

QUELQUES RÉFLEXIONS ENTOURANT LA PARTICIPATION DE COMPAGNIES MILITAIRES PRIVÉES AUX CONFLITS ARMÉS

Olivier Delas and Marie-Louise Tougas

Special Issue, April 2007

Hommage à Katia Boustany

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069041ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069041ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Delas, O. & Tougas, M.-L. (2007). QUELQUES RÉFLEXIONS ENTOURANT LA PARTICIPATION DE COMPAGNIES MILITAIRES PRIVÉES AUX CONFLITS ARMÉS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 49–61. <https://doi.org/10.7202/1069041ar>

Article abstract

Private military companies are more frequently a subject of discussion. In spite of the increasing part played by these companies in armed conflicts since the beginning of the nineties, their status, as well as the extent of the role they can play, remain ambiguous in regard of international law. The presence of non state actors able to change the issue of conflicts independently of a State's will, not to say for the benefit of private interests, as well as the increasing dependence of States upon the private sector for the execution of fundamental public functions such as in the military domain, seems to threaten, or at least transform the traditional rules relating to the conduct and the resolution of armed conflicts. This article will briefly explore the phenomenon of private military companies and propose thoughts in regards to their status and consequences of their activities on the international legal order.

QUELQUES RÉFLEXIONS ENTOURANT LA PARTICIPATION DE COMPAGNIES MILITAIRES PRIVÉES AUX CONFLITS ARMÉS

Par Olivier Delas et
Marie-Louise Tougas***

Les compagnies militaires privées font de plus en plus parler d'elles. Malgré le rôle important joué par ces compagnies dans les conflits armés depuis le début des années quatre-vingt-dix, leur statut de même que l'étendue et les limites du rôle qu'elles peuvent jouer demeurent ambigus au regard du droit international. La présence d'acteurs privés capables de changer l'issue de conflits indépendamment de la volonté étatique, voire pour des intérêts privés, de même que l'accroissement d'une certaine dépendance des États envers l'entreprise privée pour l'exécution de fonctions qui leur sont aussi fondamentales que le domaine militaire, semble menacer, ou à tout le moins transformer, les règles traditionnelles relatives à la conduite et au règlement des conflits armés. Cet article explorera succinctement le phénomène des compagnies militaires privées et tentera d'établir des pistes de réflexion quant à leur statut et aux conséquences de leurs activités sur l'ordre juridique international.

Private military companies are more frequently a subject of discussion. In spite of the increasing part played by these companies in armed conflicts since the beginning of the nineties, their status, as well as the extent of the role they can play, remain ambiguous in regard of international law. The presence of non state actors able to change the issue of conflicts independently of a State's will, not to say for the benefit of private interests, as well as the increasing dependence of States upon the private sector for the execution of fundamental public functions such as in the military domain, seems to threaten, or at least transform the traditional rules relating to the conduct and the resolution of armed conflicts. This article will briefly explore the phenomenon of private military companies and propose thoughts in regards to their status and consequences of their activities on the international legal order.

* Professeur de droit international public à la Faculté de droit de l'Université Laval; membre régulier de l'Institut québécois des hautes études internationales (programme Paix et sécurité internationales); avocat associé au cabinet KD-Avocats et président de la Société québécoise de droit international. L'auteur peut être rejoint à l'adresse suivante : <o_delas@yahoo.ca>.

** Doctorante à la Faculté de droit de l'Université Laval; avocate; assistante juridique (défense) au Tribunal pénal international pour le Rwanda de 2005 à 2007; LL.B.; LL.M. L'auteur peut être rejointe à l'adresse suivante : <marie-louise.tougas.1@ulaval.ca>.

Ce texte écrit à deux mains est un hommage à la professeure Katia Boustany. Un humble hommage à son immense richesse intellectuelle et culturelle, à travers un domaine du droit qu'elle affectionnait tout particulièrement, le droit international humanitaire. Théoricienne et praticienne du droit international, celle-ci vivait avant tout cette matière avec détermination, fougue et parfois emportement, comme un artiste ne faisant qu'un avec son œuvre.

* * *

Depuis quelques années, les compagnies militaires privées (CMP) font de plus en plus parler d'elles. Elles ont en effet profité d'une conjoncture favorable liée notamment à la privatisation de nombreux domaines d'activités étatiques, mais également à la fin de la guerre froide qui a engendré des réductions dans les effectifs militaires de certains États, entraînant du même coup une certaine disponibilité de matériel militaire et de personnel qualifié. Ainsi, le nombre de personnes travaillant pour des CMP en Irak, bien que difficile à évaluer, était estimé à plus de quarante-huit mille en 2006¹.

