

Ce mémoire a obtenu le Prix 2023 du Meilleur mémoire de Master attribué par la Graduate School Droit de l'Université Paris-Saclay.

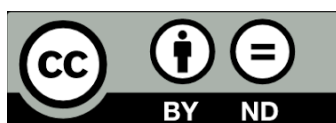
université
PARIS-SACLAY

.....

GRADUATE SCHOOL

Droit

Le contenu de ce mémoire est sous licence CC BY-ND.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.fr>



Master 2 Droits de l'Homme et Droit
Humanitaire

**L'application du droit international humanitaire aux
entreprises militaires et de sécurité privées : le cas des
conflits armés en Iraq (2003-2011) et en Libye (2011 à
aujourd'hui)**

Tayssir OTHMANI

Sous la direction du Professeur Yann JUROVICS

2021-2022

**L'université n'entend pas approuver ce qui suit. J'assume seule les propos contenus dans le présent mémoire.*

REMERCIEMENTS

Je souhaite dans un premier temps exprimer ma sincère reconnaissance envers Monsieur le Professeur Yann JUOVICS pour sa constante disponibilité dans l'encadrement du présent mémoire réalisé sous sa direction. Je tiens à le remercier pour son écoute et ses conseils bienveillants ainsi que pour les enseignements vivants et passionnants qu'il a su transmettre tout au long de cette année.

J'aimerais ensuite remercier Madame la Professeure Claire Brice-Delajoux, directrice du Master Droits de l'Homme et Droit humanitaire, pour son implication et son engagement sans faille dans la mise en œuvre des conditions nécessaires à la réussite de ses étudiants. Je la remercie particulièrement pour sa pédagogie, son accompagnement et ses riches enseignements.

Aussi, je tiens à remercier l'ensemble du corps professoral pour nous avoir partagé leurs connaissances et pour avoir contribué à faire de cette belle année d'étude une expérience intellectuellement stimulante et grandissante.

Je souhaite également remercier mes camarades de promotion pour leur gaieté, leur bienveillance et leur soutien.

Je tiens enfin à exprimer ma profonde reconnaissance envers mes parents ainsi que mes frères et sœurs pour leur patience, leur soutien et leurs encouragements qu'ils m'apportent depuis toujours.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	
Paragraphe 1 – Brève histoire de l’essor des entreprises militaires et de sécurité privées.....	
Paragraphe 2 – Définitions.....	
A. Les entreprises militaires et de sécurité privées.....	
B. Conflit armé.....	
Paragraphe 3 – Le conflit armé en Iraq, de 2003 à 2011.....	
Paragraphe 4 – Le conflit armé en Libye, de 2011 à aujourd’hui.....	
PARTIE 1. LE STATUT DISCUTÉ DES EMPLOYÉS D’EMSP AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE.....	
Chapitre 1. L’impossible rattachement des employés d’EMSP au statut de mercenaire.....	
Chapitre 2. Le difficile rattachement des employés d’EMSP au statut de combattant.....	
Chapitre 3. Le statut de civil, seul statut approprié pour les employés d’EMSP ?.....	
Section 1. La définition et le statut de civil dans le droit international humanitaire.....	
Section 2. Les difficultés de l’attribution du statut de civil aux employés d’EMSP.....	
PARTIE 2. UN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE INSUFFISANT À L’ENCADREMENT DE L’ACTION DES ENTREPRISES MILITAIRES ET DE SÉCURITÉ PRIVÉES DANS LES CONFLITS ARMÉS.....	
Chapitre 1. L’inapplication du droit international humanitaire existant par les EMSP et l’impuissance dans la répression de sa violation.....	
Section 1. Une absence d’application du droit international humanitaire en vigueur : les nombreux « incidents » provoqués par les employés d’EMSP.....	
Section 2. Les obstacles à l’application du droit international humanitaire en vigueur : l’existence et le maintien d’un contexte propice à la violation du droit international humanitaire.....	
Chapitre 2. Un système international juridique et juridictionnel inadapté à la répression de ce nouvel acteur	
Section 1. La compétence limitée de la Cour pénale internationale pour juger les employés d’EMSP responsables de la commission de crimes internationaux en Iraq et en Libye.....	
Section 2. Une responsabilité brouillée : la mise en cause incertaine de la responsabilité internationale de l’État contractant pour violation du droit international humanitaire par les EMSP.....	
Section 3. La responsabilité de l’État d’origine et des autres États sur le fondement de leurs liens étroits avec les EMSP : le cas de la Turquie et de la Russie.....	
CONCLUSION.....	

