme cases*"[255]. Pour autant, ce n'est pas parce qu'une action n'atteint pas la qualification de crime de guerre qu'elle est conforme aux règles de droit international humanitaire.

La jurisprudence en matière de conduite des hostilités est malheureusement encore hésitante. Si toute condamnation est rendue difficile par les incertitudes qui sont propres à la guerre[256], ces dernières ne doivent toutefois pas conduire à faire du droit un cadre tellement maléable qu'il serait à même de justifier certaines pratiques étatiques parfois plus que problématiques.

B- De l'interprétation abusive des principes du droit

La flexibilité des concepts d'objectif militaire et de proportionnalité, qui laisse aux Etats une large marge d'appréciation lorsqu'ils sont amenés à les appliquer, impose d'analyser leur pratique subséquente. Alors qu'il est généralement clamé que le droit a été respecté, il est parallèlement possible de souligner un taux de pertes incidentes et de dommages collatéraux assez élevé[257]. Concernant la campagne de bombardement menée par l'OTAN au Kosovo, l'on peut par exemple relever les propos selon lesquels "*Kosovo was a campaign during which the law of armed conflict was assiduously followed"*[258], alors que selon W. J. Fenrick, "*the ratio of civilian deaths per ton of bombs is substancially similar for both the US Linebacker II campaign over North Vietnam in 1972 and for Operation Allied Force*"[259]. Il existe donc un réel décalage entre les déclarations et la pratique étatique[260], cette dernière devant être

---

[254] SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit., supra* note 12, p. 293.
[255] CASSESE, A., *op. cit*., *supra* note 173, p. 341. Ce constat nous paraît justifié lorsqu'il s'agit de criminaliser les atteintes au droit humanitaire, mais ne l'est pas à nos yeux concernant le droit humanitaire *stricto sensu*. Voir également les remarques de HOLLAND, J., *op. cit*., *supra* note 94, p. 49.
[256] LEWIS, B. M., *op. cit*., *supra* note 72, p. 508.
[257] DAVID, E., *op. cit*., *supra* note 22, p. 82.
[258] BAKER, J. E., "Judging Kosovo: The Legal Process, the Law of Armed Conflict, and the Commander in Chief", *in* WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 78, Newport (Rhode Island), p. 7. Concernant les déclarations de respect inconditionnel du droit, voir également les propos de: CANESTARO, N. A., *op. cit*., *supra* note 32, p. 433, selon qui "the U.S. commitment to the prevention of noncombatant deaths is extraordinary", et ROGERS, A. V. P., *op. cit*., *supra* note 21, p. 165.
[259] FENRICK, W. J., "The Law Applicable to Targeting...", *op. cit*., *supra* note 28, p. 64.
[260] Eu égard au fait que la plupart des changements sont initiés par la pratique des Etats-Unis, l'accent sera en priorité mis sur ce pays. Concernant la pertinence de faire de la pratique américaine le centre de la réflexion, voir notamment SCHMITT, M. N., "The Principle of Discrimination...", *op. cit*., *supra* note 30, p. 147.

envisagée afin de souligner que les pertes incidentes et dommages collatéraux persistants sont en partie dus à des acceptations parfois plus que problématiques de la définition de l'objectif militaire (***a***) et à une application biaisée du principe de proportionnalité (***b***).

a) Bombardement stratégique et objectifs militaires

Le recours à l'aviation de guerre a pour conséquence d'élargir la notion d'objectif militaire, laquelle comprend désormais des objectifs dits stratégiques, que l'on identifie aisément dans les processus décisionnels déterminant les frappes au cours d'un conflit. Cela a conduit à l'élaboration de nouvelles doctrines de guerre, qui ont pour effet d'étendre l'acceptation du concept d'objectif militaire (*i*). Il en ressort certains problèmes au niveau du respect même de la distinction, comme l'attestent quelques exemples de frappes aériennes problématiques (*ii*).

i) Processus décisionnel et nouvelles doctrines de guerre

La méthode du bombardement a un aspect fondamentalement stratégique, ce qui a des conséquences sur la formulation des doctrines militaires, dont découle en partie la planification d'attaques sur tel ou tel objectif. Le lien entre bombardement aérien et définition stratégique de l'objectif militaire ressort par exemple de la lecture du Manuel militaire israélien, selon lequel "*the war effort not only requires striking at the combatants on the front, but striking at the enemy's logistical infrastructure - its warehouses, plants, recruitment centers and communications*", ce qui explique que "*extensive infrastructure bombings constituted a substancial part of the air force's operation as a 'flying artillery' during the War of Attrition and the Yom Kippur War*"[261]. Sont ainsi différenciés les objectifs tactiques, dont les troupes militaires ennemies en sont la meilleure illustration, de ceux stratégiques, regroupant, entre autres, les facilités de commandement et de contrôle ou les routes servant au ravitaillement[262]. Dans le cadre des premiers, l'aviation est généralement utilisée en tant

---

[261] *Laws of War in the Battlefield* (trad. du Comité international de la Croix-Rouge), Israel Defense Forces, 1998, pp. 30-31.

[262] MULINEN, F. (de), *op. cit*., *supra* note 97, p. 122. Les Etats-Unis définissent quant à eux l'opération aérienne tactique comme "an air operation involving the employment of air power in coordination with ground or naval forces to: a. gain and maintain air superiority; b. prevent movement of enemy forces into and within the objective area and to seek out and destroy these forces and their supporting installations; c. join with ground or naval forces in operations within the objective area, in order to assist directly in attainment of their immediate objective", alors que la définition de l'opération aérienne stratégique se lit comme suit: "air combat and supporting operations designed to effect, through the systematic application of force to a selected series of vital targets, the progressive destruction and disintegration of the enemy's war-making capacity to a point where the enemy no longer retains the ability or the will to wage war. Vital targets may include key manufacturing systems, sources of raw material, critical material, stockpiles, power systems, transportation systems, communication facilities, concentration of uncommitted elements of enemy armed forces, key agricultural areas,

qu'appui aux opérations terrestres, alors qu'elle est l'outil primordial servant à frapper les seconds[263]. Cette différenciation relève du jargon militaire, mais n'est pas sans effet sur le droit. Les objectifs stratégiques peuvent très bien être des objectifs militaires s'ils répondent à la définition posée par l'article 52(2), mais certains stratèges militaires voient dans cet article une limitation inacceptable des frappes aux objectifs tactiques. Parmi eux, Jeanne Meyer estime que l'article "*tries to constrict the use of air power to the specific tactical military effort at hand* [*and*] *ignores the reality that a nation's war effort is composed of more than just military components*"[264]. La volonté de faire pression sur des éléments autres que militaires d'une société est une approche qui a également été privilégiée par l'OTAN au Kosovo, où la campagne de bombardement était destinée à faire pression non seulement sur les forces armées serbes mais également sur le gouvernement politique de la République fédérale[265].

La différenciation entre niveau stratégique et niveau tactique se retrouve aussi dans le processus aboutissant à la sélection des cibles à attaquer. Le processus stratégique en amont vise à élaborer, afin d'atteindre les buts assignés au conflit par les parties belligérantes, les catégories de cibles à détruire, puis les cibles spécifiques rentrant dans ces catégories[266]. Le processus tactique consiste ensuite à traduire cela en instructions militaires.[267] Ainsi, concernant la première guerre du Golfe, six objectifs généraux ont été déterminés par le pouvoir politique américain[268], douze catégories ont été définies, et plusieurs centaines de cibles précisément identifiées, et ce avant le début du conflit[269]. L'OTAN a également eu

---

and other such target systems". Voir *Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 1-02, Department of Defense, 12 April 2001 (as amended through 30 May 2008), pp. 522 et 536. Cette différenciation des objectifs selon leur aspect tactique et stratégique peut également être identifiée pour la campagne de bombardement menée au Kosovo par l'OTAN contre la République fédérale yougoslave. Voir TPIY, Rapport du Comité, *supra* note 8, §46.

[263] ROBERTS, A., "Air Power, Accuracy...", *op. cit*., *supra* note 34, p. 134.

[264] Cité par ROBERTS, A., "Air Power, Accuracy...", *op. cit*., p. 140.

[265] Voir ROBERTS, A., "The Laws of War...", *op. cit*., *supra* note 33, pp. 417-418.

[266] Dans le cas de l'offensive aérienne au Kosovo, l'OTAN a élaboré sa stratégie de frappe à travers trois étapes principales, que sont la préparation, la définition des catégories générales de cibles et les cibles en elles-mêmes. Voir BAKER, J. E., *op. cit*., *supra* note 258, pp. 8-12.

[267] LEWIS, B. M., *op. cit*., *supra* note 72, p. 481.

[268] Les six objectifs globaux étaient les suivants: attaquer le commandement politique et militaire iraquien; acquérir et maintenir la supériorité aérienne; endommager les voies de ravitaillement; détruire les capacités de production, stockage et distribution nucléaire, biologique et chimique; détruire la Garde Républicaine présente au Koweït; libérer Koweït. Voir LEWIS, B. M., *op. cit*., p. 488.

[269] Ces catégories sont les suivantes: leadership; commandement, contrôle et communications; défenses aériennes; aérodromes; recherche et production nucléaire, biologique et chimique; facilités portuaires et forces navales; production et stockage militaires; lignes de chemin de fer, ponts et ressources électriques; Production, raffinerie et distribution de pétrole; Garde républicaine; missiles Scud. Voir TPIY, Rapport du Comité, *supra* note 8, §44. Voir également: LEWIS, B. M., *op. cit*., *supra* note 72, pp. 488-496 et le rapport de HRW, *Needless Deaths in the Gulf War..., op. cit., supra* note 7, Chapitre 2-Targets in Iraq.

recours à un tel processus[270]. Ce procédé pose problème pour celui qui garde à l'esprit que, pour devenir un objectif militaire, tout objet doit contribuer de manière effective à l'action militaire ennemie et sa destruction doit apporter à l'attaquant un avantage militaire précis[271], et ne peut, par conséquent, constituer un objectif militaire *per se*. Qui plus est, cela peut éventuellement conduire à confondre les objectifs militaires *stricto sensu* et les objectifs politiques plus larges du conflit[272].

Une véritable tension est ainsi palpable entre campagne de bombardement stratégique et définition de l'objectif militaire. Cette tension s'illustre dans les récentes tentatives d'élaborer de nouvelles doctrines militaires, qui, plus ou moins explicitement, tendent à élargir la définition juridique du Protocole additionnel I, quitte à remettre définitivement en cause le principe de distinction. Parmi elles, il convient de s'arrêter sur la désormais bien connue théorie de la "*war-sustaining capabilities*". Cette doctrine ressort notamment des Instructions pour les commissions militaires de 2002 et 2007 élaborés par le Département de la Défense des Etats-Unis. Selon ces documents,

> "*Military objectives are those targets which, by their nature, location, purpose, or use, effectively contribute to the enemy's war-fighting or war-sustaining capability and whose total or partial destruction, capture, or neutralization would constitute a definite military advantage to the attacker under the circumstances at the time of the attack*"[273] .

Certains auteurs ont relevé la position contradictoire des manuels militaires américains concernant la question de la définition de l'objectif militaire, les plus anciens n'ayant pas la même approche que celle préconisée dans les instructions de 2002 et de 2007[274]. Toutefois, l'idée qui sous-tend cette théorie se retrouve déjà, sans être certes formulée explicitement, dans le *Commander's Handbook* de 1980, qui identifie comme objectifs légitimes les objectifs militaires et politiques qui supportent directement l'action militaire, les zones géographiques et les objets économiques. Concernant ces derniers, il est écrit que "*it is permissible to attack*

---

[270] Voir SASSOLI, M., *op. cit*., *supra* note 96, p. 193.
[271] *Idem*.
[272] SANDOZ, Y., *op. cit*., *supra* note 164, p. 275.
[273] "Crimes and Elements for Trials by Military Commission", *Military Commission Instruction*, 21 March 2002, p. 3 (nous soulignons). Voir également les Instructions de 2007, selon lesquelles sont des objectifs militaires "those objects during an armed conflict— (i) which, by their nature, location, purpose, or use, effectively contribute to the opposing force's war-fighting or war-sustaining capability; and (ii) the total or partial destruction, capture, or neutralization of which would constitute a definite military advantage to the attacker under the circumstances at the time of the attack", *in The Manual for Military Commissions*, 18 January 2007, p. 3 de la section IV (IV-3).
[274] Voir notamment les remarques de: ROSCINI, M., *op. cit., supra* note 21, p. 421; WATKIN, K., "Canada/United States Military Interoperability and Humanitarian Law Issues : Land Mines, Terrorism, Military Objectives and Targeted Killing", *DJCIL*, 2004-2005, vol. 15, p. 302; WATKIN, K., "Assessing Proportionality...", *op. cit*., *supra* note 24, p. 16. En effet, les dispositions de 1980 et de 2002-2007 s'éloignent de celles préconisées par les manuels de 1976 et de 1997. Voir supra, note 275.

economic targets that give only indirect support to enemy operations, so long as that support is effective and definite military advantage foreseen"[275]. Le rajout du terme "*war-sustaining*", ou support indirect, aux conditions de contribution effective et d'avantage militaire définitif a pour résultat de priver ces dernières de leurs facultés limitatives. C'est pour cela que bon nombre d'auteurs voient dans cette nouvelle approche une extension inacceptable du concept d'objectif militaire, qui rompt tout simplement le lien requis par le droit entre l'objet et l'action militaire[276]. Se situant à l'opposé de certains de ses confrères selon lesquels seuls les actes de violence militaire sont nécessaires[277], H. Parks s'est fait l'avocat de cette supposée nouvelle approche[278]. L'ambiguïté de son propos mérite d'être soulignée. Selon lui, l'affaiblissement des forces ennemies passe nécessairement par l'affaiblissement de l'habilité de la nation ennemie à résister[279]. Il définit ainsi la théorie de la "*war-sustaining*" comme une position mettant l'accent sur des attaques qui viseraient des objectifs militaires, définis comme des objets ayant un lien direct, indirect ou éloigné avec les activités militaires de l'ennemi[280], et dont l'un des effets serait de mettre à mal la volonté de la population ennemie de résister[281]. Dès lors, s'il n'avait pas clairement exprimé le contraire, l'on aurait pu facilement croire, en raison de l'argument du double effet de l'attaque et du lien plus que superficiel exigé entre l'objet et l'action militaire, que H. Parks soutenait juridiquement la validité des attaques contre le moral

---

[275] *Commander's Handbook on the Law of Armed Conflicts*, Air Force Pamphlet (AFP 110-34-, Department of the Air Force, 1980, pp. 1 et 2 de la section 2 (2-1 et 2-2) (nous soulignons). Le texte avance notamment comme argument historique pour appuyer la légitimité des frappes sur les objets de nature économique supportant indirectement l'effort de guerre le fait que durant la guerre de Sécession, les centres de production de coton ont été visés afin de couper les fonds monétaires générés par une telle production et exportation. Pourtant, si cet argument est avancé en 1980, la théorie de la "war-sustaining" n'apparaît ni dans le Pamphlet de 1976, où l'on peut lire que "a key factor in classification of objects as military objectives is whether they make an effective contribution to an adversary's military action so that their capture, destruction or neutralization offers a definite military advantage", ni dans l'*Operational Law Handbook* de 1997, selon lequel une attaque ne peut être lancée que contre "an object that makes an effective contribution to the enemy's military effort, and [...] its destruction, capture or neutralization offers a definite military advantage". Voir *The Conduct of Armed Conflicts and Air Operations*, Air Force Pamphlet (AFP 110-31), Department of the Air Forces, 1976, p. 5-9 et *Operational Law Handbook*, International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's School US Army, Charlottesville, 1997 (JA-422), p. 18-3.

[276] Voir notamment les remarques de DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities*..., *op. cit*., *supra* note 25, p. 87 et de ROBERTSON, H. B., *op. cit*., *supra* note 56, p. 209.