L'appellation compagnies militaires privées n'est sans doute pas parfaite et ne rend que difficilement compte de la pluralité des formes que revêtent ces compagnies, de même que de la diversité des services qu'elles offrent². Pour les fins de cet article, le terme comprendra toutes les compagnies qui offrent des services, y compris des services de sécurité, se rapportant directement à l'activité militaire et à son organisation. Ainsi, ces compagnies offrent maintenant divers services tels : l'entraînement militaire, la protection de personnes et de biens, l'approvisionnement en matériel, des services de consultants, de même que des activités de support à des opérations militaires³. Leurs clients sont des plus variés et comptent, notamment, des gouvernements, des entreprises, des organisations internationales et non gouvernementales, mais aussi, selon certains, des milices et des groupes

¹ É.-U., Government Accountability Office, *Testimony before the Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations, Committee on Government Reform. Rebuilding Iraq: Actions Still Needed to Improve Use of Private Security Providers*, 2006, p. 2, en ligne : Government Accountability Office <<http://www.gao.gov/new.items/d06865t.pdf>>. De plus, selon la Private Security Company Association of Iraq, il y aurait au moins 19 120 opérateurs étrangers non enregistrés exerçant dans le domaine de la sécurité en Irak, voir Robert Young Pelton, *Licensed to Kill: Hired Guns in the War on Terror*, New York, Crown, 2006, p. 338.

² Voir Oliver Delas, Anne-Marie Burns et Marie-Louise Tougas, « Les compagnies militaires privées : un nouveau défi pour le droit international », en ligne : (septembre/octobre 2006) *Sécurité mondiale* n° 22 <<http://www.iqhei.ulaval.ca/Pdf/Securitemondiale22.pdf>>.

³ Voir Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, New York, Cornell University Press, 2003, pp. 9-17 [Singer, *Corporate Warriors*] et Deborah D. Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 16-22 [Avant, *The Market for Force*].

criminels⁴. Malgré le rôle de plus en plus important joué par ces compagnies dans les conflits armés depuis le début des années 1990, leur statut de même que l'étendue et les limites du rôle qu'elles peuvent jouer demeurent ambigus au regard du droit international.

Pourtant, la participation d'acteurs privés aux conflits armés est loin d'être une nouveauté. Elle a pratiquement toujours existé au cours de l'histoire, principalement sous la forme du mercenariat. De l'armée d'Annibal aux Affreux de Bob Denard en passant par les *condottieri* médiévaux, le mercenariat a souvent été la règle plus que l'exception sur les champs de bataille. Ce n'est que progressivement et consécutivement à l'affirmation de son caractère souverain, à la suite des traités de Westphalie en 1648, que le monopole de la force militaire s'est imposé comme attribut essentiel et exclusif de l'État. C'est cependant surtout en réaction à l'implication de mercenaires dans une Afrique en pleine période de décolonisation que la communauté internationale a commencé à dénoncer le recours aux mercenaires et a entrepris d'adopter des mesures à ce sujet.

Face à un tel historique, l'arrivée de ces nouveaux acteurs, ou tout au moins, cette nouvelle forme d'intervention, soulève, au-delà des considérations éthiques, un grand nombre de questions juridiques.

Cet article explorera succinctement le phénomène des CMP et tentera d'établir des pistes de réflexion quant à leur statut au regard du droit international, et des conséquences sur l'ordre juridique international de leurs activités.

Tout d'abord, nous examinerons le statut que peuvent avoir les CMP et leurs employés en vertu du droit international afin de voir si elles apparaissent comme de nouveaux acteurs sur la scène des conflits armés, ou si elles ne sont que des mercenaires d'un nouveau genre. Ensuite, nous tenterons de voir si certaines des règles existantes du droit international, notamment du droit international humanitaire et du droit pénal international, permettent d'encadrer minimalement les activités de telles compagnies.

I. L'existence des compagnies militaires privées : émergence d'un nouvel acteur ou résurgence du mercenariat?

Comme nous l'avons souligné plus haut, les CMP sont de plus en plus présentes dans l'univers des conflits armés et au sein de l'organisation militaire de plusieurs États. Elles semblent désormais des acteurs incontournables. Toutefois le droit international ne contient aucune définition de ce qu'est une CMP. Ces compagnies peuvent être embauchées par des gouvernements (bien que rarement intégrées aux forces militaires régulières), par des organisations internationales, par des organisations non gouvernementales, mais également par d'autres entreprises

⁴ Singer, *ibid.*, et « Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry » (2001/2002) 26:3 *International Security* 186. Voir aussi Avant, *The Market for Force*, *supra* note 3 aux pp. 7-8.

privées. Les CMP peuvent à l'occasion participer de près aux opérations militaires ou offrir des activités de formation et de stratégie. Leur implication prend des formes aussi variées que les tâches qu'elles exécutent, rendant la détermination de leur statut d'autant plus complexe. Ces compagnies proposent-elles des services de mercenariat ou ne font-elles que répondre à de nouveaux impératifs militaires?

Le droit international ne s'est intéressé que relativement récemment à la question de l'utilisation de mercenaires. En effet, c'est lors de la tentative de sécession du Katanga, au début des années soixante, que le mercenariat est apparu comme un enjeu international soulevant des questions d'ordre juridique⁵. Aujourd'hui, les quelques textes internationaux traitant de l'utilisation des mercenaires lors de conflits armés contiennent pour la plupart la même définition de mercenaire.