LISTE DES ABRÉVIATIONS

- ANL = Armée nationale libyenne
- ANS = Armée nationale syrienne
- CDI = Commission du droit international
- CIA = Central Intelligence Agency (Agence Centrale de Renseignements)
- CIJ = Cour internationale de justice
- CPA = Coalition Provisional Authority
- CPI = Cour pénale internationale
- EMSP = Entreprise militaire et de sécurité privée
- FTCA = Federal Tort Claim Act
- GNA = Gouvernement d'Union nationale libyen
- GRU= Direction générale des renseignements de l'État-Major des Forces armées de la fédération de Russie
- MIT = Millî İstihbarat Teşkilatı (Organisation nationale de renseignement)
- ONU = Organisation des Nations Unies
- SOFA = Status of forces agreement
- TPIY = Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
- TPIR = Tribunal pénal international pour le Rwanda
- UNAMI = United Nation Assistance Mission for Iraq (Mission d'Assistance des Nations Unies pour l'Iraq)

INTRODUCTION

“The Department of Defense is gambling future military victory on contractors’ performing operational functions on the battlefield. Contractors are becoming increasingly responsible for in-theater taskings previously accomplished by military personnel [...] In fact, fiscal policy has driven us to a point where there is, or will be, no organic military capability in many functions critical to weapon systems performance [...] the distinction between military member and contractor support has been conveniently blurred”¹

Ce pronostic établi par le colonel de l’*Air Force* Steven John Zamparelli en 1999, alors qu’il était encore étudiant à l’*Air War College*, démontre le changement de l’allure que prennent les conflits armés avec l’évolution de la nature des acteurs qui y interviennent. Le constat visionnaire de Steven J. Zamparelli soulève des problématiques juridiques liées à l’application du droit international humanitaire à ces *contractors*, ou entreprises militaires et de sécurité privées (ci-après « EMSP »), lorsqu’ils assument des fonctions de combat.

Paragraphe 1 – Brève histoire de l’essor des entreprises militaires et de sécurité privées

Les premières entreprises militaires et de sécurité privées contemporaines sont apparues lors de la guerre du Vietnam entre 1955 et 1975. Vinnell, Pacific Architects & Engineers et Halliburton étaient alors engagées auprès de l’armée américaine pour l’appuyer dans des tâches diverses. C’est toutefois à partir de la fin des années 1960 que les EMSP élargiront leur secteur d’intervention pour proposer des services de formation des troupes² et même s’impliquer plus directement dans les combats auprès des forces armées à partir des années 1990³.

¹ Steven John Zamparelli, “Contractors on the Battlefield: What Have We Signed For?”, *Air Force Journal of Logistics*, vol.23, n°3, automne 1999, p.18.

² C’est le cas de la société britannique Watchguard International créée en 1967 par exemple.

³ Il en est ainsi de la société sud-africaine Executive Outcomes créée en 1989 et qui jouera un rôle prépondérant dans le conflit armé en Sierra Leone en 1994, où elle assistera militairement le gouvernement contre le Front révolutionnaire uni, en échange de concessions minières diamantaires.

Le recours aux EMSP par les États s'explique par différents facteurs⁴. Économique, d'abord, l'élargissement de la tendance du *New Public Management*, réduisant les dépenses publiques et intensifiant le recours à la sous-traitance a conduit à l'ouverture d'un nouveau marché privé compensant la baisse de l'investissement public dans le secteur. Politique, ensuite, le recours aux EMSP permet à certains États de ne pas s'encombrer des règles que leur impose leur régime démocratique pour le recours à la force armée qui nécessite une autorisation du Parlement ou de son équivalent et qui suscite inévitablement l'intérêt (et les critiques) de l'opinion publique. En Libye, en l'absence de véritable armée unie dans chacun des deux camps qui s'affrontent, le renfort militaire qu'elles apportent est la bienvenue pour le Gouvernement d'Union nationale d'un côté et pour l'Armée nationale libyenne de l'autre. Des raisons d'ordres géopolitique et stratégique motivent ainsi le recours aux EMSP par les États.

Avec le temps, ces EMSP sont devenues de plus en plus présentes, encombrantes même, sur le terrain des opérations armées. En Iraq, les incidents dans lesquels elles étaient impliquées desservaient l'armée américaine qui peinait déjà à se trouver une légitimité aux yeux des Iraquiens et du monde.