[277] M. Sassoli écrit notamment que "[the] acts of violence against persons or objects of political, economic, or psychological importance may sometimes be more efficient to overcome the enemy, but are never necessary, because every enemy can be overcome by weakening sufficiently its military forces", *in* SASSOLI, M., *op. cit*., *supra* note 96, p. 191. Voir également SASSOLI, M. CAMERON, L., *op. cit*., *supra* note 90, p. 52. Cette vision, que nous partageons, a toutefois été critiquée par M. Schmitt, selon qui "such assertions are overly simplistic", *in* SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian Law...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 67.

[278] Voir *supra*, note 275.

[279] "Military objectives that support or sustain an enemy's nation ability to resist are integral to weakening its military forces", *in* PARKS, H., "Asymmetries...", *op. cit*., *supra* note 60, p. 68

[280] "The connection of some objects to an enemy's war effort may be direct, indirect or even discrete", *idem*, p. 89.

[281] "National will may be aimed at through attack of military objectives", *ibidem*, p. 99.

de la population ennemie[282]. Son approche est néanmoins reprise par l'un des partisans contemporains des attaques dirigées contre le moral de la population, C. Dunlap. Ce dernier utilise en effet le concept de volonté nationale, développé par H. Parks, pour soutenir son argumentaire. Selon lui, le moral de la population civile est une composante essentielle de la volonté nationale[283]. Etant donné que la destruction de la volonté ennemie représente l'objectif par excellence d'un conflit armé[284], le moral de la population peut dès lors être analysé comme apportant une contribution effective à l'action militaire ennemie et dont la destruction offre un avantage militaire net à l'attaquant...[285].

Bon sens et volonté d'humanité interdisent de souscrire à une telle thèse. Le droit également ne reconnaît pas la validité de cette approche. Rappelons tout d'abord que ne peuvent être concernés par des attaques que les objets ou les personnes répondant aux critères de définition établis par le droit international humanitaire. Les attaques contre le moral de la population , de même que la théorie de la "*war-sustaining*", témoignent d'une confusion entre le concept d'objectif militaire avec les notions militaires de buts stratégiques et tactiques[286]. Par ailleurs, la jurisprudence du TPIY a clairement qualifiée de crime de guerre, et plus particulièrement de crime de terreur, la campagne de bombardements et de tirs isolés menée par le SRK dans le but d'affaiblir le soutien de la population de Sarajevo[287]. Il est clair, en vertu du principe fondamental de distinction, que l'approche développée par C. Dunlap est illégale, et doit surtout le rester[288].

En dépit des approches parfois excessives qu'elle entraine, la théorie de la "*war-sustaining*" est aujourd'hui dominante dans la vision militaire américaine. Toutefois, du fait de la multiplication des opérations de coalitions regroupant des pays ne partageant pas les mêmes

---

[282] "As noted previously, effects on civilian morale from attack of legitimate military objects have not been regarded as unlawful. When the emphasis shifted in World War II from incidental effects to intentional attack, it crossed the line with respect to the fundamental law of war principle of distinction. Happily and rightfully, attacks on civilian morale went into the discarded file", *ibidem*, p. 111. L'auteur poursuit en estimant que "there is little distinction, if any, betwwen morale attacks and terror attacks", p. 113.

[283] DUNLAP, C. J., "Targeting Hearts and Minds: National Will and Other Legitimate Military Objectives of Modern War", *in* VON HEINNEG, W. H., (ed.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honor of Knut Ipsen*, Springer, Berlin, 2007, p. 119.

[284] *Idem*, p. 120.

[285] *Ibidem*.

[286] SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit*., *supra* note 12, p. 285.

[287] "Elle [l'Accusation] explique que le but de cette campagne était d'affaiblir le soutien que la population apportait au Gouvernement pour la poursuite du conflit, et de saper le moral des combattants de l'ABiH en leur rappelant que tant qu'ils continuaient à se battre, leurs familles, qu'ils avaient laissées derrière eux, se trouvaient plus en danger qu'ils ne l'étaient eux-mêmes. La Chambre de première instance considère que cet argument met en lumière le but ultime de la campagne de tirs isolés et de bombardements menée contre les civils à Sarajevo", *in* TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre de première instance, *op. cit*., *supra* note 36, p. 576.

[288] Voir à ce propos les remarques de WALKER, J. K., *op. cit*., *supra* note 23, p. 124.

positions concernant le droit des conflits armés, une approche plus atténuée a été devéloppée. L'"*effect-based theory*" est définie comme la recherche d'un effet systématique plutôt que destructeur[289], et où "*by attacking on specific links, nodes and objects the effect or combination of effects will achieve the desired aim*"[290]. Pour reprendre les mots de M. Schmitt, "*effects-based targeting* [...] *involves deconstructing enemy systems to identify those components thereof the attack on which will best yield a defined effect that supports the campaign objectives*"[291]. Même si cette théorie ne se traduit pas forcément par un élargissement de la notion d'objectif militaire, son application pouvant très bien être limitée aux objectifs tels que définis par le Protocole additionnel et où l'objectif global viserait simplement l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi[292], elle peut néanmoins y concourir[293], et ce tout particulièrement lorsque l'objectif global du conflit est de provoquer un changement dans la politique intérieure et extérieure du pays ennemi. La pratique montre que cela est bien le cas.

En dépit de leur caractère juridiquement problématique, voire insoutenable dans certains cas, ces approches mettent en valeur la tendance actuelle à élargir le champ juridique de la définition de l'article 52(2). La pratique étatique joue aujourd'hui un dangereux numéro d'équilibriste entre légalité et illégalité des objectifs déterminés, et risque à tout moment de tomber dans les bras de la seconde.

ii) Où est la distinction? Quelques exemples problématiques

De nombreux exemples permettent de souligner les points les plus épineux en matière de choix d'objectif pour une attaque. Seuls deux, les plus problématiques au niveau du principe de distinction, sont ici envisagés[294].

Le premier concerne les attaques destinées à décapiter le pouvoir en place. Concernant les bâtiments, l'OTAN a dressé une liste de tous les ministères de l'Ex-Yougoslavie comme des

---

[289] SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian Law...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 60.
[290] MONTGOMERY, T., "Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell", *ILS/USNWC*, 2003, vol. 78, p. 190.
[291] Voir SCHMITT, M. N., "Precision Attack...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 451.
[292] SASSOLI, M., *op. cit*., *supra* note 96, p. 192. Voir également SASSOLI, M., CAMERON, L., *op. cit*., *supra* note 90, p. 61.
[293] M. Schmitt écrit justement à ce propos que "since effect-based targeting involves precisely this sort of search for effects tied to both military and political objectives, it subtly suggests an expansive view of the appropriate targets and target sets in a conflict", *in* SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian Law...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 65.
[294] Il est en effet possible de dresser une liste assez longue d'objets considérés comme objectifs militaires mais gardant néanmoins une utilisation civile. Ne seront ici considérés que deux d'entre eux, car le but du présent travail n'est pas de faire un état des lieux exhaustifs. Par ailleurs, les problèmes posés par la plupart de ces objets sont plutôt liés à la question de la proportionnalité qu'à celle de la distinction.

cibles potentielles d'attaques, sans pour autant justifier en quoi chacun d'entre eux contribuait effectivement à l'action militaire ennemie et comment leur destruction pouvait apporter à l'attaquant un avantage militaire décisif[295]. Postuler *in abstracto* que les bâtiments gouvernementaux sont des cibles militaires légitimes est une lecture erronée du droit existant. Si certains peuvent aisément représenter un intérêt militaire pour l'ennemi, comme par exemple le Ministère de la Défence, l'avantage militaire précis retiré par la destruction d'autres, comme par exemple le Ministère de la Justice ou celui de la Santé, laisse sérieusement à désirer[296]. Bien entendu, ces bâtiments n'ayant pas de fonction militaire peuvent néanmoins voir leur statut modifié par la présence au sein de leurs murs de personnes exerçant une fonction militaire. Concernant les personnes, il est urgent de rappeler que ne peuvent être soumis à des attaques que les responsables ayant une fonction militaire[297]. Qui plus est, même lorsqu'il est avéré que certains individus sont légalement attaquables, les précautions doivent être respectées. Lors du récent conflit en Irak, les Etats-Unis et leurs alliés ont lancé une cinquantaine de frappes aériennes dirigées contre les principaux responsables politico-militaires[298]. Le rapport de l'organisation HRW sur le conflit n'aborde pas la question de la légalité des cibles attaquées, étant donné que les personnes visées faisaient partie du haut commandement militaire iraquien. D'un autre côté, et même si la question est plutôt envisagée afin de souligner la disproportion de l'attaque, le rapport pose de sérieuses questions concernant la vérification de la cible[299], exigé par l'obligation de précaution incombant à l'attaquant[300]. A admettre le caractère militaire des personnes visées, la plupart des attaques ont néanmoins été lancées sur la base de renseignements obtenus par surveillance satellite et téléphonique. Cette méthode a pour but d'identifier et de localiser la cible. Elle autorise néanmoins une sérieuse marge d'erreur[301]. L'on ne peut rester que perplexe quand il est déclaré que "*what we have for battle damage assessment right now is essentially a hole in the ground, a site of destruction where we wanted it to be, where we believed high-value targets were. We do not have a hard and fast assessment of what individual or indivuals were on site*"[302]; par conséquent, la question se pose de savoir si la distinction a véritablement été respectée, étant

---

[295] SASSOLI, M. *op. cit*., *supra* note 96, p. 193.
[296] Voir BARTOLINI, G., *op. cit*., *supra* note 90, p. 240.
[297] ROSCINI, M., *op. cit*., *supra* note 21, p. 419.
[298] HRW, *Off Target..., op. cit., supra* note 10, p. 23 (document pdf).
[299] G. Bartolini relève à ce propos que "an overall evaluation of the decision-making process shows that in such cases an adequate ascertainment of the nature of targeted objectives was lacking", in BARTOLINI, G., *op. cit*., *supra* note 90, p. 255.
[300] HRW, *Off Target..., op. cit*, *supra* note 10, pp. 24-27 (document pdf).
[301] *Ibidem*, p. 24 (document pdf).
[302] *Ibid*., p. 38 (document pdf). Nous soulignons.

donné que la vérification même de la cible laisse sérieusement à désirer.

Le second point problématique concernant la définition de l'objectif militaire et le respect du principe de distinction concerne les attaques dirigées contre les medias. Beaucoup de controverses sont nées de l'attaque lancée par l'OTAN contre la station de la Radio Télévision serbe (RTS). Plus récemment, l'on peut relever les attaques dirigées contre une antenne de la télévision Al Jazzera à Kaboul en novembre 2001 ou contre la station Bagdad TV en mars 2003[303]. De telles attaques sont à resituer dans la catégorie C3 (commandement, contrôle et communication)[304]. La position des Etats-Unis a dans une certaine mesure évoluée concernant la justification de ce type d'attaques, ces dernières ayant tout d'abord été rattachées à l'effort de propagande, puis ensuite à leur intégration dans le système de communication militaire[305]. Toutefois, la seule justification générale que les medias sont parties intégrantes du C3 ne suffit pas à déterminer la contribution d'un média à l'action militaire. L'argument selon lequel les medias sont des objectifs militaires car ils se trouvent mentionnés comme tels dans d'autres textes internationaux n'est pas plus valable juridiquement[306]. Un media peut certes constituer un objectif militaire, mais dans l'unique cas où, du fait de sa contribution effective à l'action militaire de l'ennemi, sa destruction offre un avantage militaire précis à l'attaquant. Cette contribution doit être déterminée là encore selon la fonction du media en question. Il ne peut pas devenir un objectif militaire sous le seul prétexte qu'il est un instrument de propagande[307]. La position adoptée par le Comité établi par le TPIY concernant l'attaque de l'OTAN sur la RTS est dans ce sens problématique, lorsqu'il est affirmé que "*if the media is the nerve of a system that keeps a war-monger in power and thus perpetuate the war effort, it*

---

[303] DOUGHERTY, B., QUENIVET, N., *op. cit*., *supra* note 19, p. 190. Voir également ROSCINI, M., *op. cit*., *supra* note 21, p. 424.

[304] Concernant les medias comme part intégrante du C3, voir notamment les remarques de BARTOLINI, G., *op. cit*., *supra* note 90, p. 243 et MANCINI, M. "Air Operations Against the Federal Republic of Yugoslavia", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Laws of Air Warfare: Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 292.

[305] Voir BARTOLINI, G., *op. cit*., *supra* note 90, pp. 244-245, qui identifie cette évolution entre les première et seconde guerres du Golfe.

[306] Par exemple, l'article 8(1)(a) de la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé stipule que "peuvent être placés sous protection spéciale un nombre restreint de refuges destinés à abriter des biens culturels meubles en cas de conflit armé, de centres monumentaux et d'autres biens culturels immeubles de très haute importance, à condition [...] qu'ils se trouvent à une distance suffisante d'un grand centre industriel ou de tout objectif militaire important constituant un point sensible, tel par exemple qu'un aérodrome, une station de radiodiffusion, un établissement travaillant pour la défense nationale, un port ou une gare de chemin de fer d'une certaine importance ou une grande voie de communication" (nous soulignons). Pour autant, cet article ne fait que mentionner le concept, sans toutefois le définir. Son but est de protéger certains biens que doivent se trouver à distance de ce qui pourrait devenir un objectif militaire. Voir les remarques de SASSOLI, M., CAMERON, L., *op. cit*., p. 56.

[307] SASSOLI, M. CAMERON, L., *op. cit*., *supra* note 90, p. 53.

may fall within the defintion of a legitimate military objective"[308]. Il semble au contraire qu'un media ne puisse être considéré comme apportant une contribution *effective* à l'action ennemie que lorsqu'il fait partie intégrante du système de communication militaire[309], et non pas seulement lorsqu'il est supposé encourager la volonté des individus de continuer à accepter l'état de guerre. Par ailleurs, l'impact limité des frappes sur les medias laisse sérieusement douter quant à l'avantage militaire précis qu'il procure à l'attaquant[310].

D'autres types d'objets mériteraient également d'être analysés, comme par exemple les exportations, les voies de communications et les sources en énergie. Eu égard à leur nombre et leur volume du fait d'une approche nécessairement contextualisée, une analyse exhaustive est délicate et relativement peu pertinente pour notre propos. Rappelons simplement que ces objets sont généralement caractérisés par un usage à la fois civil et militaire, ce qui devrait imposer une qualification selon les critères de l'article 52(2) appliqués strictement, afin d'éviter d'une part la possibilité d'une détermination qui reposerait sur un avantage militaire potentiel et non avéré[311], et d'autre part un élargissement abusif du champ de la définition de l'objectif militaire[312]. D'autant plus que ce concept n'est pas le seul à subir des coups de la part de la pratique étatique: la proportionnalité, critère déterminant de la licéité d'une attaque, est également soumise à des interprétations dangereuses.

b) Controverses autour du principe de proportionnalité

Certains éléments de la pratique étatique actuelle tendent à faire de la proportionnalité une

---

[308] TPIY, Rapport du Comité, *op. cit*., *supra* note 8, §55.

[309] ROSCINI, M., *op. cit*., *supra* note 21, pp. 425-426. Selon cet auteur, la définition avancée par les Etats-Unis, dans laquelle l'adjectif "précis" n'apparaît plus, autorise l'attaque d'un media. Ceci explique certaines des mésententes ayant eu cours lors de l'offensive menée au Kosovo, entre Américains et Européens.

[310] ROSCINI, M., *op. cit.,* p. 424. A relever que, étant donné que l'attaque contre la RTS n'a pas conduit à obstruer la radiodiffusion plus de trois heures, de sérieux doutes pèsent sur l'avantage militaire réel tiré de cette destruction. Par ailleurs, l'argument consistant à affirmer que la destruction de la RTS visait à interrompre les possibilités de transmission militaire est peu convaincant, eu égard au nombre important de petites stations pouvant prendre le relai. Concernant ce dernier point, voir SASSOLI, M. CAMERON, L., *op. cit*., *supra* note 90, p. 55.

[311] Concernant la détermination de l'avantage militaire d'un objet à double usage, la Commission permanente d'arbitrage semble avoir adopté une approche moins stricte que celle espérée, estimant que "while not yet fully operational, the power station had successfully supplied some power briefly to Asmara and Mendefera", et par conséquent devait être considéré comme un objectif militaire à part entière. Voir CPA, Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie- Front occidental, réclamations de l'Erythrée, *op. cit*., *supra* note 93, §§111.