Le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*⁶, adopté en 1977, est un texte contenant une telle définition qui demeure celle qui reçoit aujourd'hui le plus d'adhésions. Bien qu'il n'interdise pas le recours à des mercenaires lors de conflits armés internationaux⁷, le *Protocole I* stipule, à son article 47, que les mercenaires n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre⁸. Suivant cet article, est un mercenaire, notamment, toute personne qui : a) est spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé; b) prend une part directe aux hostilités; c) prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et reçoit une rémunération supérieure à celle reçue par des soldats de même rang dans une armée régulière; d) n'est ni ressortissant d'une partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une partie au conflit; et e) n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit.

Ces critères stricts et difficiles à remplir donnent une définition du mercenariat peu inclusive. De plus, elle semble renvoyer davantage à une conception sans doute dépassée du « mercenaire » puisqu'elle le considère comme étant une personne agissant seule, pour son propre compte et indifférente au conflit. Qui plus est, cette définition exige une participation directe aux hostilités, ce qui n'est pas le cas dans la majorité des contrats accordés à des CMP⁹. Enfin, en introduisant un

⁵ Éric David, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1978 à la p. 229.

⁶ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, en ligne : CICR <<http://www.cicr.org/dih.nsf/FULL/470?OpendDocument>> [*Protocole I*].

⁷ Bien que ne faisant pas partie du corpus du droit international humanitaire, il est à noter que la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États*, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations unies le 24 octobre 1970, stipule que les États ont le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre État, Rés. AG 2625(XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess. (1970).

⁸ Mais il n'interdit pas aux États qui le souhaitent de leur accorder néanmoins ce statut.

⁹ Virginia Newell et Benedict Sheehy, « Corporate Militaries and States: Actors, Interactions, and Relations » (2006) 41 *Tex. Int'l L.J.* 67 à la p. 71.

critère subjectif – la motivation personnelle du mercenaire –, elle devient plutôt laborieuse à appliquer puisque ce critère est difficile à démontrer¹⁰.

Par ailleurs, la *Convention de l'Organisation de l'Union africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique*¹¹ et la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement, et l'instruction des mercenaires* de 1989¹², reprennent essentiellement la même définition. La seconde retient toutefois un critère un peu plus large en ce qui a trait à la participation au conflit. Suivant l'article premier de cette convention, est aussi considérée comme un mercenaire la personne qui prend part à un acte concerté de violence visant à renverser un gouvernement ou à porter atteinte à son ordre constitutionnel, ou à son intégrité territoriale. Cette convention, entrée en vigueur en 2001, n'a toutefois reçu qu'un nombre restreint de ratifications¹³ et la définition de mercenaire qu'elle renferme pose des problèmes identiques que celle retenue par le *Protocole I*.

Dans sa dernière étude, la rapporteure spéciale du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme sur la question de l'utilisation des mercenaires admettait que le statut des CMP était incertain et que quelques-unes, dans certaines circonstances, pouvaient être classées comme mercenaires ou comme employant des mercenaires¹⁴. À l'instar de son prédécesseur¹⁵, elle proposait de revoir la définition de mercenaire contenue à la *Convention contre les mercenaires de 1989* pour y inclure, notamment, les notions d'entreprise et de société de mercenaires¹⁶.

Les CMP et leurs employés peuvent donc, aujourd'hui, aisément se soustraire à une définition de mercenaire aux critères trop complexes. Cependant, il est possible que certaines de leurs activités soient couvertes par les textes interdisant le recours aux mercenaires¹⁷, dépendamment de la nature et des conditions du contrat qu'elles effectuent.

¹⁰ Heather Carney, « Prosecuting the Lawless: Human Rights Abuses and Private Military Firms » (2006) 74 Geo. Wash. L. Rev. 317, p. 334. Voir aussi Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 450-451 [David, *Principes de droit des conflits armés*].

¹¹ 3 juillet 1977, 1490 R.T.N.U. 99, en ligne : CICR <<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/485?OpenDocument>>.

¹² 4 décembre 1989, 2163 R.T.N.U. 103, en ligne : CICR <<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/530?OpenDocument>> [*Convention contre les mercenaires de 1989*].

¹³ En janvier 2007, vingt-huit États étaient parties à cette convention. Voir le site du CICR, <<http://www.icrc.org/dih.nsf/TOPICS?OpenView>>.

¹⁴ Shaista Shameen, rapporteure spéciale, Commission des droits de l'homme, *Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Doc. off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/60/263 (2005), para. 47 [*Rapport des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires 2005*].

¹⁵ Voir Enrique Bernales Ballesteros, rapporteur spécial, Commission des droits de l'homme, *Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Doc. off. NU CDH, 59^e sess., Doc. NU E/CN.4/2003/16 (2002) aux para. 17-28.

¹⁶ *Rapport des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires 2005*, supra note 14 au para. 29.

¹⁷ Voir Avril McDonald, « The Legal Status of Military and Security Subcontractors » dans Roberta Arnold et Pierre-Antoine Hildbrand, dir., *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts, Changes and Challenges*, Lausanne, Edis, 2005, 215, pp. 223-225 [McDonald, « The Legal Status of Military and Security Subcontractors »].