Paragraphe 2 – Définitions

A. Les entreprises militaires et de sécurité privées

Qu'est-ce qu'une entreprise militaire et de sécurité privée ? Ce terme regroupe tout un panel d'entreprises proposant des services divers. Le point commun entre elles demeure dans le fait qu'elles sont toutes spécialisées pour intervenir dans une situation de conflit armé et qu'elles proposent leur savoir-faire à différents acteurs amenés à participer ou à agir dans un contexte si particulier, comme les États, les groupes armés, les sociétés privées, les organisations non-gouvernementales et les organisations internationales. La

⁴ Marie-Ève Lapointe, « Le droit international humanitaire, à la merci des compagnies militaires privées ? », *Revue québécoise de droit international*, vol.24-1, 2011, p. 86

différence essentielle qui peut exister entre deux EMSP réside dans le fait que l'une peut proposer des activités impliquant une participation au combat alors que l'autre peut se cantonner à des missions strictement sécuritaires ou logistiques ou autres, qui ne nécessitent pas une intervention dans les hostilités. C'est cette frontière fondée sur le critère de la participation directe aux hostilités, ou sur la fourniture de services « offensifs » ou « défensifs », qui sépare parfois les sociétés « militaires » privées des sociétés « de sécurité » privées⁵.

Certains auteurs proposent une définition des EMSP en fonction des services qu'elles offrent. Peter Singer a ainsi établi trois catégories d'EMSP. La première vise les EMSP qui fournissent une assistance directe et tactique qui implique les activités de combat direct. La deuxième catégorie concerne les EMSP qui fournissent des activités de conseil et d'entraînement. Enfin, la dernière catégorie englobe les EMSP qui fournissent un appui de nature non armée, comme des services de logistique, des services de maintenance et de renseignement pour les forces armées⁶.

D'autres auteurs comme Madame Caroline Holmqvist utilisent des formules générales sans établir de distinction entre les différentes sociétés en fonction des services qu'elles offrent⁷.

Nous recourons dans le cadre de ce mémoire à l'expression d'« entreprise militaire et de sécurité privée » (EMSP) pour désigner de façon intentionnellement large l'ensemble des sociétés qui fournissent un service quelconque dans les conflits armés. C'est la définition proposée notamment par Nicolas Haupais⁸ et retenue par Emmanuella-Chiara Gillard⁹.

⁵ Caroline Holmqvist, « Private security companies, The case for regulation », *SIPRI*, Policy Paper No. 9, Janvier 2005, p.5.

⁶ Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, 2003, pp. 91-100.

⁷ Caroline Holmqvist, *op. cit.* : l'auteure a recours à la formule de « société privée de sécurité » mais sans faire de distinction entre les sociétés « militaires » et les sociétés « de sécurité ».

⁸ Nicolas Haupais, « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre », *Annuaire français de droit international*, volume 55, 2009, p. 95.

⁹ Emmanuella-Chiara Gillard, « Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol.88, 2006, p. 178. L'auteure utilise toutefois des termes plus précis en définissant les sociétés militaires et de sécurité privées comme « les sociétés fournissant toute forme de service militaire ou de sécurité dans des situations de conflit armé ». Elle semble toutefois y inclure les services purement logistiques n'impliquant pas l'usage de la force. Pour éviter toute confusion, nous avons préféré retenir l'expression « services quelconques » employée par Monsieur Nicolas Haupais.

B. Conflit armé

Si ces entreprises agissent dans le contexte d'un conflit armé, il convient de définir ce dernier terme. L'ordonnance du 2 octobre 1995 rendue par le TPIY dans l'affaire Dusko Tadić¹⁰ énonce que :

« Un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force entre États, ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés, ou entre de tels groupes au sein d'un État ».

Il existe une distinction entre le conflit armé international et le conflit armé non-international. Cette distinction est essentielle en ce que la détermination des règles du droit international humanitaire dans un conflit armé dépendra de la qualification qui lui sera retenue.

Les conventions du droit international humanitaire définissent les conflits armés internationaux comme étant les conflits armés qui opposent deux ou plusieurs États parties aux Conventions de Genève, les cas d'occupation militaire de tout ou partie du territoire d'un État partie, que cette occupation se confronte à une résistance militaire (de la part de forces armées ou de groupes armés non étatiques) ou non, ainsi que les guerres de libération nationales (article 1.4 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949)¹¹. Un conflit armé international peut également confronter un groupe armé à un État lorsque ce groupe armé est contrôlé par un État tiers¹².