[312] Voir à ce propos les remarques de Y. Dinstein, qui révèlent comment le raisonnement peut vite aboutir à un élargissement par étapes de ce qui peut rentrer dans la définition de l'objectif militaire. L'auteur constate en effet que "if strategic arteries of transportations come within the bounds of military objectives (as stated), should the definition not incorporate all the railway rolling stock, the truck fleets which are the backbone of motorway traffic, and the bargs plying the rivers and canals?", *in* DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities..., op. cit., supra* note 25, p. 97.

question, sinon totalement évacuée, du moins largement biaisée, en raison d'une part d'arguments visant à déplacer le fardeau de la responsabilité (*i*), et d'autre part découlant de certaines méthodes qui pourraient faire faussement croire que la guerre est désormais propre (*ii*).

i) La question de la violation par l'ennemi du droit international humanitaire

Les évènements les plus récents mettent en valeur une tendance à excuser les pertes incidentes et dommages collatéraux par l'argument du comportement de l'ennemi. Etant donné que la notion d'objectif militaire couvre des objets de plus en plus mixtes, les civils se trouvant par conséquence sous une menace plus marquée, cette approche contient en elle-même le potentiel pour faire du droit applicable une pincée de poudre aux yeux. Devrions-nous remercier l'OTAN pour avoir respecté le droit international même lorsque l'adversaire violait délibérément les dispositions du Protocole additionnel I en installant du matériel militaire à l'intérieur ou à proximité de sites peuplés ou protégés[313]? La lecture de l'article 51 du Protocole impose de répondre par la négative. Ce dernier stipule en effet que:

> "7. 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.
> 8. Aucune violation de ces interdictions ne dispense les Parties au conflit de leurs obligations juridiques à l'égard de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution prévues par l'article 57".

En dépit de cette disposition, la pratique étatique semble déplacer le fardeau d'une responsabilité partagée sur les seules épaules de l'adversaire. La position américaine est, dirons-nous, la plus explicite à ce sujet. A propos de l'attaque contre le bunker d'Al-Amariyah durant la guerre du Golfe, les pertes incidentes et dommages collatéraux ont été justifiés de la manière suivante:

> *"Another reason for collateral damage to civilian objects and injury to civilians during Operation Desert Storm lay in the policy of the Government of Iraq, which purposely*

---

[313] Concernant ce point, le Lieutenant-Général Tricarino, conseiller militaire au centre des opérations aériennes combinées lors de l'opération *Allied Force*, a en effet déclaré que "NATO should not be blamed for how Operation Allied Force was planned and directed. The Alliance respected international law even when counterpart was clearly not following the Additional Protocol provisions by locating military objectives within or near densely populated areas or historical and religious sites", in TRICARINO, L., "Identification of Targets and Precautions in Attacks in Air Warfare: Operation Allied Force as a Case Study", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare : Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décembre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, p.44.

> *used both Iraqi and Kuwaiti civilian populations and civilian objects as shields for military objects. [...] The most tragic result of this intentional commingling of military objects with the civilian population occurred in the 13 February attack on the Al-Firdus bunker (also referred to as the Al-Amariyah bunker) in Baghdad. [...] It has been converted to a military C2 bunker in the middle of a populated area. [...] Iraqi authorities permitted selected civilians [...] to enter the Al-Amariyah bunker at night. [...] Coalition authorities were unaware of the presence of these civilians in the bunker complex. The 13 February attack of the Al-Amariyah bunker - a legitimate military target - resulted in the unfortunate deaths of those Iraqi civilians"*[314].

La même logique se retrouve dans la position avancée par un commandant de bataillon engagé dans le combat à Nasiriyah lors de la récente guerre menée contre l'Irak, pour qui "*responsibility for any civilian deaths* [*was placed*] *on the Iraqis soldiers who drew the marines into the populated areas*"[315]. Pourtant, l'argument affirmant que "*we must not allow belligerents to benefit from deliberate violations of LOAC* [*law of armed conflict*]"[316] semble reposer sur l'idée dangereusement erronée que le droit international humanitaire est basé sur la réciprocité. Si le fait d'utiliser des objets civils pour protéger des objectifs militaires peut faire perdre le statut de civils aux premiers, car ils contribueraient par leur utilisation à l'action militaire ennemie, la question est plus délicate à résoudre lorsqu'il s'agit de boucliers humains. Trois positions sont identifiables dans la doctrine[317]. Les deux premières, ayant un point de vue radicalement opposé, consistent à affirmer que les boucliers humains doivent, ou ne doivent pas, être compris dans le calcul de la proportionnalité. La troisième position est elle plus nuancée. Elle différencie les boucliers humains volontaires de ceux involontaires, ceux-ci devant être intégrés dans la détermination de l'excessivité d'une attaque alors que les premiers perdent leur immunité par ce qui est considéré comme une participation directe aux hostilités[318]. La seule exception concerne les enfants[319]. Cette approche différenciée est plus que séduisante sur le plan théorique. Néanmoins, et tout particulièrement dans le cadre des bombardements aériens, son application concrète pose de sérieuses difficultés. Sur quelle base doit être établie la détermination du volontariat? Comment s'assurer que les personnes se situant à des milliers de pieds de celui qui va lancer l'attaque sont volontairement là pour protéger un objectif militaire? Ces difficultés pratiques nous amènent à penser que dans le

---

[314] US DoD, *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War - Appendix on the Role of the Law of War*, 10 April 1992, pp. 10 et 12 (document pdf).
[315] Cité par HURKA, T., *op. cit*., *supra* note 168, p. 48.
[316] DUNLAP, C., *op. cit*., *supra* note 283, p. 119.
[317] Pour une présentation des écoles doctrinales concernant la question des boucliers humains, voir notamment SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit*., *supra* note 12, pp. 298-301 et SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian Law...", *op. cit*., *supra* note 29, pp. 89-97.
[318] SANDOZ, Y., *op. cit*., *supra* note 164, p. 276. La participation directe aux hostilités est une question largement débattue et encore non entièrement résolue.
[319] SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian law...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 96.

cadre d'une attaque aérienne, il devrait y avoir une présomption que les personnes se trouvant à proximité d'un objectif militaire en raison d'une attitude délibérée du pouvoir militaire ennemi le sont de manière involontaire, à moins que le volontariat ne soit avéré, sur la base d'informations fiables et multiples, et non pas supposé[320]. Les personnes civiles ne doivent pas payer le prix de l'attitude illégale de leur Etat, alors que c'est ce vers quoi tend l'approche développée par certains stratèges américains. Si effectivement le risque encouru par la population civile ne peut être un risque zéro, ces incertitudes ne doivent pas contribuer à placer le fardeau de la responsabilité sur les civils seulement. La non réciprocité permet au droit international humanitaire d'assurer sa mission première qu'est la protection des personnes ne participant pas ou plus aux hostilités[321]. Il faut ainsi résister aux tentatives qui veulent faire du droit le moyen d'assurer un combat équitable[322], même si le principe implicite de l'avantage mutuel concourt à un meilleur respect du droit, et plaider concernant le devoir de précaution pour une double responsabilité, de l'Etat attaquant et de l'Etat attaqué.

ii) Une guerre désormais excessivement sûre...

Outre ces atteintes liées à la question des boucliers humains, le principe de proportionnalité subit également une altération en raison de la recherche croissante et parfois excessive d'accorder une sécurité maximale à ses troupes, dans laquelle l'aviation joue un rôle prépondérant. Durant l'offensive au Kosovo, l'OTAN a effectué 38 000 sorties aériennes et n'a eu à déplorer aucune perte[323]. Les Etats engagés dans des opérations militaires de par le monde sont de moins en moins enclins à accepter des dommages humains dans leurs rangs, notamment en raison d'une pression publique intérieure. C'est ainsi que "[*the*] *political reluctance to suffer military casualties has led to a different style of war-fighting*"[324], dans lequel les vols à haute et très haute altitude sont privilégiés. Ce nouveau style ne pose pas de problème tant qu'il ne se fait pas au détriment de la protection de la population civile. Or,

---

[320] E. Cannizzaro a relevé que le raisonnement de certains Etats pouvait aboutir à estimer que les civils n'agissant pas clairement pour se dissocier des cibles légitimes pouvaient être assimilés à des boucliers humains volontaires. Voir CANNIZZARO, E., *op. cit*., *supra* note 164, p. 289.
[321] M. Schmitt écrit à ce propos que "an approach which refuses to release one side from its full obligations under humanitarian law when the other violates it is consistent with the underlying purpose of that body of law", *in* SCHMITT, M. N., "Targeting and Humanitarian Law...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 93.
[322] SCHMITT, M. N., "The Principle of Discrimination...", *op. cit*., *supra* note 30, p. 169.
[323] SHORT, M., "Opeartion Allied Force From the Perspective of the NATO Air Commander", in WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign,* International Law Studies, U. S. Naval War College, Newport (Rhode Island), vol. 78, p. 19.
[324] JAWORSKI, E., *op. cit*., *supra* note 27, p. 202.

selon certains, cette méthode a pour conséquence d'éroder le principe de proportionnalité[325], et facilite moralement son non-respect car "*the further from the target an attack is launched, the less the attacker is aware of the human cost involved because he does not see the effect of the attack*"[326]. Le recours aux vols à haute altitude durant la campagne aérienne menée par l'OTAN au Kosovo a suscité de nombreuses critiques, alors même que le phénomène n'était pas vraiment nouveau[327]. Selon l'avis de M. N. Schmitt, que nous partageons, plutôt que de débattre sur la légalité ou non d'une telle méthode, la véritable question est celle de savoir s'il est permissible de prendre en compte la sécurité de ses propres forces. Selon lui, cette prise en compte doit s'effectuer dans la préparation d'une attaque[328]. Le Comité du TPIY pour la campagne aérienne de l'OTAN a quant à lui estimé que la question de sa propre sécurité était l'un des facteurs à prendre en compte dans la proportionnalité[329]. Il semble en effet difficilement contestable que cette dernière ne puisse pas rentrer dans la détermination de l'avantage militaire[330]. La pratique étatique va logiquement dans ce sens, et se trouve supportée par une partie de la doctrine[331]. Pour autant, la sécurité des militaires n'est qu'*un* des facteurs à prendre en compte, qui ne peut à lui seul faire pencher la balance au détriment de la sécurité de la population civile ennemie[332]. L'excessivité ne cède ainsi pas à la sécurité. Une autre question néanmoins plus difficile à résoudre concerne le degré de risque que les attaquants doivent accepter de prendre afin de diminuer les pertes incidentes et dommages collatéraux pouvant être causés par une attaque[333]. L'exigence de précaution apporte des éléments de réponse, en établissant notamment 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

---

[325] ROSCINI, M., *op. cit*., *supra* note 21, p. 416.
[326] ROGERS, A. V. P., *op. cit*., *supra* note 21, p3 (document html).
[327] Durant la première guerre du Golfe, les vols étaient effectués à plus de 30000 pieds d'altitude (ce qui représente un peu plus de 9000 mètres). Voir ROSCINI, M. *op. cit*., *supra* note 21, p. 415.
[328] SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit*., *supra* note 12, p. 296. Selon cet auteur, la question de la sécurité des troupes doit s'analyser à travers l'obligation de précaution et non de proportion.
[329] TPIY, Rapport du Comité, *op. cit*., *supra* note 8, §21.
[330] Selon W. J. Fenrick, les pertes militaires ne font pas parties de l'équation. Voir FENRICK, W. J.,"Attacking the Enemy...", *op. cit*., *supra* note 37, p. 549. Néanmoins, comment soutenir qu'une attaque risquant la vie de 10 hommes ne procure pas moins d'avantage militaire attendu qu'une offensive où aucune vie militaire n'est risquée?
[331] Voir: COHEN, A., *op. cit*., *supra* note 11, p. 12; SANDOZ, Y., *op. cit*., *supra* note 164, p. 277; SCHMITT, M. N., "Precision...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 462.
[332] Y. Sandoz écrit à ce propos que ne doit pas être donnée à la sécurité des troupes une priorité absolue. Voir SANDOZ, Y., *op. cit*., p. 277.
[333] Voir à ce propos les remarques de GARDAM, J., "Proportionality as a Restraint...", *op. cit*., *supra* note 40, p. 171 et de JAWORSKI, E., *op. cit*., *supra* note 27, p. 202.

dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment"[334].

Le degré de risque que doit prendre un commandant est dès lors lié à cette exigence. Ce n'est donc que par la précaution que peut être en partie résolue la question de la légalité des vols à haute altitude. Sans être illégale en soi, notamment en raison de la souplesse des articles 51(5)(b) et 57(2)(a)(iii), cette méthode est ainsi régulée par les dispositions de l'article 57(2)(a)(ii).

Parallèlement à cette baisse indéniable des pertes militaires, l'on constate une certaine disparition virtuelle des pertes incidentes et dommages collatéraux, dans le sens où ces dernières ont tendance à ne plus être justifiées, laissant le pas à un argument mettant l'accent sur les erreurs techniques ou humaines. A propos de l'attaque lancée contre le pont de Grdelica Gorge en avril 1999 par l'OTAN, qui a eu pour résultat de toucher, par deux fois, un train transportant des civils, le Général W. Clarke tient les propos suivants:

> *"He [the pilot] launched his missile from his aircraft that was many miles away, he was not able to put his eyes on the bridge, it was a remotely directed attack. [...] Unfortunately he couldn't dump the bomb at that point, it was locked, it was going into the target and it was an unfortunate incident which he, and the crew, and all of us very much regret. We certainly don't want to do collateral damage. The pilot in the aircraft is looking at about a 5-inch screen, he is seeing about this much and in here you can see this is the railroad bridge which is a much better view than he actually had, you can see the tracks running this way. Look very intently at the aim point, concentrate right there and you can see how, if you were focused right on your job as a pilot, suddenly that train appeared. It was really unfortunate. Here, he came back around to try to strike a different point on the bridge because he was trying to do a job to take the bridge down. Look at this aim point - you can see smoke and other obscuration there - he couldn't tell what this was exactly"[335].*

Le Lieutenant-Général Short déclare quant à lui, à propos du bombardement lancé contre un pont près de la ville de Nis, que:

> *"The first aircraft hit the right stanchion and the second aircraft hit the left stanchion. Predictably, the bridge dropped in the river. That is what I had told the pilots to do. Unfortunately, on or near the bridge were about twenty Serb civilians. It was market day. It was Saturday. The young pilots could do nothing about that"[336].*

Même si l'invocation de l'erreur est une reconnaissance implicte du principe, il ressort clairement de ces déclarations que l'analyse de la proportionnalité est évacuée au profit d'un argument reposant quasi exclusivement sur l'erreur, qu'elle soit humaine ou technique[337]. Là encore, la disproportion est mise en parenthèse, l'argumentaire se concentrant sur la nature de

---

[334] Article 57(2)(a)(ii) du Protocole additionnel I (nous soulignons).
[335] TPIY, Rapport du Comité, *op. cit*., *supra* note 8, §59.
[336] SHORT, M., *op. cit*., *supra* note 323, p. 22.
[337] Voir les remarques de LIPPMAN, M. *op. cit*., *supra* note 1, p. 67.

la cible visée[338], et sur les précautions prises dans la réalisation de l'attaque.

La flexibilité des normes gouvernant la conduite des hostilités, soulignée au début de l'analyse, fait de l'interprétation de ces règles le point central de leur application pratique. Cet effort d'interprétation passant nécessairement par des points de vue différents, les pratiques jurisprudentielles et étatiques ont été ici envisagées. De ces pratiques peut être tiré le constat suivant: si la jurisprudence internationale fournit des éléments de réponse non négligeables, elle n'établit pas pour autant de cadre global à même de prévenir certaines pratiques étatiques problématiques. Néanmoins, les organes judiciaires ne constituent pas le seul biais pour préciser les normes de droit international humanitaire, et ceci est bien heureux.