Bien qu'on ne puisse établir clairement le statut des CMP au regard du droit international, cela ne signifie donc pas que celles-ci, leurs dirigeants et leurs employés ne soient soumis à aucune norme de droit international.

II. Les activités des compagnies militaires privées : quelle prise en compte normative par le droit international?

Tel que mentionné précédemment, les instruments internationaux traitant des mercenaires sont d'une utilité pratique discutable, particulièrement en ce qui a trait aux CMP et à leurs employés. Cela ne signifie pas pour autant que les activités de ces compagnies se retrouvent hors du champ d'application de toute norme juridique. Certaines règles de droit international peuvent, en effet, être appliquées aux dirigeants et employés des CMP et aux entités qui font appel à leurs services. Mais comme nous le verrons, ces règles peu nombreuses ne visent pas précisément les CMP et ne permettent pas de dissiper le flou juridique entourant leurs activités.

Le domaine de la responsabilité internationale des États en est un qui pourrait possiblement couvrir une partie de l'activité des CMP. Lorsque celles-ci agissent pour le compte d'un État et sont contrôlées par ce dernier, elles peuvent être considérées comme des agents de cet État et ainsi engager sa responsabilité internationale si leur comportement est contraire au droit international¹⁸. De plus, toujours suivant les règles de la responsabilité internationale des États, les activités des CMP illicites en droit international pourraient tout de même être imputées à l'État, même lorsque celles-ci agissent pour le compte d'entités privées, dans la mesure où ces activités peuvent être considérées comme une prérogative de la puissance publique que les CMP sont habilitées, par la législation nationale, à exercer ou qu'elles exercent en cas de carence des autorités¹⁹. Le domaine de l'activité militaire, ou tout au moins une bonne partie de ce domaine, relève sans contredit de la prérogative de la puissance publique. D'ailleurs, dans ses commentaires relatifs au *Projet d'articles sur la responsabilité d'État pour fait internationalement illicite*, le rapporteur spécial sur la responsabilité des États de la Commission du droit international (CDI), James Crawford, donnait l'exemple d'employés d'entreprises de sécurité privées chargés d'assurer des fonctions de gardien de prison dans certains

¹⁸ *Projets d'articles sur la responsabilité internationale*, Doc. off. AG NU, 56^e sess., Annexe, Doc. NU AG/RES/56/83 (2001), art. 8 : Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État. Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.

¹⁹ *Ibid.*, art. 5 et 9 : art. 5 : Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique. Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international. Art. 9 : Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles. Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requiert l'exercice de ces prérogatives.

États²⁰. Le recours à l'entreprise privée ne saurait permettre à l'État de se soustraire à ses responsabilités en la matière. Cet exemple, emprunté à une situation intéressant le droit interne, n'est pas sans rappeler le cas des employés de l'entreprise CACI International, embauchés par le gouvernement des États-Unis et impliqués dans le scandale du traitement des prisonniers de la prison irakienne d'Abu Ghraïb²¹. Enfin, rappelons que les États ont aussi l'obligation d'exercer une certaine diligence relativement au comportement d'entités privées relevant de leur juridiction, afin de veiller à ce qu'il ne soit pas contraire au droit international. Cette obligation comporte un devoir de prévention, mais aussi de répression²². Les États doivent aussi veiller à ce que leur territoire ne soit pas utilisé à des fins contraires aux droits des autres États, tel qu'établi dans l'arrêt de la Cour internationale de justice relatif à l'affaire du *Détroit de Corfou*²³. Selon ce principe, ils pourraient avoir l'obligation d'encadrer les activités des CMP sur leur territoire afin de s'assurer que celles-ci ne portent pas atteinte aux droits d'autres États.

Le droit international humanitaire est aussi susceptible d'encadrer certaines des activités des CMP et de leurs employés. En effet, celui-ci lie les individus, qu'ils soient agents de l'État ou simples particuliers²⁴. Les employés de CMP qui participent à des conflits armés ne peuvent donc pas se soustraire aux exigences du droit humanitaire et pourraient se voir reprocher, à titre personnel, des infractions à ce dernier. Ici encore la question de leur statut soulève de nombreuses interrogations. Le droit international humanitaire prévoit deux catégories principales d'acteurs dans les conflits internationaux : les combattants et les non-combattants (blessés, naufragés, prisonniers de guerre et population civile). Les combattants peuvent faire l'objet d'attaques et ne peuvent être poursuivis pour leur simple participation aux hostilités. Ils bénéficient aussi du statut de prisonnier de guerre lorsqu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi. Les civils, eux, sont protégés contre les attaques, mais ne peuvent participer directement aux hostilités sous peine d'engager leur responsabilité pour cette participation et de perdre leur protection²⁵.

²⁰ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États* (Doc. NU A/56/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. 2, partie 2, New York, NU, en ligne : CDI <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf>.

²¹ William R. Casto, « Regulating the New Privateers of the Twenty-First Century » (2006) 37 Rutgers L.J. 671 à la p. 685.