Le droit applicable aux conflits armés internationaux regroupe les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève ainsi que le droit international humanitaire coutumier qui s'applique à tous les États,

¹⁰ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-A, 2 octobre 1995, paragraphe 70.

¹¹ Françoise Bouchet-Saulnier, Dictionnaire pratique du droit humanitaire, *La Découverte*, édition 2013, p.136.

¹² Deux interprétations existent sur le degré de contrôle que l'État tiers doit exercer sur le groupe armé pour qualifier le conflit armé d'international. La Cour internationale de justice exigeait initialement un « contrôle effectif » (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis), 27 juin 1986) tandis que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie retient une interprétation plus souple avec la notion de « contrôle global » (TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, arrêt de la Chambre d'appel, IT-94-1-A, 15 juillet 1999). En 2007, la CIJ a nuancé sa position en admettant que l'existence d'un contrôle global suffisait pour qualifier un conflit armé d'international mais en maintenant l'exigence d'un contrôle effectif pour l'engagement de la responsabilité internationale de l'État pour les infractions commises par le groupe armé (CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), 26 février 2007).

même non parties aux Conventions et Protocoles. Enfin, peuvent être qualifiés de conflits armés internationaux, les conflits armés dans lesquels les forces armées internationales autorisées par l'Organisation des Nations unies (ci-après, « ONU ») sont présentes et participent aux combats de manière offensive¹³.

Les conflits armés non-internationaux regroupent pour leur part les conflits armés opposant un ou plusieurs groupes armés dissidents ou rebelles à l'État national¹⁴. Il s'agit donc de conflits armés asymétriques. Les conflits armés non-internationaux se distinguent toutefois des situations de troubles internes par le seuil de violence et d'organisation qui les caractérise. Le droit applicable dans les conflits armés non-internationaux regroupe l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, le deuxième Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève ainsi que le droit international humanitaire coutumier.

A partir de ces définitions, il convient de déterminer si les conflits armés en Libye et en Iraq qui font l'objet de la présente étude sont des conflits armés internationaux ou des conflits armés non-internationaux.

Paragraphe 3 - Le conflit armé en Iraq, de 2003 à 2011

*“This is a sad day for the United Nations and the world”*¹⁵

Le 20 mars 2003 marque le début du conflit armé en Iraq avec la conduite de l'opération militaire Liberté iraquienne. La coalition internationale avec à sa tête les États-Unis envahit alors l'Iraq dans l'objectif officiel de renverser le régime de Saddam Hussein et d'installer une démocratie. Le chaos créé par cette intervention est bien connu et le pays peine encore à se relever. L'invasion de l'Iraq par la coalition internationale et la situation d'occupation américaine qui s'en est suivie permettent de considérer que le conflit armé en Iraq entre 2003 et 2011 était un conflit armé international.

Le 21 avril 2003, l'Autorité provisoire de la coalition (*Coalition Provisional Authority*, ci-après « CPA ») avait été instituée en tant que « gouvernement provisoire » pour

¹³ Françoise Bouchet-Saulnier, *op. cit.*, p.139.

¹⁴ *Ibid.*, p.144-156.

¹⁵ Kofi Annan, lors de la 4721^e séance du Conseil de sécurité du 19 mars 2003, S/PV.4721, p. 24.

administrer le pays en s'arrogeant l'ensemble des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire jusqu'au 28 juin 2004. Malgré la dissolution de la CPA, l'ordonnance 17 de l'Autorité provisoire de la coalition (*Coalition Provisionnal Authority Order 17*, ci-après « CPA Order 17 ») du 27 juin 2004 a tout de même continué de s'appliquer jusqu'à l'entrée en vigueur d'un nouvel Accord de statut des forces à l'étranger (en anglais *Status of Forces Agreement* en janvier 2009, qui fixe au 31 décembre 2011 la date limite pour le retrait des forces armées américaines. Cette ordonnance nous intéressera particulièrement pour l'immunité juridictionnelle qu'elle accorde aux employés d'EMSP agissant en Iraq devant les tribunaux irakiens.