Eu égard aux problèmes précédemment identifiés, il convient désormais de s'arrêter plus en profondeur sur la flexibilité des normes du droit de la Haye qui, si elle n'empêche pas des visions excessives libérales de la règle applicable, ne les cautionne pas non plus. Cette souplesse normative a d'une part le mérite de permettre au droit de prendre en compte, sans avoir à être modifié, les évolutions pratiques et techniques de la guerre, et d'autre part demande une certaine créativité pour améliorer son effectivité. La malléabilité de cette branche du droit est donc à la fois la source et la solution de ses problèmes d'application, reposant sur un système équilibré qui interdit néanmoins toute vision idéalisée du droit dans la guerre.

[338] Au sujet des remarques de W. Clarke, E. David estime que "the justification is illuminating: it is sufficient to concentrate on the target aimed at to escape any kind of responsibility", in DAVID, E., *op. cit*., *supra* note 22, p. 102.

III. Entre idéalisme et pessismisme: le futur du droit du bombardement

Le bombardement aérien est l'un des domaines où les avancées technologiques sont les plus flagrantes. Il s'agit dès lors de déterminer quels sont les effets légaux engendrés par l'amélioration technique (**A**) afin de cerner au mieux les possibilités naissantes d'amélioration du droit. Pour autant, la seule capacité technologique n'est pas la solution toute faite aux problèmes découlant des frappes aériennes, ce qui impose une réflexion quant aux moyens pouvant permettre d'assurer un meilleur respect des principes de distinction et de proportionnalité (**B**).

A- L'impact de la technologie sur les normes de droit des conflits

Le développement croissant des technologies de guerre influence de manière plus ou moins prononcée l'application des normes du droit des conflits armés. La relation entre la précision de l'arme utilisée et l'exactitude d'une frappe aérienne n'étant pas linéaire, l'on peut constater des effets à la fois positifs et négatifs de la possession technologique sur la protection de la population et des biens civils (***a***). Le fait de détenir une supériorité technique impose également de se demander quelles en sont ses conséquences légales (***b***).

a) Des mythes à la réalité

L'on aurait pu *a priori* croire que l'amélioration de la précision des armes faciliterait un respect effectif et constant des normes de La Haye. La réalité est plus complexe. En effet, si certains développements offrent aux Etats un meilleur potentiel de respect du droit (*i*), des nuances aux bienfaits de la technologie doivent être avancées (*ii*).

i) Précision et développement des armes

Pendant longtemps, le problème majeur posé par le bombardement aérien reposait sur le fait de savoir si dans la guerre air-terre, une distinction était réellement possible[339]. Les questions ne sont plus les mêmes aujourd'hui, car "le progrès technique apporte aujourd'hui à l'aviation la précision qui lui a toujours fait défaut"[340], renforçant le rôle de l'arme aérienne[341]. Les conflits les plus récents, de l'opération Tempête du Désert en Iraq en 1991 à la campagne menée en Afghanistan, en passant bien entendu par l'Opération *Allied Force* au Kosovo, sont

[339] DE SAUSSURE, H., *op. cit*., *supra* note 18, p. 532.
[340] WECKEL, P., *op. cit*., *supra* note 2, p. 131.
[341] LEWIS. M. W., *op. cit*., *supra* note 72, p. 486.

les témoins d'un recours croissant aux technologies de précision durant les campagnes de frappes aériennes[342]. De nombreux pays possèdent ces nouvelles technologies visant à accroître la précision des frappes aériennes[343]. Ne seront spécifiquement envisagées ici que les "*precise-guided munitions*" (PGM) détenues par les Etats-Unis et définies comme "[*a*] *weapon that uses a seeker to detect electromagnetic energy reflected from a target or reference point, and through processing, provides guidance commands to a control system that guides the weapon to the target*"[344].

Différents types d'armes rentrent dans la catégorie[345]. Les Etats-Unis possèdent en effet des bombes guidées par laser (*laser-guided bombs*, ou LGB), qui sont les plus abordables, mais dont le désavantage est de dépendre d'une source de lumière et d'imposer au pilote de désigner la cible, ce qui l'oblige à rester dans la zone de cette dernière[346]. Les munitions peuvent également être dirigées par GPS (*Global Positioning System*), comme par exemple la JDAM (*Joint Direct Attack Munition*) et la JSOW (*Joint Stand Off Weapon*). La première est généralement présentée comme l'arme aujourd'hui la plus prometteuse, notamment parce qu'elle n'exige pas d'identification visuelle[347]. La seconde, reposant à la fois sur un système de navigation par GPS et par guidage inertiel, est plus précise mais néanmoins plus coûteuse[348]. Suite à ces développements, il est aujourd'hui estimé qu'une PGM touchera sa cible dans un rayon compris entre 4 et 15 pieds[349]. Parallèlement au développement des munitions *stricto sensu*, d'autres avancées améliorent le processus de reconnaissance et d'identification. Il existe ainsi des systèmes de détection souterraine et urbaine[350], et des instruments, tels le *RQ-1 Predator*, le *Hellfire Missile* ou le *Global Hawk*, plus connus aujourd'hui sous l'appellation générale de drone, qui facilitent largement le processus de reconnaissance[351].

---

[342] Concernant la première guerre du Golfe, 6,7% des 219 498 bombes qui ont été lâchées dans le cadre de l'opération Tempête du Désert étaient des munitions guidées. Ce taux passe à 29% pour les frappes effectuées par les forces aériennes américaines lors de la campagne *Allied Force*. Voir BELT, *op. cit*., *supra* note 29, pp. 126-136. M. Lippman estime quant à lui que la guerre menée contre les Talibans en Afghanistan a été un assault technologique sans précédent. Voir LIPPMAN, M. *op. cit*., *supra* note 1, p. 56.

[343] W. Belt en dénombre plus de 34, parmi lesquels l'Afrique du Sud, la Chine, La France, Israël ou encore la Russie Voir BELT, W., *op. cit*., p. 125.

[344] US DoD, *Dictionary of Military Terms*, *op. cit*., *supra* note 262, p. 427.

[345] Cette présentation est bien entendue sommaire et est destinée à dresser grossièrement un tableau des améliorations en matière d'armement. Pour une présentation plus complète et précise, voir notamment les articles de: BELT, W., *op. cit*., *supra* note 29, pp. 119-126; SCHMITT, M. N., "Precison Attack...", *op. cit*., *supra* note 29, pp. 446-454; SCHMITT, M. N., "War, Technology...", *op. cit*., *supra* note 29, pp. 142-149.

[346] BELT, W., *op. cit*., p. 120.

[347] TRICARINO, L, *op. cit*., *supra* note 313, p. 42.

[348] BELT, W., *op. cit*., , *supra* note 29, p. 123.

[349] TRICARINO, L, *op. cit*., *supra* note 313, p. 42.

[350] SCHMITT, M. N., "War, Technology...", *op. cit*., *supra* note 29, p.144.

[351] SCHMITT, M. N., "Precision Attack...", *op. cit*., *supra* note 29, pp. 447-448. Concernant les moyens de reconnaissance, voir également BARTOLINI, G., *op. cit.*, *supra* note 90, p. 269.

Il ressort de ce très bref aperçu que les améliorations concernent à la fois la précision des armes, leur système de direction et les instruments de reconnaissance et d'identification. Le développement technologique est une question très délicate à aborder pour un non-spécialiste, le manque de connaissance technique ne lui permettant pas vraiment de prendre du recul par rapport aux affirmations des plus spécialisés[352]. Notons simplement que la précision accrue de la force de frappe devrait théoriquement conduire à un meilleur respect des principes de distinction et de proportionnalité. Pourtant, la réalité est un tantinet plus complexe que cela.

ii) Un impact positif largement relatif

La relativité de l'impact positif des améliorations techniques est liée au fait que la précision ne détermine pas à elle seule l'exactitude de l'attaque. Il n'y a donc pas de lien causal entre précision de l'arme et exactitude de la frappe, la première étant l'un des facteurs concourant à la seconde[353]. Pour preuve, les armes qui ont touché par deux fois l'un des bureaux du CICR à Kaboul étaient des armes intelligentes[354]. Les armes de précision ne sont donc pas une solution toute faite aux problèmes de distinction des cibles, pas plus qu'elles ne permettent d'éviter les pertes incidentes et les dommages collatéraux.

Le rôle de l'intelligence est dans le cas présent primordial. De nombreux auteurs relèvent que la plupart des erreurs concernant la distinction sont dues à un renseignement défectueux. La précision grandissante des armes voit ainsi son effet largement relativisé par un renseignement peu fiable, en particulier lorsqu'il privilégie le recours aux sources locales, lesquelles sont parfois engagées dans un processus de véritable vendetta. Certaines des récentes attaques en sont malheureusement la preuve[355]. La combinaison bombardement aérien et faible renseignement conduit M. Lippman à estimer que "*reliance on high-altitude aerial bombardment [...] resulted in the utilization of means and methods of combat which, when combined with faulty intelligence, created an enhanced risk of the accidental and*

---

[352] Par exemple, M. N. Schmitt nuance les vues critiques sur les vols à haute altitude, estimant que la précison ds armes guidées est positivement influencée par l'altitude, alors que dans le cas où ce sont des armes non guidées qui sont lâchées, l'influence est négative. Voir SCHMITT, M. N., "Precision Attack...", *op. cit*., *supra* note 29, pp. 449-450.

[353] En effet, "precision must be distinguished from accuracy. Accuracy is the ability of a weapon to strike a specified location, known as the aimpoint. Precision, by contrast, involves identifying targets in a timely fashion and striking them accurately", in SCHMITT, M. N., "War, Technology...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 146. Voir également SCHMITT, M. N., "Precision Attack...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 446. Le terme anglais "precision" est ici traduit en français par exactitude, et le mot "accuracy" par précision.

[354] Voir ROBERTS, A., "Air Power, Accuracy...", *op. cit*., *supra* note 34, p. 141.

[355] Voir PONTI, C. *op. cit*., *supra* note 9, p. 311.

incidental civilian injury and losses"[356]. Par ailleurs, les armes de précision n'ont pas la même influence selon si l'on a à faire à des cibles pré-identifiées ou des cibles immédiates[357]; elles n'ont que peu d'effet sur les cibles mobiles[358].

Outre une pratique qui montre que "*the principle of proportionality has been disregarded under the false pretext that so-called 'smart' weapons are able to avoid incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects*"[359], le recours à des armes intelligentes a également pour effet d'influencer l'application du droit existant. C'est ce qui ressort notamment de considérations liées au bombardement en tapis. Ce dernier est explicitement prohibé par l'article 51(5)(a) du Protocole I, qui qualifie de bombardement massif les attaques qui "traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil". L'interdiction n'est donc pas absolue et est directement influencée par la possession technologique. Cette dernière a pour effet de réduire le champ d'application potentiel de la prohibition de l'article 51(5)(a). Prenons par exemple une zone urbaine donnée regroupant trois objectifs militaires. Il y a cinquante ans, ces objectifs ne pouvaient être attaqués de l'air étant donné que cela aurait conduit à un bombardement indiscriminé. Or, il est aujourd'hui techniquement possible d'effectuer une frappe aérienne distincte contre chaque objectif militaire. La possession technologique, ayant pour effet de rendre plus de cibles distinctes les unes des autres[360], concoure donc à la multiplication hypothétique des cibles pouvant être attaquées de l'air, et donc, sans augmenter nécessairement son importance, rend le calcul de la proportionnalité plus fréquent à effectuer[361]. Parallèlement, et peut être paradoxalement, la possession d'armes intelligentes a également pour conséquence de rendre potentiellement plus fréquente la qualification de bombardement de zone, plausible à partir du moment où un belligérant frappe en une fois des cibles qu'il ne considère pas comme nettement espacés mais que sa capacité de frappe aurait pu permettre de considérer comme clairement distinctes.

---

[356] LIPPMAN, M., *op. cit*., , *supra* note 1, p. 64.
[357] SCHMITT, M. N., "Precision Attack...", *op. cit*. *supra* note 29, 450.
[358] ROBERTS, A., "The Laws of War...", *op. cit*., *supra* note 33, p. 415.
[359] AMER, S., *op. cit*., *supra* note 15, p. 24.
[360] MARAUHN, T., KIRCHNER, S., "Target Area Bombing", in RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Laws of Air Warfare: Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, p. 96. Voir également les propos de M. Schmitt, selon qui "imprecision ironically protected civilians, for many attacks, especially in urban areas, could not be mounted due to the potential for unacceptable impact on the civilian population", *in* SCHMITT, M. N., "War, Technology...", *op. cit., supra* note 29, p. 161. Les civils bénéficient néanmoins de la protection du principe de proportionnalité.
[361] SCHMITT, M. N., "The Principle of Discrimination...", *op. cit*., *supra* note 30, p. 162.

Le développement technologique a ainsi une influence sur l'application du droit par les Etats belligérants. Il s'agit néanmoins de déterminer si cette influence factuelle peut être traduite en obligations légales.

b) Les conséquences légales de la possession technologique

Si le débat concernant l'obligation d'utiliser les armes de précision que l'on possède n'est pas encore résolu, le fait de les posséder n'est pas sans conséquence légale (*i*). Ces dernières peuvent par ailleurs être un élément facilitant la pénalisation pour attaque illégale (*ii*).

i) Le droit impose-t-il d'utiliser les armes précises que l'on possède?

S'il semble difficilement contestable qu'il "est du devoir des Parties au conflit de se doter des moyens accessibles qui leur [permettent] de respecter les règles du Protocole I"[362], une telle affirmation est bien plus délicate à soutenir lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence non pas d'un devoir, mais d'une obligation légale. Selon W. Belt, il existerait une coutume naissante obligeant les Etats qui les possèdent à utiliser des armes intelligentes pour toute frappe visant un objectif se situant dans une zone urbaine[363]. En dépit d'un argumentaire solide, cette théorie a été critiquée par de nombreux auteurs[364]. Parmi eux, Y. Dinstein estime qu'un tel raisonnement instaure une discrimination inacceptable entre les belligérants[365]. Le principe de l'égalité des Etats interdit effectivement tout relativisme normatif, argument qui supporte par ailleurs la position américaine selon laquelle la suprématie technologique ne saurait se traduire en responsabilité légale[366].

Pour autant, s'il n'est pas possible d'établir *de jure* une obligation légale, la possession technologique n'est pas sans conséquence légale[367]. Une disposition du Protocole I permet de soutenir un tel point de vue. L'article 57(2)(a)(ii) impose en effet de faire tout ce qui est *pratiquement possible* pour réduire au minimum les pertes incidentes et dommages collatéraux lorsque l'on lance une attaque. Dès lors, sans consacrer un relativisme normatif, le Protocole admet un relativisme factuel à travers le principe du plus petit dommage incicdent possible[368]. C'est à partir de ce constat qu'il est possible de soutenir une position qui se

---

[362] SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels...*, *op. cit.*, *supra* note 38, §1871, p. 610.
[363] BELT, W., *op. cit.*, *supra* note 29, pp. 115-175.
[364] Voir par exemple DINSTEIN, Y., "Collateral Damage...", *op. cit.*, *supra* note 129, p. 221.
[365] *Ibid*.
[366] Voir DOUGHERTY, B., QUENIVET, N., *op. cit.*, *supra* note 19, p. 190.
[367] SANDOZ, Y., *op. cit.*, *supra* note 164, p. 278.
[368] JAWORSKI, E., *op. cit.*, *supra* note 27, p. 201.

situerait entre les deux approches précédemment identifiées, où l'obligation d'utiliser les armes intelligentes serait contrebalancée par la prise en compte de la nécessité militaire[369]. Certes, cela conduit à redonner de l'importance à la subjectivité de l'attaquant, étant donné que dans ce schéma, c'est lui qui est amené à déterminer si la nécessité militaire lui interdit ou non d'user d'armes de précision. Néanmoins, cette position est la seule qui permette d'éviter une vision juridiquement discriminatoire, tout en admettant une discrimination factuelle qui dépendra des circonstances prévalant au moment de l'attaque. Par ailleurs, le fait de posséder un certain type d'arme, et de ne pas l'utiliser, peut également aider à déterminer une violation délibérée du droit international humanitaire.

ii) Attaque et disponibilité des armes, pénalisation et intention

Comme cela a été souligné, les poursuites pénales pour violation du principe de proportionnalité sont délicates, en raison d'une intention difficile à établir. Le fait de posséder des armes de précision, et de ne pas les avoir utilisées dans une attaque qui aura causé des pertes incidentes et des dommages collatéraux excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu, pourrait faciliter l'établissement de l'intention de lancer une attaque disproportionnée. En effet, il sera beaucoup plus difficile pour l'Etat concerné de nier cette intention[370]. C'est à travers le *mens rea* d'un auteur que le devoir moral d'utiliser des armes précises pourrait être transformé en obligation positive. Bien entendu, la détermination se fera au cas par cas, et les juges devront considérer l'ensemble des facteurs ayant conduit aux circonstances prévalant au moment de l'attaque, dont la possession des armes, précises ou non, fait partie intégrante.