²² Voir « Quatrième rapport sur la responsabilité d'État » (Doc. NU A/CN.4/264 et Add.1) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1972*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 1974 (Doc. NU A/CN.4/Ser.A/1972/Add.1), en ligne : CDI <[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(f\)/ILC_1972_v2_f.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(f)/ILC_1972_v2_f.pdf)>, et Luigi Condorelli, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances » (1984) 189 Rec. des Cours 9, pp. 93-116, 174-176. Pour une illustration de l'application de ce principe, voir l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis c. Iran)*, [1980] C.I.J. rec. 3.

²³ *Affaire du Détroit de Corfou (fond) (Royaume-Uni c. Albanie)*, [1949] C.I.J. rec. 4 à la p. 22.

²⁴ David, *Principes de droit des conflits armés*, supra note 10 à la p. 220.

²⁵ Marco Sassoli et Antoine Bouvier, *Un droit dans la guerre?*, Genève, CICR, 2003, vol. 1 aux pp. 149-158.

Plusieurs catégories de personnes peuvent être considérées comme des combattants²⁶, tels que les membres des forces armées d'une partie au conflit²⁷ ou encore les membres des autres milices et corps de volontaires appartenant à une partie au conflit. Toute personne qui ne peut être qualifiée de combattant bénéficiera du statut de personne civile.

À première vue, les employés de CMP ne semblent pas correspondre à la notion de combattant²⁸. Pourtant, ils pourraient, dans certaines circonstances, être considérés comme tels, par exemple lorsqu'ils sont intégrés aux forces armées de la partie qui retient leurs services ou lorsqu'ils font partie d'un mouvement de résistance dans le cadre d'un conflit international²⁹. Ils pourraient aussi être considérés comme des combattants lorsqu'ils sont sous contrat avec un État partie à un conflit international et qu'ils remplissent les conditions de l'article 4 A(2) de la *Convention de Genève III*, c'est-à-dire être sous un commandement responsable, avoir un signe distinctif reconnaissable à distance, porter les armes ouvertement et respecter les lois et coutumes de guerre³⁰. Dans les cas où ils ne pourront être considérés comme des combattants, notamment lorsqu'ils ne seront pas intégrés à une force régulière d'un État ou lorsqu'ils seront sous contrat avec un acteur non étatique tel une organisation non gouvernementale, une organisation internationale³¹ ou une entreprise privée, les employés de CMP seront considérés comme des civils. Dans ce cas, ils ne pourront prendre une part directe aux hostilités, sous peine de perdre leur protection contre les attaques et d'engager leur responsabilité pénale. Il s'agit dès lors de qualifier ce qu'est précisément une participation directe aux hostilités.

Généralement, la notion de participation directe aux hostilités a une portée assez large, quoique plus restreinte que celle de participation à l'effort de guerre³². Suivant les *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977*, « par actes d'hostilité, il faut entendre les actes qui, par leur nature et leur but, sont destinés à

²⁶ *Protocole I*, *supra* note 6, art. 50 (1).

²⁷ À l'exception du personnel religieux et sanitaire, *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135, art. 33, en ligne : CICR <<http://www.cicr.org/dih.nsf/FULL/375?OpenDocument>> [*Convention de Genève III*], et *Protocole I*, *supra* note 6, art. 43 (2).

²⁸ Voir notamment, McDonald, « The Legal Status of Military and Security Subcontractors », *supra* note 17 aux pp. 226-229 et Michael N. Schmitt, « War, International Law, and Sovereignty: Reevaluating the Rules of the Game in a New Century: Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees » (2005) 5 *Chi. J. Int'l L.* 511 [Schmitt, « Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees »].

²⁹ *Convention de Genève III*, *supra* note 27, art. 4 (2). Voir aussi McDonald, « The Legal Status of Military and Security Subcontractors », *supra* note 17 à la p. 228.

³⁰ Voir à ce sujet, Emanuela-Chiara Gillard, « Business Goes to War: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law » (2006) 88 *R.I.C.R.* 525 [Gillard, « Business Goes to War »].

³¹ Cette affirmation devrait toutefois être nuancée en ce qui concerne l'ONU puisqu'il est généralement reconnu que les principes du droit international humanitaire s'appliquent à elle et, qu'en vertu du chapitre VII de sa charte, l'organisation pourrait constituer une force armée. Voir David, *Principes de droit des conflits armés*, *supra* note 10 aux pp. 199-212.

³² Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, dir., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR; La Haye, Martinus Nijhoff, 1986, para. 1679 [Sandoz et al., *Commentaires des Protocoles additionnels*].

frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées »³³. Elle peut comprendre l'approvisionnement en armes ou la mise en opération d'armement, même à une distance géographique de la zone de combat³⁴. Le droit international humanitaire ne faisant pas de distinction entre les actions offensives et les actions défensives, ce n'est pas parce qu'une CMP offre uniquement des services de sécurité que ceux-ci ne constituent pas une participation directe aux hostilités³⁵. Plusieurs des tâches confiées à des CMP sont donc susceptibles d'être considérées comme une participation directe. En l'absence de disposition précise quant au statut des employés des CMP, celui-ci devra être déterminé au cas par cas, dépendamment de l'entité avec laquelle ils contractent et en fonction de la nature de leur contrat et des activités qu'ils mènent. Cette détermination risque d'être une opération des plus complexes, considérant la diversité des tâches effectuées par les employés des CMP. En effet, si l'entretien des cuisines d'une base militaire peut difficilement être qualifié de participation directe aux hostilités, qu'en est-il de l'entraînement militaire d'une partie au conflit ou des activités de renseignement visant à localiser l'ennemi? De plus, plusieurs CMP offrent surtout des services de sécurité. Or, la défense d'un objectif militaire peut constituer une participation directe aux hostilités³⁶.