Paragraphe 4 - Le conflit armé en Libye, de 2011 à aujourd'hui

En février 2011, le mouvement des « Printemps arabes » s'étend à la Libye et les protestations naissent dans le pays contre le régime dictatorial de Mouammar Kadhafi. Les manifestations virent à la révolution qui est violemment réprimée par le Gouvernement libyen. Le pays bascule alors dans la guerre civile. Le 17 mars 2011, la résolution 1973 est adoptée au Conseil de Sécurité des Nations-Unies (ci-après « CSNU ») pour la mise en place d'une zone d'exclusion aérienne dans l'espace aérien libyen en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. L'objectif officiel était d'empêcher toute action aérienne du gouvernement libyen contre les civils. La coalition internationale soutient en fait les révolutionnaires par des bombardements aériens et depuis des navires, pour faire chuter le régime de Mouammar Kadhafi. Ce dernier est tué le 20 octobre 2011 et le mandat de la coalition internationale prend fin le 31 octobre de la même année.

À partir de 2014, une deuxième guerre civile est provoquée par les affrontements entre les différents groupes armés et djihadistes du pays qui sont nés pendant la première guerre en 2011. Des affrontements surgissent entre l'Armée nationale libyenne (ci-après « ANL ») et les milices affiliées au Gouvernement d'Union nationale (GNA) créé en 2016. Les deux camps engagent des EMSP pour les appuyer dans leurs offensives militaires. C'est notamment la mission de l'EMSP turque Sadat qui opère pour le GNA et de l'EMSP Wagner qui agit quant à elle du côté de l'ANL. Malgré de multiples ingérences étrangères qui ont donné le nom de « *proxy war* » au conflit armé libyen, ce

dernier est un conflit armé non international. Le Rapport final du Groupe d'experts sur la Libye de 2021¹⁶ fait par ailleurs référence à l'application des dispositions du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non-internationaux.

Nous avons décidé de centrer notre mémoire sur le cas des conflits armés en Iraq et en Libye car ils sont emblématiques du recours aux EMSP par les parties à un conflit armé et de l'évolution de leur rôle dans un tel conflit. Avec un ratio d'un employé d'EMSP pour un soldat des forces armées régulières en Iraq pendant le conflit armé de 2003-2011, celui-ci constitue le premier conflit armé dans lequel on a un recours aussi massif aux EMSP¹⁷. Essentiellement engagées pour des missions logistiques et de sécurité n'impliquant pas une participation directe aux hostilités en Iraq, le recours aux EMSP évolue aujourd'hui vers la délégation de missions de combat direct et continu. Ce sont en grande partie pour ces tâches qui impliquent une participation directe aux hostilités que les différentes parties au conflit armé libyen engagent des EMSP¹⁸.

L'« externalisation de la guerre », comme on a pu nommer le recours aux EMSP¹⁹, pose des questions juridiques touchant l'ensemble des acteurs concernés par ce phénomène. Ce dernier qui implique de plus en plus la participation directe aux hostilités des employés d'EMSP comme nous l'illustre le conflit armé en Libye depuis 2011, interroge sur l'adaptabilité du droit international humanitaire à cette nouvelle catégorie, en particulier en ce qui concerne le statut du personnel des EMSP. Au départ en effet, les fonctions de combat étaient plutôt exceptionnelles pour les EMSP et peu d'entre elles en proposaient. Si le conflit armé d'Iraq en 2003 est le premier dans lequel les EMSP ont été aussi massivement sollicitées, celles-ci devaient essentiellement occuper des fonctions de logistique traditionnelles et de sécurité mais qui n'impliquaient pas de participer directement aux hostilités. Une telle participation par les EMSP relevaient donc dans le conflit armé iraquien à un « débordement » de leurs fonctions plutôt qu'à une délégation des activités de combat par les États contractants. Le conflit armé libyen en revanche

¹⁶ Conseil de sécurité des Nations Unies, 2021, Rapport final du Groupe d'experts sur la Libye créé par la résolution 1973 (2011), S/2021/229.

¹⁷ En comparaison, la guerre du Vietnam et la Première guerre du Golfe comptaient un contractant pour cinquante-cinq soldat des forces armées régulières : Marie-Ève Lapointe, *op.cit.* (note 4), p. 87.