B- Un besoin urgent de réaffirmation et de précision du droit

Différents problèmes juridiques naissent du recours accru à la technique du bombardement aérien. Ces problèmes touchent tant aux questions juridiques spécifiques liées aux concpets d'objectif militaire et de proportionnalité qu'à des questions plus générales (***a***). Il est donc nécessaire, pour clôturer le présent travail, de réfléchir sur le futur du droit du bombardement (***b***).

a) Les principaux problèmes du bombardement aérien

Le cours de l'analyse qui précède a permis de souligner certains aspects problématiques des

---

369 MARAUHN, T., KIRCHNER, S., *op. cit*., *supra* note 360, p. 101.
370 ROBERTS, A., "Laws of War...", *op. cit*., *supra* note 33, p. 416.

notions d'objectif militaire et de proportionnalité envisagées dans le cadre du bombardement aérien (*i*). Par ailleurs, des problèmes plus généraux se posent également (*ii*).

i) Problèmes spécifiques précédemment identifiés

Concernant la définition de l'objectif militaire, il est nécessaire de brièvement reprendre les principaux points problématiques d'ores et déjà identifiés:

1) la définition de l'objectif militaire telle que formulée dans l'article 52(2) du Protocole additionnnel I, règle conventionnelle et coutumière applicable dans tous les types de conflit armé, est une définition générique, permettant une interprétation large, mais néanmoins tempérée par les deux conditions cumulatives à remplir; cette définition est généralement vue par les militaires comme un obstacle aux attaques dirigées contre des objectifs dits stratégiques. Il faut néanmoins garder à l'esprit que les notions d'objectif tactique et d'objectif stratégique sont des concepts militaires et non juridiques, la définition de l'article 52(2) pouvant très bien recouvrir les deux;

2) l'on peut constater un élargissement de l'acceptation de la notion d'objectif militaire lorsque l'accent est mis sur le côté stratégique de l'objet en question. Si la théorie de la "*war-sustaining*" en est le reflet aujourd'hui dominant, l'expression extrême de cela consiste à légitimer les attaques contre le moral de la population civile;

3) l'aviation de guerre a constitué l'instrument clé des pays occidentaux lorsque ces derniers ont été amenés à répondre militairement à trois crises humanitaires[371]. En vue de la préparation des offensives aériennes, des listes de cibles potentielles ont été préétablies, processus qui tend à confondre les objectifs militaires *stricto sensu* avec les objectifs politiques généraux du conflit;

4) l'on constate dans ces conflits une tendance générale à s'appuyer exclusivement sur l'aviation sans risquer une confirmation terrestre des cibles visées[372];

5) certains objets considérés comme objectifs militaires posent de sérieuses questions quant au respect effectif du *verbatim* de l'article 52(2) du Protocole. Parmi eux, rappelons simplement la question des attaques sur les medias;

6) enfin, il est à noter que la doctrine a relevé la tendance à lier la définition de l'objectif militaire à l'intensité et au but du conflit en général[373], ce qui illustre la difficulté de

---

[371] ROBERTS, A., "The Laws of War...", *op. cit*., p. 413.
[372] JAWORSKI, E., *op. cit*., *supra* note 27, p. 202.
[373] Voir notamment BOTHE, M., *op. cit*., *supra* note 17, p. 181; SASSOLI, M., "Targeting...", *op. cit*., *supra* note 96, pp. 199-200. Par exemple, M. Schmitt estime que l'ampleur et le but du conflit s'avère être pertinent

totalement séparer le *jus in bello* du *jus ad bellum*.

Concernant la question de la proportionnalité, relevons notamment que:
1) la question la plus problématique concerne la détermination de l'excessivité, pour laquelle deux points de vue *a priori* opposés ont été présentés, à savoir l'approche holistique et la théorie de l'effet cumulatif du Juge A. Cassese;
2) même s'il faut veiller à ne pas limiter l'interprétation des normes du droit international humanitaire aux questions de procédures pénales, la criminalisation pour non respect de la proportionnalité dans une attaque impose de s'écarter de la lettre des articles 51(5)(b) et 57(2)(a)(iii), en exigeant sinon une preuve de résultat, du moins une intention délibérée;
3) il a été notamment avancé que la détermination de la proportionnalité devait prendre en compte non seulement l'attitude de l'ennemi, mais également l'intensité du conflit[374];
4) l'on constate enfin une tendance des acteurs d'un conflit d'excuser sinon la disproportion, du moins les pertes incidentes et dommages collatéraux, par l'argument de l'erreur matérielle ou humaine.

ii) Problèmes plus généraux

Envisager les questions de distinction et de proportionnalité, profondément liées l'une à l'autre, dans le cadre du bombardement aérien, appelle plusieurs remarques générales:
1) l'on a pu constater au cours des interventions armées des quatre derniers conflits un recours accru à l'arme aérienne et un retour des interrogations concernant la liaison dangereuse du *jus ad bellum* et du *jus in bello*;
2) il existe un réel fossé entre un respect déclaré et une pratique contraire aux règles de droit, accentué par le fait que de moins en moins de cibles sont planifiées à l'avance, en raison notamment d'une fragmentation et d'une spécialisation accrue des campagnes aériennes[375];
3) la judiciarisation des attaques par bombardement aérien s'avère être très délicate;
4) les Etats sont peu enclins à collaborer afin de justifier leurs prises de décisions militaires;
5) lors des récents conflits, les forces militaires des coalitions ont été amenées à collaborer avec des forces locales[376], ces dernières constituant l'une des premières sources d'informations sur lesquelles est basé le processus de détermination des cibles à attaquer;

---

dans la détermination de la légalité d'une attaque contre les lignes de communication. Voir SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit*., *supra* note 12, p. 284.
[374] COHEN, A., *op. cit*., *supra* note 11, p. 26.
[375] WALKER, J. K., *op. cit*., *supra* note 23, p. 123.
[376] COLOMBO, A., *op. cit*., *supra* note 14, p. 82.

6) le fait de recourir à des techniques permettant d'assurer une meilleure immunité aux soldats n'est pas considéré par les Etats comme une violation, ni de la proportionnalité, ni du devoir de précaution;
7) la question d'une obligation spécifique de précaution pour les attaques aériennes a été clairement rejetée par les Etats;
8) la question de savoir si la possession technologique a des conséquences juridiques est encore débattue, même si elle a clairement des conséquences factuelles que le droit prend en compte;
9) la frustration découlant d'une certaine ineffectivité du bombardement stratégique alimente l'idée que le problème ne vient pas du bombardement stratégique lui-même, mais plutôt des règles régulant la conduite des hostilités[377].
Ces différents problèmes ne peuvent pas être résolus *in abstracto* par l'invocation d'une règle de droit qui serait parfaite[378]. Par ailleurs, le fait que les normes régulant la conduite des hostilités ne soient pas pleinement respectées n'est en aucune façon un argument convaincant soutenant la nécessaire abolition de ces normes[379]. C'est au contraire une position mettant l'accent sur le besoin de réaffirmation et de précision du droit qui doit être privilégiée.

b) Repenser la distinction et la proportion?

En dépit de certaines vues selon lesquelles "*the law is inherently ambigous, is more aspirational than effective, and was never really intended to protect civilians much in the first place*"[380], ce qui peint le tableau d'un droit qui se situerait loin de l'esprit de son fondateur H. Dunant, la position ici privilégiée vise plutôt à préciser, plutôt que remplacer, les normes existantes (*i*), tout en attachant une attention particulière aux moyens permettant d'assurer un meilleur respect de ces règles (*ii*).

i) Préciser les concepts juridiques pour réaffirmer le droit existant

Les difficultés liées à l'application des normes du droit de La Haye, en particulier lorsque le bombardement est l'outil principal d'une campagne militaire, a conduit certains auteurs à affirmer que le droit devait être, sinon remplacé, du moins complété par de nouveaux développements normatifs. G. Swiney estime par exemple que le principe de distinction, en

[377] WALKER, J. K., *op. cit*., *supra* note 23, p. 124.
[378] FLECK, D., "Strategic Bombing and the Definition of Military Objectives", IYBHR, 1997, vol. 27, p. 63.
[379] *Idem*, p. 53.
[380] WALKER, J. K., *op. cit*., *supra* note 23, p. 130.

raison d'une pratique qui le méconnait largement, devrait être remplacé[381]. Des positions plus nuancées avancent elles que certains développements dans la conduite des hostilités devraient par conséquent entrainer un développement normatif[382]. Pourtant, et même si la situation juridique actuelle est parfois qualifiée d'insuffisante[383], les règles existantes sont actuellement capables, sous réserve de leur respect, de réguler la conduite de la guerre aérienne[384]. Les dommages causés tant aux personnes qu'aux biens civils étant *de facto* le prix du conflit armé, le besoin aujourd'hui est de préciser au mieux les concepts d'objectif militaire et de proportionnalité, afin de dessiner un schéma pertinent applicable au bombardement aérien. Ceci passe par un effort de précision qui concerne d'une part la notion d'objectif militaire et d'autre part celle de proportionnalité.

Concernant la première, des remarques doivent être formulées à deux niveaux. Le premier d'entre eux est lié à la définition générique du concept d'objectif militaire. Les développements progressifs du droit en la matière révèlent deux approches différentes dans la façon d'aborder la définition de l'objectif militaire, à savoir une définition essentiellement générique, ou une descriptive dans laquelle serait attachée une liste, exhaustive ou non, d'objets étant considérés comme des objectifs militaires. Le Protocole additionnel I a clairement privilégié la première approche. Dans un effort de précision du droit, certains auteurs ont avancé l'idée d'une définition qui serait composite, regroupant les deux aspects identifiés ci-dessus[385]. Compléter la définition générique au moyen d'une liste non exhaustive d'exemples illustratifs permet en effet de fournir une aide dans l'interprétation de la première. Elle n'évacue néanmoins pas les polémiques pouvant surgir dans l'application de la norme, et peut par ailleurs conduire à légitimer une position qui verrait certains objets comme des objectifs militaires *in fine*, ce qui ne résiste pas à la lecture de l'article 52(2), qui exige, rappelons le encore une fois, une contribution à l'action de l'ennemi et un avantage militaire précis procuré à l'attaquant par la destruction de l'objet. Parallèlement à cette proposition, une

---

[381] SWINEY, G., "Saving Lives: The Principle of Distinction and the Realities of Modern Warfare",*IL,* 2005, vol. 39, n°3, p. 756.

[382] Et ce en particulier au regard des nouveaux développements technologiques. Voir à ce propos AMER, S. *op. cit*., *supra* note 15, p. 33.

[383] *Idem*.

[384] Nous rejoignons ici les propos de L. van den BORN, "Panel Discussion", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décmebre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, p. 97.

[385] Voir notamment DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities..., op. cit*., *supra* note 25, p. 84 et pp. 88-89; DINSTEIN, Y., "Legitimate Military Objectives Under the Current Jus in Bello", *ILS/USNWC*, 2003, vol. 78, p. 142. L'approche composite a également été privilégiée lors des négociations de San Remo. Voir à ce propos FENRICK, W. J., "The Law Applicable to Targeting...", *op. cit*., *supra* note 28, p. 68.

partie de la doctrine estime quant à elle que la définition de l'objectif militaire doit être malléable selon le type de conflit dans lequel elle est envisagée[386]. Cette position n'est toutefois que peu convaincante et elle représente un biais par lequel pourraient à nouveau être confondus *jus in bello* et *jus ad bellum*. De plus, relier le choix d'une façon spécifique de combattre au type de conflit dans lequel on est engagé a pour conséquence de faire disparaître toute limitation sur les choix des moyens de nuire à l'ennemi[387]. En dépit de différentes tentatives visant à repenser, avec plus ou moins de bonne foi, la définition de l'objectif militaire, aucune d'entre elles n'a eu pour résultat de proposer une alternative juridiquement plausible et humainement protectrice[388]. Qui plus est, les attitudes plus ou moins abusives précédemment identifiées ne doivent pas non plus être généralisées. Le Manuel militaire britannique propose par exemple 10 éléments à même d'aider l'interprétation de la définition générique de l'objectif militaire[389].

Il convient ainsi d'en rester à une interprétation stricte, *i. e.* qui en reste limitée aux objectifs militaires, de la définition de l'article 52(2) qui, tout en ne limitant pas de manière trop prononcée les possibilités d'action pour les Etats, concoure néanmoins à prévenir des positions militaires qui seraient excessivement libérales concernant le principe fondamental de distinction. De l'avis de M. Sassoli, que nous partageons, quatre raisons imposent d'en rester à la définition de 1977 et commandent une interprétation stricte[390]. Cet auteur propose par ailleurs de différencier la détermination de la contribution à l'action militaire ennemie selon si l'objet est objectif militaire par nature, emplacement, destination ou utilisation. Selon lui,

> "*a possible solution may be to allow attacks on objects of a military nature even before they have an impact on military operations, while objects that are military because of their location, purpose or use could only be attacked at the moment they actually provide*

---

[386] Voir *supra*, note 373.

[387] A. Colombo écrit à ce propos que "if an actor chooses a form of intervention designed to reduce the risks to its own soldiers to zero, a situation may arise in which saving one's soldiers' lives means risking the civilian lives of the enemy. In such a case, the very concept of collateral damage has to be reconsidered. As Michael Walzer recently pointed out, a fixed policy of 'their lives are expendable while ours are not' risks definitively eliminating any concret limitation on war", *in* COLOMBO, A.., *op. cit*. *supra* note 14, p. 83. Une réflexion sur les sanctions militaires menées par les Nations-Unies pourrait néanmoins venir nuancer cette position.

[388] SASSOLI, M., *op. cit*., *supra* note 96, p. 209.

[389] Le Manuel militaire britannique propose ainsi dix éléments à prendre en compte dans la qualification d'un objet d'objectif militaire. Voir *The Manual of the Law of Armed Conflicts*, Ministry of Defence, Oxford University Press, 2004, Chapter 5, 5-4-4, pp. 55-56

[390] *Idem*, pp. 194-195. Ces quatre raisons sont les suivantes: limiter la légalité des frappes aux stricts objectifs militaires est nécessaire : 1) pour éviter une nouvelle confusion du jus in bello et du jus ad bellum; 2) pour maintenir l'égalité des belligérants indépendamment de la qualité de l'Etat ennemi, démocratique ou dictatorial ; 3) pour ne pas permettre la reproduction des bombardements massifs de la Seconde Guerre mondiale, au travers desquels la volonté de sapper le moral de la population ennemie n'a pas eu l'effet escompté; 4) car aucune définition alternative assurant la protection des personnes et des biens civils n'a été proposée.

an effective contribution to military actions"[391].

En dépit de son caractère innovateur, cette démarche a été analysée comme une confusion des genres, qui reviendrait à assimiler juridiquement les objets devenus objectif militaire par utilisation et par destination[392]. *In fine*, elle pourrait concourrir à faire de tout objet militaire un objectif militaire, ce qui s'écarte de la lettre de l'article 52(2)[393]. Néanmoins, il semble plus correct d'interpréter la position de M. Sassoli comme revenant à dire que l'avantage militaire procuré par un objectif militaire par nature, défini selon une vision stricte du droit, n'aurait pas à être prouvé, à la différence des objectifs militaires par location, utilisation ou emplacement.