Lors de conflits non internationaux, les règles du droit international humanitaire applicables ne prévoient pas de statut de combattant et encore moins de statut particulier pour les employés de CMP. Bien que sans doute exceptionnelle, la possibilité qu'une CMP puisse être considérée comme une partie à un conflit³⁷ ou comme une groupe armé organisé³⁸ dans le cadre d'un conflit armé non international ne devrait pas être exclue³⁹. De plus, le *Protocole II* s'applique à toutes les personnes affectées par un conflit armé non international⁴⁰ et, à l'instar des *conventions de Genève*, il protège les civils, ce qui peut inclure les employés de CMP, contre les attaques à condition que ceux-ci ne participent pas directement aux hostilités⁴¹. La question des activités qui peuvent être considérées comme une participation aux hostilités se pose donc aussi dans ce contexte. Dans le cadre d'un conflit armé non international, une participation directe aux hostilités « implique un rapport de causalité adéquate entre l'acte de participation et son résultat immédiat »⁴². [Nos italiques.] Suivant l'Institut du droit international, outre les règles contenues au

³³ *Ibid.* au para. 1942.

³⁴ Alexandre Faite, « Involvement of Private Contractors in Armed Conflict: Implications under International Humanitarian Law » (2004) 4 *Defence Studies* 166 et McDonald, « The Legal Status of Military and Security Subcontractors », *supra* note 17 aux pp. 235-238.

³⁵ Voir *Protocole I*, *supra* note 6, art. 49 (1).

³⁶ Schmitt, « Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees », *supra* note 28 à la p. 538.

³⁷ Au sens de l'article 3 commun aux conventions de Genève.

³⁸ Au sens de l'article 1 du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, en ligne : ICRC <<http://www.icrc.org/dih.nsf/3355286227e2d29d4125673c0045870d/94158b3cd9abce b8 c1256414005e02bf>> [*Protocole II*].

³⁹ Gillard, « Business Goes to War », *supra* note 30 à la p. 546.

⁴⁰ *Protocole II*, *supra* note 38.

⁴¹ *Ibid.*, art. 13.

⁴² Sandoz *et al.*, *Commentaires des Protocoles additionnels*, *supra* note 32 au para. 4787.

Protocole II, les employés de CMP sont soumis aux règles de droit humanitaire coutumier et à l'article 3 commun aux conventions de Genève⁴³.

Finalement, soulignons que les CMP et leurs employés pourraient également être soumis aux règles du droit pénal international. Il a été établi que les individus pouvaient être tenus responsables de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de crimes de génocide. Cela inclut assurément les employés de CMP et leurs dirigeants. De plus, à l'occasion des procès de dirigeants d'entreprises ayant soutenu le régime nazi, il a été incidemment mentionné que la responsabilité dépassait le strict cadre individuel et mettait aussi en cause l'agissement de l'entreprise à des fins criminelles. À titre d'exemple, mentionnons les douze dirigeants de l'entreprise Krupp qui ont été accusés de crimes contre la paix, d'avoir imposé le travail forcé et de pillage⁴⁴. Dans cette affaire, le tribunal a conclu que :

*The Krupp firm, through defendants Krupp, Loeser, Houdremont, Mueller, Janssen, and Eberhardt, voluntary and without duress participated in these violations by purchasing and removing the machinery and leasing the property of the Austin plant and in leasing the Paris property.*⁴⁵

Pour certains, les articles 9 et 10 de la *Charte du Tribunal militaire international*⁴⁶ traduisait la reconnaissance d'une certaine forme de responsabilité pénale des personnes morales :

La déclaration de criminalité dont sont frappés certains groupements et organisations montre que, dans la pensée des auteurs du statut et des juges, les responsabilités individuelles ne sont pas seules engagées dans le drame de la Deuxième Guerre mondiale.⁴⁷

⁴³ Voir à ce sujet, Institut de droit international, *Résolution de Berlin : L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques*, (1999) 68-II Ann. inst. dr. int. 386.

⁴⁴ *United States v. Alfred Krupp* (1948), 9 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals 1327.

⁴⁵ *Ibid.* à la p.1353.