Une autre solution pour dépasser les imperfections du caractère générique de la définition de l'objectif militaire consiste à considérer de manière spécifique les objectifs attaqués. Il est tout d'abord nécessaire de souligner que l'approche mettant l'accent sur la "*war-sustaining*" a clairement été rejetée durant les négociations de San Remo[394], ce qui implique que tout objet civil ne répondant pas à la définition de l'article 52(2) est protégé. Par ailleurs, le moral de la population civile ne fait clairement pas partie des objectifs militaires légitimes, les attaques contre la population civile étant expressément prohibées par l'article 48. Il s'agit donc bien d'une interdiction juridique et non factuelle, cette dernière parfois présentée comme découlant de l'ineffectivité prouvée par l'histoire des attaques contre le moral des populations civiles[395].

Ainsi, le seul moyen plausible pour préciser le concept d'objectif militaire sans le vider de sa substance juridique et protectrice consisterait à exiger des Etats une articulation crédible et transparente du lien entre l'objet en question, sa contribution à l'action ennemie et l'avantage militaire découlant de sa destruction[396]. Par ailleurs, il serait éventuellement possible de faire grossir la liste des objets spécifiquement immunisés contre les attaques[397]. Les atteintes à la définition de l'objectif militaire ne sont, à nos yeux, pas tant dues à une définition qui laisserait largement à désirer, mais plutôt à une attitude délibérée de certains Etats. Dès lors, le seul moyen pour accroître la protection des objets civils consiste à accorder une marge

---

[391] SASSOLI, M., *op. cit*., *supra* note 96, p. 198.
[392] Voir par exemple WATKIN, K., "United States/Canada...", *op. cit*., *supra* note 274, pp. 304-305.
[393] Voir les développements précédents, Partie I-Chapitre B-a-i).
[394] WATKIN, K., "US/Canada...", *op. cit*., *supra* note 274, p. 306.
[395] PARKS, H., "The Protection of Civilians...", *op. cit*., *supra* note 57, p. 84.
[396] DAVID, E., *op. cit*., *supra* note 22, p. 106.
[397] ALDRICH, G., "The Development of Weapons and Military Strategy", in *Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décmebre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, p. 68. L'auteur estime en effet que les attaques contre les réseaux de communications devraient être explicitement prohibées.

d'interprétation aux Etats, permise par la lettre même de l'article 52(2), tout en leur rappelant leur devoir de justifier leurs actes légalement. En effet, "c'est en admettant la *nécessité militaire sous contrôle* que la protection maximale des non-combattants est assurée"[398], tout en gardant à l'esprit que la nécessité militaire ne peut pas toujours outrepasser les exigences d'humanité[399]

A partir de ce constat peuvent également être formulées des propositions visant à préciser le calcul de la proportionnalité. Plusieurs possibilités ont d'ores et déjà été envisagées par la doctrine. T. Hurka identifie par exemple les éléments à prendre en compte dans le calcul de la disproportion, ayant une vision très large de ce qui rentre dans la balance, ce qui au final pose plus de problèmes que cela n'en résout[400]. Par ailleurs, établir une liste n'est pas forcément un choix judicieux, car l'exhaustivité comporte en elle-même certains dangers, compromettant la flexibilité et la faculté d'adaptation de la norme[401]. De plus, certains voient dans la proportionnalité, eu égard à sa fonction de protection des civils, une norme qu'il est possible d'objectiver. E. Cannizzaro écrit dans ce sens que:

> "il serait illogique de présumer que le niveau de protection de l'une des parties [les civils ennemis notamment] pourrait dépendre des qualités subjectives de l'autre partie [l'attaquant]. Au contraire, ce qu'exige le principe de proportionnalité, c'est que les civils bénéficient d'une protection indépendamment des caractéristiques intrinsèques des belligérants. Si, dans une situation donnée, un Etat [....] se trouve dans l'incapacité d'évaluer avec un certain degré de prédictibilité, les dommages collatéraux succeptibles de résulter de l'attaque envisagée, l'Etat [...] doit simplement s'abstenir d'entreprendre une telle action. Ainsi, l'application d'un critère subjectif apparaît en contradiction avec l'essence même du principe de proportionnalité"[402].

Plusieurs propositions ont été formulées dans le but d'objectiver, ou du moins de resserrer le champ de la subjectivité de l'attaquant. Il a été à cet égard avancé que lorsque le belligérant concerné par l'examen de la proportion d'une attaque dispose de la capacité d'éviter des dommages excessifs, notamment par la possession d'armes de précision, l'analyse devrait s'effectuer de manière plus stricte[403]. Pour reprendre les propos de M. Schmitt "*the more capable one is of avoiding collateral damage and incidental injury, the more critically the*

---

[398] WECKEL, P., *op. cit*., *supra* note 2, p. 136.
[399] ROGERS, A. V. P., *op. cit*., *supra* note 21, p. 5 (document html).
[400] HURKA, T., *op. cit*., *supra* note 168, p. 64. Selon cet auteur, il faudrait, pour déterminer l'excessivité des dommages causés par la coalition menée par les Etats-Unis durant la première guerre du Golfe, prendre en compte les décès résultant de l'inaction de S. Hussein concernant la réparation de l'infrastructure de son pays, ainsi que les autres décès qui auraient été causés s'il n'y avait pas eu d'intervention armée. Cette position, outre le fait qu'elle mélange clairement le jus in bello et le jus ad bellum, laisse tristement perplexe.
[401] GARDAM, J., *Necessity, Proportionality..., op. cit*., *supra* note 22p. 102.
[402] CANNIZZARO, E., *op. cit*., *supra* note 164, p. 285.
[403] FENRICK, W. J., "The Law Applicable to Targeting...", *op. cit., supra* note 28, p. 77.

attack will be assesed"[404]. En plus de ces propositions qui touchent à la question des éléments devant rentrer dans le champ du calcul de la disproportion, il est également nécessaire d'approfondir le schéma à partir duquel considérer l'attaque. Il a été auparavant souligné les oppositions entre l'approche holistique prônée par un grand nombre d'Etats et celle individualisée mise en avant par les *Commentaires*, oppositions qui reflètent la division entre vision tactique du conflit et vision stratégique. Cette opposition méthodologique peut néanmoins être résolue, notamment grâce à la théorie de l'effet cumulatif de l'arrêt *Kupreskic* qui permet de rétablir un équilibre entre exigences militaires et exigences humanitaires. Cette résolution pourrait passer par une analyse de la proportionnalité qui dépendrait de la première qualification de l'attaque. Si cette dernière est a priori proportionnée, la vision humanitaire impose de considérer ensuite si un effet cumulutaif tel que développé par la jurisprudence *Kupreskic* pourrait permettre d'en conclure à la disproportion; au contraire, si la qualification de l'attaque est à première vue disproportionnée, alors la vision militaire imposera d'examiner si la disproportion peut être compensée par l'avantage militaire de l'attaque considérée dans son ensemble. Le schéma suivant peut résumer cette approche:

ACTE DE VIOLENCE DIRIGÉ CONTRE UN OBJET

⬇ **OU** **⬇**

CONFIGURATION 1 Prise en compte des exigences militaires	**CONFIGURATION 2** Prise en compte des exigences humanitaires
• Temps 1 de l'analyse → l'attaque est qualifiable d'attaque disproportionnée. • Temps 2 de l'analyse → déterminer si la disproportion, lorsque l'attaque est considérée dans son ensemble selon un échelon stratégique, est maintenue.	• Temps 1 de l'analyse → l'attaque n'est pas qualifiable d'attaque disproportionnée. • Temps 1 de l'analyse → déterminer si la proportion peut éventuellement être disqualifiée lorsque l'attaque est considérée dans son ensemble selon la théorie des effets cumulatifs.

Cette double grille de lecture permettrait de réconcilier l'approche privilégiant une analyse de l'avantage militaire considéré par rapport à l'ensemble de l'attaque, avec les exigences d'humanité auxquelles doit répondre le droit international humanitaire. Certains auteurs ont proposé que l'analyse de la proportionnalité se fasse au niveau stratégique dès que l'Etat

[404] SCHMITT, M. N., "Precision Attack...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 457.

belligérant plaide pour un avantage stratégique procuré par l'attaque considérée[405]. Cette proposition, intéressante en raison de sa flexibilité, ne fournit toutefois pas d'alternative pouvant mettre au même niveau la protection des civils et objets civils et la protection des intérêts des Etats. Admettre le voeu des Etats de considérer l'avantage militaire par rapport à l'attaque considérée dans son ensemble impose de contrebalancer cette position par une sorte d'effet de miroir, reposant sur le même schéma que celui pratiqué aujourd'hui, mais qui ferait de son point de référence non pas la préservation des exigences militaires mais celles humanitaires. L'analyse reposerait ainsi sur une détermination qui s'effectuerait au départ au cas par cas, s'appliquant dès qu'un acte de violence est dirigé contre un objectif militaire, ce qui est théoriquement requis par le Protocole additionnel, mais qui pourrait ensuite être amenée à recouvrir différents actes de violence, ce qui prendrait en compte la pratique subséquente des Etats belligérants. Le fait d'accepter, bon gré, mal gré, de considérer l'avantage militaire dans son aspect stratégique ne doit, en aucun cas, conduire à rompre le lien requis entre l'objet et l'action militaire en général. L'acceptation de la différenciation entre vision tactique et vision stratégique, termes qui relèvent plus du jargon militaire que du droit applicable, n'est opérée que relativement à l'analyse de la proportionnalité. C'est dans la volonté de prendre en compte la possibilité d'une attaque, dirigée contre un objectif militaire tel que défini par l'article 52(2) et ayant causé des pertes et dommages, qui représenterait peu d'intérêt tactique mais ayant un intérêt stratégique certain[406] que s'inscrit cette démarche. Elle ne vise *en aucun cas* à légitimer un calcul qui serait basé sur des avantages militaires lointains et abstraits, pas plus qu'elle n'accepte une définition large de l'objectif militaire.

Enfin, préciser les notions d'objectif militaire et de proportionnalité impose de mieux cerner les obligations effectives de précautions incombant à l'attaquant[407]. Le devoir de précaution recouvre un champ très large d'actions à entreprendre afin de respecter les principes de distinction et de proportion. Concernant les enjeux primordiaux de la guerre air-terre, la doctrine s'accorde généralement à dire que les informations jouent dans ce cadre un rôle

---

[405] WATKIN, K., "Assessing...", *op. cit*., *supra* note 24, p. 80.

[406] L. Doswald-Beck explique pourquoi il est parfois nécessaire de considérer l'avantage militaire concret et attendu par rapport à l'opération militaire prise dans son ensemble. Selon elle, "an operation may necessitate, for example, the destruction of six military objectives, one of which, being particularly difficult to get at, might involve far greater casulaties than the other five. The attack of that one objective on its own might be of no great use, but within the context of the operation as a whole, absolutely essential. The yardstick, in this example, would be the number of casualties overall in relation to the value of the operation as a whole", citée par FENRICK, W. J., "Attacking the Enemy...", *op. cit*., *supra* note 37, p. 548.

[407] J. Hoekema propose à ce propos un développement de l'article 57. Voir HOEKEMA, J., "Panel Discussion", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décmebre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, p. 103.

fondamental[408]. Dès lors, sans établir *de jure* une précaution différenciée pour la technique du bombardement aérien, l'accent devrait *de facto* être mis sur la récolte de toutes les informations fiables[409] et nécessaires au respect des principes susmentionnés lorsque les forces aériennes d'un Etat belligérant entreprennent de bombarder une cible terrestre.

Si la recherche d'un meilleur respect du droit existant passe nécessairement par une meilleure compréhension des règles de droit, elle peut également revêtir un aspect institutionnel qui viserait à une meilleure exécution de ces règles.

ii) Développer les outils de contrôle et d'exécution pour un meilleur respect du droit existant

S'interrogeant sur comment assurer un meilleur respect des principes de distinction et de proportionnalité, les juges de la Haute Cour de Justice israélienne ont souligné la nécessité d'un examen qui serait objectif et rétrospectif, proposant un contrôle à la fois *ex ante* et *ex post facto*[410].

Le premier risque néanmoins de se heurter au caractère confidentiel des activités armées. Dès lors, l'effort devrait venir des forces armées elles-mêmes lorsqu'elles sont amenées à effectuer une opération militaire. Des règles de conduite ont été édictées pour chaque conflit dans lequel une coalition d'Etats occidentaux était engagée[411]. Elles ont une importance primordiale dans l'application du droit, en particulier lorsque l'intervention militaire est conduite par une coalition d'Etats ne partageant pas forcément les mêmes traditions militaires. Le besoin d'une exécution fidèle et uniforme du droit[412] pourrait éventuellement trouver sa réponse dans la mise en place d'un tel système, où les différentes acceptations du droit selon les Etats s'influenceraient mutuellement. C'est éventuellement à partir de ce point que pourrait être développée une approche visant à concrétiser le souhait du Juge Barak relatif au contrôle *ex ante facto*. Par exemple, il est possible d'envisager la possibilité que ces règles de conduite

---

[408] Voir LEWIS, B. M., *op. cit*., *supra* note 72, p. 509, selon qui "the need for more accurate intelligence and better communication between the leadership and the operators holds immense importance for the continued success of the military". Voir également les remarques de SCHMITT, M. N., "Fault Lines...", *op. cit*., *supra* note 12, p. 303 et SCHMITT, M. N., "War, Technology...", *op. cit*., *supra* note 29, p. 142.

[409] A. Roberts estime en effet que le fait de sélectionner très vite les cibles à bombarder empêche d'opérer une vérifiaction de la fiabilité des informations en procédant à leur recoupage. Voir ROBERTS, A., "Air Power, Accuracy...", *op. cit*., *supra* note 34, p. 142.

[410] HCJ, *The Public Committee..., op. cit*., *supra* note 216, §§54-59.

[411] De telles règles ont été par exemple mises en place lors de l'opération *Allied Force*, et ont par ailleurs subi des modifications au cours du conflit. Voir à ce proos les remarques de FENRICK, W. J., "The Law Applicable to Targeting...", *op. cit., supra* note 28, p. 77. Voir également les propos de TRICARINO, L., *op. cit*., *supra* note 313, p. 40.

[412] Ce besoin a notamment été souligné par DÖRMANN, K., "Panel Discussion", in *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décmebre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, p. 99.

soient définies de manière définitive à un échelon régional. L'OTAN pourrait par exemple s'inspirer du modèle onusien concernant l'encadrement juridique des forces armées envoyées par l'ONU en opération militaire[413]. L'union européenne a, d'un point de vue théorique, également la faculté de mettre en place un tel système, et les Etats devraient travailler à la recherche d'un consensus à ce niveau.

Enfin, les Etats sont également en mesure de rapporter l'ensemble du processus décisionnel lié à la détermination des attaques aériennes[414], afin de s'éviter les foudres d'une société civile internationale, s'exprimant notamment à travers les organisations non gouvernementales expertes en la matière. T. Montgomery a dans ce sens reconnu que l'erreur la plus importante de l'OTAN durant la campagne en Ex-Yougoslavie a été de ne pas expliquer avant, durant et pendant la campagne militaire les efforts mis dans le processus de détermination des cibles[415]. Il est dans ce sens envisageable que, outre des déclarations officielles visant à expliquer les démarches militaires entreprises, le processus ayant abouti à la décision d'attaquer tel ou tel objectif militaire soit enregistré[416], afin de constituer une base de travail pour un contrôle qui se ferait ensuite en aval.

L'effort de transparence ne doit pas rester confiné aux petits cercles militaires, sans quoi toute tentative d'objectivité resterait vaine. Le contrôle de l'activité militaire peut également passer par une analyse *ex post facto*. Les instances juridictionnelles pourraient être les organes, notamment en raison des ressources dont elles disposent, les plus à mêmes de mener un tel contrôle. L'exemple de la CrEDH vient toutefois nuancer cela, cette dernière disposant de peu de pouvoir d'investigation[417]. Pour autant, son intérêt réside aussi dans le fait que la Cour européenne, dans le cas où les conditions de fond activant sa compétence sont remplies, est amenée, au cours de son examen des conditions de forme, à statuer sur l'état des voies de recours internes qui sont, selon le droit international humanitaire, l'un des biais par lequel assurer le respect du droit à travers la répresssion. Le contrôle pourrait aussi être effectué par les organes politiques internes, notamment ceux élus démocratiquement. L'Assemblée française a par exemple, à la suite de la mort de dix soldats français en Afghanistan, décidé d'interroger publiquement les ministres de la Défense et des Affaires Etrangères afin de mieux cerner les circonstances ayant entraîné le décès de ces soldats. Le même processus pourrait

---

[413] Cette proposition a été faite par Y. Sandoz, *in* SANDOZ, Y., *op. cit.*, *supra* note 164, pp. 278-279.
[414] Sur le besoin de rapporter le processus, voir notamment: ROBERTS, A., "Air Power, Accuracy...", *op. cit.*, *supra* note 34, p. 138; SASSOLI, M., *op. cit.*, *supra* note 96, pp. 204-205; SASSOLI, M., CAMERON, L., *op. cit.*, *supra* note 90, p. 64.
[415] MONTGOMERY, T., *op. cit.*, *supra* note 290, p. 196.
[416] Voir *supra*, note 414.
[417] QUENIVET, N., *op. cit.*, *supra* note 169, p. 222.

éventuellement être mis en place concernant les pertes incidentes et dommages collatéraux. A travers un éventuel examen périodique des activités armées (ce qui exigerait l'existence d'organes démocratiques très développés), les instances politiques pourraient élargir leur rôle de contrôle démocratique de l'activité exécutive nationale, et remplir ainsi leur devoir moral envers les populations touchées par les engagements militaires de leur pays[418]. La prévention des violations du droit de la guerre ne passe pas nécessairement par la répression. Afin d'assurer un potentiel de respect maximum, il est nécessaire d'impliquer dans le contrôle de l'action militaire des acteurs aux sensibilités différentes. Ce n'est en effet que par un processus de *checks and balances*, dans lequel interviendraient, simultanément et consécutivement, le militaire, le politique, le juridique et le civique, et où l'accent serait mis sur le dialogue[419], qu'une vision objective des faits pourrait être obtenue. Une telle méthode permettrait assurément aux Etats de respecter leur obligation de diligence dans l'application du droit dans la guerre, cette dernière se situant à mi-chemin entre la certitude absolue et la violation flagrante du droit[420].

◆◆◆

[418] Le rapport destiné au Congrès américain est la preuve qu'un tel processus peut être mis en place. Voir US DoD, *Report to Congress..., op. cit*., *supra* note314.
[419] M. Bothe estime en effet que "the military cannot and may not constitute a value system of its own, separated by waterproof walls from that of civil society. [...] A dialogue between the two, critical and constructive in both directions, is needed", *in* BOTHE, M., *op. cit*., *supra* note 17, p. 184.
[420] *Idem*, p. 183.

Les concepts d'objectif militaire et de proportionnalité constituent les principes fondamentaux du droit de La Haye et représentent le cadre principal du droit applicable au bombardement aérien. Le caractère très large de la formulation de ces deux principes autorise une grande marge d'appréciation, dont les Etats sont les premiers à en tirer profit. Dès lors, les controverses autour de leur application concrète sont naturelles, et parfois même nécessaires. Le droit international humanitaire n'est pas, et n'a jamais été un droit figé. Il est destiné à répondre à des situations factuelles différentes sans que la substance de ses normes n'ait à être modifiée, et se nourrit des débats qui entourent son application et son respect. En dépit de certaines difficultés spécifiques identifiées, qui sont plus généralement liées à la nature catégorielle du droit international humanitaire, les normes encadrant la conduite des hostilités, qu'elles soient ou non considérées dans le cadre du bombardement, ne sont en aucun cas vouées à rester des principes *in abstracto*. Les interprétations abusives d'aujourd'hui et d'hier ne sont pas la preuve de la faiblesse juridique du droit international humanitaire, mais témoignent d'une pratique irrespectueuse des engagements internationaux pris par les Etats.

Ce mémoire n'avait pas vocation à fournir des solutions toutes faites aux problèmes juridiques soulevés par la méthode du bombardement aérien, et si tel avait était le cas, l'effort serait resté vain. La seule ambition de ce travail était de démontrer que les règles générales du droit de la guerre s'appliquent de manière pleine et entière au bombardement aérien et qu'elles sont à même de le réguler correctement, sous réserve bien entendu de leur respect. Le droit est loin d'être insaisissable, même s'il n'est pas sans défaut. Aucun problème ne peut être résolu par l'invocation d'une règle de droit qui serait parfaite. A l'opposé, estimer que le droit existant doit être modifié parce qu'il n'empêche pas la violation de ses normes spécifiques est également une absurdité. L'interdiction du vol devrait-elle en effet être modifiée parce qu'elle est outrepassée?

La position retenue ici tend à valoriser un dialogue interactif entre les différents acteurs concernés ou touchés par l'application des normes du droit de La Haye. Un tel dialogue est possible, et ne doit pas être occulté par la fausse idée d'une réconciliation impossible entre vision militaire et vision humanitaire (voir annexe 1).

Pour reprendre la philosophie de L. Condorelli, avançons simplement l'idée que le pessimisme de notre intelligence est ainsi compensé par l'optimisme de notre volonté[421].

[421] CONDORELLI, L., "La Cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)", *RGDIP*, 1999, pp. 7-88.

ANNEXE : QUELQUES REPERES BIOGRAPHIQUES[*]

N. B.: Cette très brève présentation vise à permettre au lecteur de resituer dans un cadre général les propos d'auteurs ayant exercé, ou exerçant, des fonctions publiques ou militaires, notamment lors des conflits envisagés dans le présent travail. Elle vise à démontrer qu'il serait réducteur de penser qu'il existe une opposition stricte entre la pensée militaire et la pensée académicienne concernant la lecture des principes de droit, la première étant forcément libérale, la seconde conservatrice, ce qui heureusement n'est pas le cas.

- **Honorable James E. BAKER**

Conseiller juridique au service du commandement en chef américain. J. E. Baker a notamment participé au processus décisionnel relatif à la détermination des cibles au sein de la Maison-Blanche durant la campagne menée au Kosovo.

- **Nathan A. CANESTARO**

Membre de l'agence de renseignement américaine (*Central Intelligence Agency*, CIA).
Il a notamment participé à la seconde guerre du Golfe en 2002-2003, travaillant au sein du commandement terrestre des forces de la coalition (*Coalition Forces Land Component Command*). Il a auparavant exercé les fonctions de membre du centre antiterroriste de la CIA en 2002-2003 et des Forces d'opérations de la CIA pour l'Afghanistan et les Blakans (*CIA Afghanistan and Balkans Task Forces*) en 2001.

- **Charles J. DUNLAP**

Membre du bureau JAG (*Judge Advocate General*), quartier général des Forces aériennes américaines.

- **William J. FENRICK**

Anciennement Lieutenant-Colonel, conseiller juridique au sein des Forces canadiennes.
Il a notamment participé au travail du Bureau du Procureur du TPIY et a été impliqué dans la préparation du Rapport final concernant l'examen de la campagne aérienne menée par l'OTAN en Ex-Yougoslavie

- **Dieter FLECK**

Directeur, division des accords et politique internationaux, Ministère fédéral allemand de la Défense.

- **Michael W. LEWIS**

M. Lewis a servi les Forces navales américaines de janvier 1987 à janvier 1995. Il a notamment participé, en tant que premier lieutenant, à la détermination des frappes effectuées par les F-14, dont il était pilote, durant l'opération Desert Shield. Les frappes qu'il a effectuées relevaient majoritairement de la guerre aérienne *stricto sensu*, i. e. air-air.

- **Noam NEUMAN**

Lieutenant-Colonel, N. Neuman est directeur de la section Sécurité et Relations internationales, Département de droit international, Forces armées israéliennes.

---

[*] Ces informations sont celles qui sont par ailleurs tirées de la lecture des articles considérés dans la bibliographie. L'auteur s'excuse si certaines informations non disponibles manquent à cette très brève présentation.

- **Hays W. PARKS**

H. Parks travaille au Département américain de la Défense. Il a notamment collaboré au travail du JAG (*Judge Advocate General*) au sein du Département de l'Armée, concernant les questions du droit de la guerre.

- **A. P. V. ROGERS**

A.V.P. Rogers est l'ancien directeur du Département juridique de l'armée britannique.

- **Hamilton DESSAUSURE**

Le Colonel H. DeSaussure a été directeur juridique au quartier général des forces aériennes américaines.

- **Michael SHORT**

Anciennement Lieutenant-General servant pour les Forces aériennes américaines. Il a notamment dirigé les opérations menées par les USAF durant la campagne de l'OTAN au Kosovo.

- **Leonardo TRICARINO**

Le Lieutenant-Général L. Tricarino a été conseiller juridique du Premier ministre italien. Il a notamment été membre du commandement combiné des forces aériennes et du centre des opérations aériennes aux Balkans.

- **Kenneth Watkin**

Le Colonel K. Watkin est membre du JAG (*Jugde Advocate General*) au sein des Forces armées canadiennes.

- **Jeffrey K. WALKER**

Le Lieutenant-Colonel J. Walker est un ancien membre du JAG (*Jugde Advocate General*) au sein des Forces aériennes américaines.

BIBLIOGRAPHIE

1. SOURCES

• Conventions internationales

Convention (II) concernant les lois et les coutumes de guerre sur terre et son Annexe, La Haye, 29 juillet 1899, articles 25 à 27.

Convention (IV) concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre et son Annexe, La Haye, 18 octobre 1907, articles 25 à 27.

Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, La Haye, 18 octobre 1907, articles 1 et 2.

Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, article 19.

Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949, articles 18 et 53.

Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, Genève, 8 juin 1977, articles 48 à 58 et 85.

Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, Genève, 8 juin 1977, article 13.

Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (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, Genève, 10 octobre 1980), Genève, 10 octobre 1980, articles 2 et 3.

Protocole sur l'interdiction ou la limitation des armes incendiaires (Protocole III 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, Genève, 10 octobre 1980), Genève, 10 octobre 1980, articles 1 et 2.

Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (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, Genève, 10 octobre 1980, tel que modifié), Genève, 3 mai 1996, article 3.

Protocole (II) relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 26 mars 1999, articles 1, 6, 7 et 22.

Statut de la Cour pénale internationale, Rome, 1er juillet 2002, article 8.

• **Autres textes internationaux**

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, Saint-Pétersbourg, 11 décembre 1868.

Déclaration de Bruxelles concernant les lois et les coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 août 1874, articles 15 à 17.

Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne, Commission de Juristes, La Haye, décembre 1922-février 1923.

Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1956, articles 7 à 10 et article 16.

Résolution 2444 (XXIII) adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies lors de sa 1748ème session plénière, 19 décembre 1968.

La distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment les problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive, Institut de Droit International, Edimbourg, 9 septembre 1969.

Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, (1974-1977), vol. VI.

Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, 1993.

Eléments des crimes adoptés par l'Assemblée des Etats Parties à la Cour pénale internationale, New York, 9 septembre 2000.

• **Documents étatiques**

a) Réserves et déclarations interprétatives aux Protocoles additionnels [*]

Déclaration de l'Algérie, 16 août 1989.
Déclaration de l'Allemagne, 14 février 1991.
Déclaration de l'Australie, 21 juin 1991.
Déclaration de l'Autriche, 13 août 1982.
Déclaration de la Belgique, 20 mai 1986.
Déclaration du Canada, 20 novembre 1990.
Déclaration de l'Espagne, 21 avril 1989.
Déclaration de la France, 11 avril 2001.
Déclaration de l'Italie, 27 février 1986.
Déclaration de la Nouvelle-Zélande, 8 février 1988.
Déclaration des Pays-Bas, 26 juin 1987.
Déclaration du Royaume-Uni, 28 janvier 1998.

[*] Disponibles à partir du site Internet du CICR, www.icrc.org, section droit international humanitaire/traités et textes/Protocole additionnel I/Etats parties.

b) Manuels militaires des Etats-Unis

Instructions pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique, Lieber Code, 1863.

International Law-The Conduct of Armed Conflicts and Air Operations, Air Force Pamphlet (AFP 110-31), Department of the Air Force, 1976.

Commander's Handbook on the Law of Armed Conflicts, Air Force Pamphlet (AFP 110-34-, department of the Air Force, 1980.

Operational Law Handbook, International and Operational Law Department, Judge Advocate General's School US Army, 1997.

Crimes and Elements for Trials by Military Commission, Military Commission Instruction, 21 March 2002.

The Manual for Military Commissions, 18 January 2007.

Dictionary of Military and Associated Terms, Joint Publication 1-02, Department of Defense, 12 April 2001 (as amended through 30 May 2008).

c) Manuel militaire d'Israël

Laws of War in the Battlefield (trad. du Comité international de la Croix-Rouge), Israel Defense Forces, 1998.

d) Manuel militaire du Royaume-Uni

The Manual of the Law of Armed Conflicts, Ministry of Defence, Oxford University Press, 2004.

e) Autres documents

Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War-Appendix on the Role of the Law of War, US Department of Defense, 10 April 1992.

• Documents de Human Rights Watch [**]

Needless Deaths in the Gulf War : Civilian Casualties During the Air Campaign and Violations of the Laws of War, (index 1-5643-2029-4), 1rst June 1991.

Civilian Deaths in the NATO Air Campaign, February 2000.

[**] Disponibles sur le site Internet de Human Rights Watch, www.hrw.org, section publications par pays (dernière visite le 15 juillet 2008).

Off Target : The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq, (index 1564322939), 12 December 2003.

2. JURISPRUDENCES

- **Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie**

Le Procureur c. Dusko Tadic, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel, IT-94-1-A, 2 octobre 1995.

Le Procureur c. Zoran Kurpreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic et Vladimir Santic, jugement, Chambre de première instance, IT-95-16-T, 14 janvier 2000.

Le Procureur c. Tihomir Blaskic, jugement, Chambre de première instance, IT-95-14-T, 3 mars 2000.

Le Procureur c. Miodrag Jokic, jugement portant condamnation, Chambre de première instance, IT-01-42/1-S, 18 mars 2004.

Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez, jugement, Chambre de première instance, IT-95-14/2-T, 26 février 2001.

Le Procureur c. Stanislav Galic, jugement et opinion, Chambre de première instance, IT-98-29-T, 5 décembre 2003.

Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez, jugement, Chambre d'appel, IT-95-14/2-A, 17 décembre 2004 (en anglais uniquement).

Le Procureur c. Pavle Strugar, jugement, Chambre de première instance, IT-01-42-T, 31 janvier 2005 (en anglais uniquement).

Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic, jugement, Chambre d'appel, IT-98-34-A, 3 mai 2006 (en anglais uniquement).

Le Procureur c. Stanislav Galic, jugement, Chambre d'appel, IT-98-29-A, 30 novembre 2006 (en anglais uniquement).

Le Procureur c. Milan Martic, jugement, Chambre de première instance, IT-95-11-T, 12 juin 2007 (en anglais uniquement).

Le Procureur c. Dragomir Milosevic, jugement, Chambre de première instance, IT-98-29/1-T, 12 décembre 2007 (en anglais uniquement).

Le Procureur c. Pavle Strugar, jugement, Chambre d'appel, IT-01-42-A, 17 juillet 2008 (en anglais uniquement).

Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 2001. [***]

• Cour européenne des droits de l'homme

Issaïeva c. Russie, arrêt, 24 février 2005.

Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie, arrêt, 24 février 2005.

• Cour permanente d'arbitrage

Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie (sentences partielles), Front occidental - Bombardements aériens et demandes assimilées - Réclamations de l'Erythrée n°1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 et 26, 19 décembre 2005 (en anglais uniquement).

Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie (sentences partielles), Fronts oriental et occidental - Réclamations de l'Ethiopie n°1 et 3, 19 décembre 2005 (en anglais uniquement).

• Jurisprudences nationales [****]

Shimoda and others v. The State, Tokyo District Court, 7 December 1963.

R. v. Secretary of State ex parte Thring, US Court of Appeal (Civil Division), 20 July 2000.

The Public Committee Against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. the Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defense, the Israel Defense Forces, the Chief of the General Staff of the Israel Defense Forces and Shurat HaDin-Israel Law Center and 24 others, Israel Supreme Court sitting as the High Court of Justice (HCJ 769/02), 11 December 2005.