⁴⁶ Art. 9 : *At the trial of any individual member of any group or organization the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization.* Art. 10 : *In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individual to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned. Charter of the International Military Tribunal, Nuremberg Trial Proceedings, vol. 1, en ligne : Yale Law School <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm>>.*

⁴⁷ Henri Donnedieu De Varbres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international » (1947) 70 Rec. des Cours 481 à la p. 559. Toujours relativement à ces articles, De Varbres est d'avis que : « En s'exprimant ainsi, le statut résout implicitement par l'affirmative un problème à l'égard duquel ses auteurs semblent avoir eu quelque hésitation à se prononcer : celui de la responsabilité pénale des personnes morales. Car s'il ne prévoit pas l'infliction de sanctions pénales à des groupements qui appartiennent au passé [...], il se prononce, ou plutôt il oblige le tribunal à se prononcer, sur leur caractère criminel » à la p. 545.

Bien qu'à ce jour aucune instance internationale n'ait eu compétence pour juger les personnes morales et que la compétence des tribunaux pénaux internationaux se restreigne aux personnes physiques⁴⁸, ceci ne signifie pas que, par nature, les compagnies ne puissent se voir reprocher des crimes internationaux. D'ailleurs, lors des négociations entourant l'adoption du *Statut de Rome* en 1998, la possibilité de donner à la Cour pénale internationale une telle compétence a été examinée avant d'être rejetée⁴⁹. Cette possibilité a été retenue en droit interne où certaines lois nationales octroient aux tribunaux nationaux la compétence de juger des entreprises pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou actes de génocide⁵⁰. Quoiqu'il en soit, la compétence de la Cour pénale internationale pour juger les dirigeants et les employés de CMP ne peut être écartée dans les cas où ces derniers seraient ressortissants d'États parties au traité de Rome ou auraient commis des crimes internationaux sur le sol d'un de ces derniers.

Il semble donc que les CMP, tout au moins leurs membres, soient assujettis à certaines règles du droit international. Certaines se sont d'ailleurs déjà engagées à élaborer un code de conduite à l'intention des entreprises privées œuvrant dans des zones de conflit ou post-conflituelles⁵¹. Bien que louable, cette initiative ne doit pas occulter le fait que les dirigeants et employés de CMP sont soumis au droit international humanitaire. Il ne leur est donc pas possible de choisir, par l'édition d'un tel document, les règles auxquelles ils entendent se conformer⁵².

Enfin, certains États ont adopté des lois pour encadrer l'activité des CMP et soumettre celles-ci à un système de licences. Aux États-Unis, la réglementation de mise en œuvre du *Arms Export Control Act*⁵³ exige que toutes les CMP offrant des services de stratégie, d'entraînement ou de conseils de maintenance à des forces

⁴⁸ Voir par exemple, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 59, art. 25 (1) [*Statut de Rome*].

⁴⁹ Par exemple, l'article 23 (5) et (6) du projet de statut de la Cour pénale internationale : 23 (5) : *The Court shall have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or representatives.* 23 (6): *The criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are perpetrators or accomplices in the same crimes Draft Statute for the International Criminal Court*, Doc. off. NU, 1998, Annexe, point 1, Doc. NU A/CONF.183/2/Add.1, en ligne : Nations unies <<http://www.un.org/law/n9810105.pdf>>. Selon Andrew Clapham, la principale raison ayant mené au rejet de ces articles était la crainte de plusieurs gouvernements de réintroduire le crime d'État, compte tenu des nombreuses entreprises publiques associées à des entreprises privées et de la difficulté d'établir une distinction claire entre activités gouvernementales et activités commerciales. Voir Andrew Clapham, « The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Person: Lessons from de Rome Conference on an International Criminal Court » dans Menno T. Kamminga and Saman Zia-Zarifī, dir., *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2000 à la p. 191.

⁵⁰ Par exemple, au Canada, la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.R.C. 2000, c. C-24, permet de telles poursuites au criminel et, aux États-Unis, le *Alien Tort Claim Act*, 28 U.S.C. § 350, stipule que : « *The district courts shall have original jurisdiction of a civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of the nations or a treaty of the United States* ».

⁵¹ Voir la *Déclaration des entreprises du secteur de la paix et de la sécurité* en annexe du *Rapport des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires 2005*, *supra* note 14.

⁵² Voir Gillard, « Business Goes to War », *supra* note 30 à la p. 548.

⁵³ 22 U.S.C. § 2752.

étrangères s'enregistrent et obtiennent un permis auprès du Département d'État⁵⁴. En 1998, l'Afrique du Sud a aussi adopté une loi interdisant à des compagnies sud-africaines d'offrir des activités de combat militaire et soumettant celles offrant d'autres services militaires à des étrangers à un système de permis⁵⁵. Ces initiatives, bien que souhaitables, ne règlent pas non plus tous les problèmes de nature juridique liés aux activités des CMP. Par exemple, le fait qu'elles opèrent souvent dans des zones de conflits ou sur le territoire d'États dits faibles, rend difficile leur soumission aux systèmes juridique et judiciaire de ces États. Ainsi, en 2000, lorsque des employés de la compagnie DynCorp furent soupçonnés d'avoir acheté des jeunes filles pour en faire des esclaves sexuelles en Bosnie, la compagnie les licencia, de même que les dénonciateurs, et les fit sortir du pays. Ces personnes ne firent l'objet d'aucune poursuite⁵⁶.

* * *

Cet article n'a présenté qu'un survol des questions soulevées par la participation de plus en plus grande de compagnies militaires privées aux conflits armés et à l'organisation militaire interne de nombreux États. Bien qu'un certain flou juridique entoure toujours le statut et la nature des CMP au regard du droit international, celles-ci ne sont pas pour autant exclues du champ d'application de celui-ci. Certaines règles existantes peuvent s'appliquer à elles, à leurs membres et à ceux avec qui elles contractent.

Il semble donc fondamental que les nombreuses questions juridiques soulevées par les activités des CMP fassent l'objet de réflexions et de débats au sein de la société internationale⁵⁷. De telles réflexions dépassent largement la simple application de normes juridiques, mais touchent aux fondements mêmes de l'ordre juridique international.

Malgré la place acquise par les organisations internationales et, plus récemment, par les individus en droit international, l'État demeure l'acteur central et principal d'un ordre juridique international toujours de type westphalien. Au sein de cet ordre, l'État souverain possède, en principe du moins, le monopole de la violence organisée et peut seul (ou collectivement) en faire légalement usage⁵⁸. La

⁵⁴ Nathaniel Stinnett, « Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses » (2005) 28 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 211 à la p. 218.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Singer, *Corporate Warriors*, *supra* note 3, p. 222 et Robert Capps, « Outside the Law », *Salon* (26 juin 2002), en ligne : *Salon* <<http://archive.salon.com/news/feature/2002/06/26/bosnia/index.html>>.

⁵⁷ Par exemple, le Département des affaires étrangères du gouvernement suisse, en collaboration avec le CICR lançait, l'an dernier, une initiative de réflexion et de dialogue sur la question des entreprises militaires et des entreprises de sécurité privées Voir, en ligne : Suisse, Département des affaires étrangères <<http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/humlaw/pse/psechi.html>>.

⁵⁸ Voir Jackson Nyamuya Maogoto et Benedict Sheehy, « Contemporary Private Military Firms under International Law: an Unregulated "Golden Rush" » (2006) *Expresso* n° 1345, en ligne : *The Bekerley Electronic Press* <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=6237&context=expresso>>.

privatisation de l'exercice du recours à la violence qu'engendre l'activité des CMP n'entre-t-elle pas en contradiction avec ce principe, *a fortiori* lorsque celles-ci sont au service d'autres compagnies privées? Cela n'entraînera pas nécessairement une diminution de l'importance des États au sein de l'ordre juridique international, mais ouvre certainement la voie à des changements quant au rôle joué par ces derniers ainsi que par des acteurs non étatiques relativement au contrôle et à l'exercice de la force sur la scène internationale⁵⁹. La présence de CMP, capables de changer l'issue de conflits indépendamment de la volonté étatique, voire pour des intérêts privés, de même que l'accroissement d'une certaine dépendance des États envers l'entreprise privée pour l'exécution de fonctions qui leur sont aussi fondamentales que le domaine militaire, semble menacer, ou à tout le moins transformer, les règles traditionnelles relatives à la conduite et au règlement des conflits armés⁶⁰. Permettre à des entités privées, non soumises aux mêmes règles que les États, notamment à la *Charte des Nations unies* encadrant le recours à la force, de prendre part à l'organisation et à l'utilisation de la force contre des États ou d'autres entités privées ne risque-t-il pas de bouleverser en partie l'ordre juridique international? Beaucoup de mises en garde quant aux conséquences juridiques du recours au mercenariat pourraient également valoir pour les CMP. Ainsi, la rapporteure spéciale des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires faisait remarquer que :

[L]a définition légale de la notion de mercenaire ne peut être adoptée que par une décision à caractère politique portant sur la question fondamentale de savoir si les États souhaitent continuer à être les seuls responsables de l'utilisation légitime de la force, de la déclaration de guerre et de l'utilisation de la force selon certaines règles d'engagement internationalement acceptables.⁶¹

De telles inquiétudes peuvent également se lire dans le préambule de la *Convention sur les mercenaires de 1989*, selon lequel :

Sachant que des mercenaires sont recrutés, utilisés, financés et instruits pour des activités qui violent des principes du droit international tels que ceux de l'égalité souveraine, de l'indépendance politique et de l'intégrité territoriale des États ainsi que de l'autodétermination des peuples.⁶²

Dès lors, la privatisation du domaine militaire, plus précisément la possibilité d'un recours à de tels acteurs par les États ou par d'autres compagnies privées, ne risque-t-elle pas également de porter atteinte à ces mêmes principes de l'ordre juridique international?

⁵⁹ Avant, *The Market for Force*, *supra* note 3 à la p. 264.

⁶⁰ Voir James Cockrayne, « The Global Reorganization of Legitimate Violence: Military entrepreneurs and the Private Face of International Humanitarian Law » (2006) 88 R.I.C.R. 459.

⁶¹ *Rapport des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires 2005*, *supra* note 14 au para. 51.

⁶² *Convention contre les mercenaires de 1989*, *supra* note 12.