3. DOCTRINE

• Ouvrages généraux

DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, 275 p.

GARDAM, J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2004, 259 p.

[***] Disponible en version papier dans *International Studies, US Naval War College*, vol. 78, 2003, pp. 483-530.
[****] Disponibles à partir du site Internet du CICR, www.icrc.org, section "base de données mise en œuvre nationale/case law" (dernière visite le 15 juillet 2008).

GREEN, L. C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Melland Schill Studies in International Law, Manchester University Press, 2008 (3rd ed.), 434 p.

HENCKAERTS, J.-M., DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law, vol. I (Rules) et vol. II (Practice)*, Bruylant/CICR, Bruxelles/Genève, 879 et 1982 p.

SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., ZIMMERMANN, B., *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1986, 1647 p.

• Contributions à des ouvrages collectifs

a) Sur la conduite des hostilités et la guerre aérienne en général

AMER, S., "The Protection of the Civilian Population", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 17-33.

BAKER, J. E., "Judging Kosovo: The Legal Process, the Law of Armed Conflict, and the Commander in Chief", *in* WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 78, Newport (Rhode Island), pp. 7-18.

BARTOLINI, G., "Air Operations Against Iraq (1991 and 2003)", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 227-272.

BORN (van de), L., "Panel Discussion", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare : Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décembre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, pp. 97-98.

COLOMBO, A., "Air Power, Asymmetrical Warfare and the Changing Nature of War", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 75-83.

DÖRMANN, K., "Panel Discussion", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare : Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décembre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, pp. 99-101.

HOEKEMA, J., "Panel Discussion", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare : Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décembre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, pp. 102-104.

MANCINI, M., "Air Operations Against the Federal Republic of Yugosloavia (1999)", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 273-297.

MAURAUHN, T., KIRCHNER, S., "Target Area Bombing", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 87-105.

PONTI, C., "Air Operations Against Afghanistan (2011-2002)", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 299-324.

POST, H., "War Crimes in Air Warfare", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 157-177.

ROBERTS, A., "The Laws of War after Kosovo", *in* WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 78, Newport (Rhode Island), pp.401-432.

SASSÒLI, M., CAMERON, L., "The Protection of Civilian Objects - Current State of the Law and Issues *de lege feranda*", *in* RONZITTI, N., VENTURINI, G., (ed.), *The Law of Air Warfare : Contemporary Issues*, International Publishing, Utrecht, 2006, pp. 35-74.

WECKEL, P., "Les devoirs de l'attaquant à la lumière de la campagne aérienne en Yougoslavie", *in* TOMUSCHAT, C., (ed.), *Kosovo and the International Community : A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2002, pp. 129-155.

b) Sur la jurisprudence

AILINCAI, M., "La justification devant le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de la nécessité militaire", *in La nécessité en droit international : Colloque de Grenoble*, Société française pour le droit international, Pédone, Paris, 2007, pp. 337-348.

BANNELIER, K., "L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre mondiale", *in La nécessité en droit international : Colloque de Grenoble*, Société française pour le droit international, Pédone, Paris, 2007, pp. 311-323.

c) Sur les notions d'objectif militaire et de proportionnalité

ALDRICH, G., "The Development of Weapons and Military Strategy", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare : Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décembre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, pp. 61-69.

DINSTEIN, Y., "Collateral Damage and the Principle of Proportionality", *in* WIPPMAN, D., EVANGELISTA, M., (ed.), *New Wars, New Laws ? Applying the Laws of War in 21st-Century Conflicts*, Transational Publishers, Ardsley, 2005, pp. 211-224.

DUNLAP, C. J., "Targeting Hearts and Minds : National Will and Other Legitimate Military Objectives of Modern War", *in* VON HEINEGG, W. H., (ed.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges : Symposium in Honor of Knut Ipsen*, Springer, Berlin, 2007, pp. 117-125.

MULINEN (de), F., "Distinction Between Military and Civilian Objects", *in* TOMUSCHAT, C., (ed.), *Kosovo and the International Community : A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2002, pp. 103-127.

PARKS, W. H., "Asymmetries and the Identification of Military Objectives", *in* VON HEINEGG, W. H., (ed.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges : Symposium in Honor of Knut Ipsen*, Springer, Berlin, 2007, pp. 65-116.

SANDOZ, Y., "Commentary", *in* WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Newport (Rhode Island), vol. 78, pp. 273-279.

SASSÒLI, M. "Targeting : The Scope and Utility of the Concept of 'Military Objectives' for the Protection of Civilians in Contemporary Armed Conflicts", *in* WIPPMAN, D., EVANGELISTA, M., (ed.), *New Wars, New Laws ? Applying the Laws of War in 21st-Century Conflicts*, Transational Publishers, Ardsley, 2005, pp. 181-210.

SCHMITT, M. N., "Fault Lines in the Law of Attacks", *in* BREAU, S. C., JACHEC-NEALE, A., (ed.), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2006, pp. 277-307.

SHORT, M., "Operation Allied Force from the Perspective of the NATO Air Commander", *in* WALL, E., (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 78, Newport (Rhode Island), pp. 19-26.

TRICARICO, L., "Identification of Targets and Precautions in Attack in Air Warfare Operation Allied Force as a Case Study", *in Protecting the Civilians in 21st-Century Warfare : Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, Speeches and Proceedings of the Red-Cross Symposium (8 décembre 2000), Wolf Legal Production, Nijmegen, 2001, pp. 39-44.

- **Articles de revues spécialisées**

a) Sur la conduite des hostilités et la guerre aérienne en général

ALDRICH, G. H., "The Laws of War on Land", *American Journal of International Law*, 2000, vol. 94, n°1, pp. 42-93.

BARRETT, N., "Holding Individual Leaders Responsible for Violations of Customary International Law : The U.S. Bombardment of Cambodia and Laos", *Columbia Human Rights Law Review*, 2000-2001, vol. 32, pp. 429-476.

BELT, W., "Missiles Over Kosovo: Emergence, *lex lata*, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas", *Naval Law Review*, 2000, vol. 47, pp. 115-175.

CANESTARO, N. A., "Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2004, vol. 37, pp. 431-484.

DESSAUSSURE, H., “The Laws of Air Warfare : Are They Any ?”, *International Lawyer*, 1971, vol. 5, n°3, pp. 527-548.

GAUDREAU, J., “Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Faits et Documents, 2003, vol. 85, n°849, pp. 143-184.

GODA, P. J., “The Protection of Civilians From Bombardment by Aircraft : The Ineffectiveness of the International Law of War”, *Military Law Review*, 1966, vol. 33, pp. 93-113.

HENCAKERTS, J.-M., “Assessing the Laws and Customs of War : The Publication of Customary International Humanitarian Law”, *Human Rights Brief*, 2006, vol. 13, n°2, pp. 8-13.

LEWIS, B. M., “The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War”, *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, n°3, pp. 481-509.

LIPPMAN, M., “Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War : Technology and Terror From World War I to Afghanistan”, *California Western International Law Journal*, 2002, vol. 33, n°1, pp. 1-67.

KAHN, P. W., “Lessons for International Law From the Gulf War”, *Standford Law Review*, 1993, vol. 45, n°2, pp. 425-441.

PARKS, H., “The Protection of Civilians From Air Warfare”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 27, 1997, pp. 65-112.

ROBERTS, A., “Air Power, Accuracy and the Law of Targeting : Why No Brave New World ?”, *International Law Studies, US Naval War College*, 2006, vol. 80, pp. 133-150.

ROGERS, A. V. P., “Zero-casualty Warfare”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2000, vol. 82, n°837, pp. 165-181.

ROSCINI, M., “Targeting and Contemporary Aerial Bombardment”, *International and Comparative Law Review*, vol. 54, n°2, 2005, pp. 411-443.

SCHMITT, M. N., “War, Technology and the Law of Armed Conflict”, *International Law Studies, US Naval War College*, 2006, vol. 82, pp. 137-182.

SWINEY, G., “Saving Lives : The Principle of Distinction and the Realities of Modern War”, *International Lawyer*, 2005, vol. 39, n°3, pp. 733-758.

b) Sur la jurisprudence

CASSESE, A., “On Some Merits of the Israeli Judgement on Targeted Killings”, *Journal of International Criminal Justice,* 2007, vol. 5, pp. 339-345.

COHEN, A., SHANY, Y., "A Development of Modest Proportions : The Application of the Principle of Proportionality in the *Targeted Killings* Case", *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, pp. 310-321.

FENRICK, W. J., "Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1996-1997, vol. 7, pp. 539-569.

FENRICK, W. J., "The Prosecution of Unlawful Attack Cases Before the ICTY", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2004, vol. 7, pp. 153-189.

FENRICK, W. J., "Riding the Rhino : Attempting to Develop Usable Legal Standards for Combat Activities", *Boston College International and Comparative Law Review*, 2007, vol. 30, n°1, pp. 111-137.

FISHER, W. J., "Targeted Killing, Norms, and International Law", *Columbia Journal of International Law*, 2007, vol. 45, pp. 711-758.

LAURSEN, A., "NATO, the War Against Kosovo, and the ICTY Investigation", *American University International Law Review*, 2002, vol. 17, pp. 765- 814.

QUENIVET, N., "Isayeva v. the Russian Federation and Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. the Russian Federation : Targeting Rules According to Article 2 of the European Convention of Human Rights", *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften*, 2005, vol. 18, n°3, pp. 219-226.

c) Sur les notions d'objectif militaire et de proportionnalité

BOTHE, M., "Targeting", *International Law Studies, US Naval War College*, 2003, vol. 78, pp. 173-187.

CANNIZZARO, E., "Contextualisation de la proportionnalité : *jus ad bellum* et *jus in bello* dans la guerre du Liban", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2006, vol. 88, n°864, pp. 275-290.

COHEN, A., "The Lebanon War and the Application of the Proportionality Principle", *International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty*, Research Paper n°6-07, 2007, pp. 1-26.

DAVID, E., "Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pp. 81-107.

DINSTEIN, Y., "Legitimate Military Objectives Under the Current Jus In Bello", *International Law Studies, US Naval War College*, 2003, vol. 78, pp. 139-172.

DOUGHERTY, B., QUENIVET, N., "Has the Armed Conflict in Iraq Shown Once More the Dissension Regarding the Definition of a Legitimate Target ? What and Who Can Be Lawfully Targeted ?", *Humanitäres Völkerrecht*, 2003, vol. 16, n°4, pp. 188-196.

FENRICK, W. J., "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare", *Military Law Review*, 1982, vol. 98, pp. 91-127.

FENRICK, W. J., “The Law Applicable to Targeting and Proportionality After Operation Allied Force : A View From the Inside”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pp. 53-80.

FLECK, D., “Strategic Bombing and the Definition of Military Objectives”, *Israel Yearbook on Human Rights*, 1997, vol. 27, pp. 41-64.

GARDAM, J., “Proportionality as a Restraint on the Use of Force”, *Australian Yearbook of International Law*, 1999, vol. 20, pp. 161-173.

HOLLAND, J., “Military Objective and Collateral Damage : Their Relationship and Dynamics”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2004, vol. 7, pp. 35-78.

HURKA, T., “Proportionality in the Morality of War”, *Philosophy and Public Affairs*, 2005, vol. 33, n°1, pp. 34-66.

JAWORSKI, E., “Military Necessity and Civilian Immunity : Where is the Balance”, *Chinese Journal of International Law*, 2003, vol. 2, pp. 175-206.

MAXWELL, M. D., MEYER, R. V., “The Principle of Distinction : Probing the Limits of Its Customariness”, *Army Lawyer*, mars 2007, pp. 1-12.

MONTGOMERY, T., “Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell”, *International Law Studies, US Naval War College*, 2003, vol. 78, pp. 189-197.

NEUMAN, N., “Applying the Rule of Proportionality : Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2004, vol. 7, pp. 79-112.

REYNOLDS, J., D., “Collateral Damage on the 21st Century Battlefield : Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and The Struggle for a Moral High Ground”, *Air Force Law Review*, 2005, vol. 56, pp. 1-100.

ROBERTSON, H. B., “The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict”, *International Law Studies, US Naval War College*, 1998, vol. 72, pp. 197-223.

SCHMITT, M. N., “Targeting and Humanitarian Law : Current Issues”, *Israel Yearbook on Human Right*s, 2004, vol. 34, pp. 59-104.

SCHMITT, M. N., “The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1999, vol. 2, pp. 143-182.

SCHMITT, M. N., “Precision Attack and International Humanitarian Law”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2005, vol. 87, n°859, pp. 445-466.

WALKER, J. K., “Strategic Targeting and International Law : The Ambiguity of Law Meets the Reality of a Single Superpower World”, *International Law Studies, US Naval War College*, 2006, vol. 80, pp. 121-131.

WATKIN, K., "Canada/United States Military Interoperability and Humanitarian Law Issues : Land Mines, Terrorism, Military Objectives and Targeted Killing", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2004-2005, vol. 15, pp. 281-314.

WATKIN, K., "Assessing Proportionality : Moral Complexity and Legal Rules", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2005, vol. 8, pp. 3-53.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7

I. UNE LEGALITE ENCADREE PAR LE DROIT DES CONFLITS ARMES..... 13

A- LES PRECEDENTS JURIDIQUES AUX PROTOCOLES ADDITIONNELS 13

a) Règles éparses et tentative échouée de codification spécifique 13
i) L'émergence des principes fondamentaux de la conduite des hostilités 14
ii) Les premières codifications ou la victoire des conventions générales 15

b) La fragilité du droit face à la réalité de la guerre 18
i) Conflits mondiaux et marginalisation du droit de la Haye 19
ii) Dynamique nouvelle et prise de conscience 21

B- UN DROIT AUJOURD'HUI DERIVE 23

a) Le concept d'objectif militaire 24
i) Une définition générique 24
ii) Un concept aux multiples facettes 27

b) La proportionnalité dans l'attaque 30
i) Une définition relative 31
ii) Proportionnalité et proportionnalités 34

II. DES DEBOIRES CONCEPTUELS ENTRETENUS PAR LA PRATIQUE ETATIQUE ET JURISPRUDENTIELLE 38

A- UNE JURISPRUDENCE TROP SOUVENT CONFUSE, REFLET D'UNE PENALISATION DELICATE 38

a) Une image incomplète et parfois contradictoire 39
i) Un contrôle de la légalité tendant à être unifié 39
ii) Un poids, deux mesures? 44

b) Les obstacles à la pénalisation 48
i) Des points positifs éclipsés par les difficultés procédurales 48
ii) Les problèmes spécifiques liés à l'établissement de l'excessivité d'une attaque 50

B- DE L'INTERPRETATION ABUSIVE DES PRINCIPES DU DROIT 53

a) Bombardement stratégique et objectifs militaires 54
i) Processus décisionnel et nouvelles doctrines de guerre 54
ii) Où est la distinction? Quelques exemples problématiques 59

b) Controverses autour de la proportionnalité 62
i) La question de la violation du droit par l'ennemi 63
ii) Une guerre désormais excessivement sûre 65

III. ENTRE IDEALISME ET PESSIMISME: LE FUTUR DU DROIT DE BOMBARDER 69

A- L'IMPACT DE LA TECHNOLOGIE SUR LES NORMES DU DROIT DES CONFLITS 69

a) Des mythes à la réalité 69
i) Précision et développement des armes 69
ii) Un impact positif largement relatif 71

b) Les conséquences légales de la possession technologique 73
i) Le droit impose-t-il d'utiliser les armes précises que l'on possède? 73
ii) Armes, intention et pénalisation 74

B- UN BESOIN URGENT DE REAFFIRMATION ET DE PRECISION DU DROIT 74

a) Les principaux problèmes du bombardement aérien 74
i) Problèmes spécifiques précédemment identifiés 75
ii) Problèmes plus généraux 76

b) Repenser la distinction et la proportion? 77
i) Préciser les concepts juridiques pour réaffirmer le droit existant 77
ii) Développer les outils d'exécution et de contrôle 84

CONCLUSION 87