¹⁸ Cela fera dire à Monsieur Javier Martín que le conflit armé en Libye est « la première [guerre] entièrement privatisée de l'histoire depuis que ce phénomène [de recours aux EMSP] s'est développé avec le conflit en Iraq en 2003 » : Javier Martín, « Libye : terre de mercenaires, zone d'influence russe », *Moyen-Orient*, n°49, « Libye : Le « Grand Jeu méditerranéen », 23 juin 2021.

¹⁹ Nicolas Haupais, *op.cit.*, p. 87.

constitue l'une des premières guerres où l'on retrouve un recours massif aux EMSP pour assurer des fonctions de combat et pour participer directement aux hostilités. Même s'il constitue un conflit armé non international, le cas libyen illustre parfaitement l'évolution du phénomène du recours aux EMSP. Il amène ainsi à s'interroger sur l'adéquation du droit international humanitaire et des catégories de personnes et de statut qu'il prévoit dans lesquels l'on peine à ranger les employés de ces nouvelles EMSP qui assument et proposent sans complexe leurs services de combat. Le statut de civil que l'on attribue habituellement à leurs employés ne leur sied ainsi plus tout à fait. La détermination de leur statut est importante car de celui-ci découle la réponse à trois questions essentielles : peuvent-ils être attaqués ? Peuvent-ils bénéficier du statut de prisonnier de guerre ? Et enfin, peuvent-ils être poursuivis pour leur participation directe aux hostilités ?²⁰

S'il est difficile de déterminer le statut adéquat au personnel d'EMSP, ces dernières n'agissent pas dans un vide juridique absolu. Le droit international humanitaire qui régit la conduite des hostilités s'applique à ces acteurs privés qui ont l'obligation d'en respecter les dispositions. Pourtant, le recours aux EMSP fait souvent polémique à cause des « incidents » qu'elles causent, ou, pour parler de façon plus crue, des crimes de guerre dont elles sont accusées. Cela pose inévitablement la question de leur responsabilité pénale internationale en tant que personne morale mais également celle de leurs employés. Comment juger ces crimes commis par des personnes privées qui ne sont pas des agents étatiques ? Quels outils du droit international permettent de juger les violations du droit international humanitaire par ces acteurs ? Trois types d'États, l'État contractant, l'État d'origine et l'État territorial, pourraient en théorie poursuivre et juger ces crimes. Le cas iraquien nous révèle toutefois les limites d'une telle solution à travers le manque de volonté de poursuivre les responsables d'infractions au droit international humanitaire qui peut obstruer toute tentative de répression et qui mène ainsi à l'impunité des auteurs de ces crimes. De plus, le contexte de conflit armé paralyse généralement le fonctionnement des mécanismes juridictionnels et conduit à l'impossibilité pour les États territoriaux de se saisir de tels crimes.

²⁰ *Ibid.*, p. 93.

Face à ces blocages institutionnels, juridiques et politiques, la question se pose de savoir si la justice pénale internationale n'est pas plus à même de punir la commission des violations graves du droit international humanitaire constitutives de crimes de guerre. Le système international pénal présente toutefois ses limites relatives notamment à la compétence de la Cour pénale internationale (ci-après « CPI »). Ainsi, il convient d'interroger la responsabilité internationale de l'État contractant pour les actes criminels des EMSP et de leur personnel qu'il engage. De plus, d'autres États pourraient bien entretenir avec les EMSP impliquées dans un conflit armé des liens tels que les actes de celles-ci pourraient leur être imputés.

En partant des cas des conflits armés en Iraq et en Libye, ce sont donc la manière dont le droit international humanitaire s'applique aux EMSP et à leurs employés ainsi qu'à leurs activités et les moyens d'action que le droit international en général prévoit pour réprimer les violations des règles applicables dans les conflits armés qui seront étudiés dans le cadre du présent mémoire. Le système international paraît en son état actuel insuffisant pour appliquer le droit international humanitaire aux EMSP. Cela est dû, d'une part, à l'absence d'un statut adéquat pour leurs employés par rapport aux missions de combat qui leur sont aujourd'hui déléguées (Partie 1) ; et aux limites du droit international pénal, liées notamment à la compétence de la CPI, pour réprimer les violations du droit international humanitaire commises par ces EMSP et leurs employés d'autre part. Enfin, le droit international n'offre aucune possibilité de tenir les États impliqués par le recours aux EMSP internationalement responsables pour les crimes commis par ces dernières et leur personnel (Partie 2).

PARTIE 1. LE STATUT DISCUTÉ DES EMPLOYÉS D'EMSP AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

L'absence de texte spécifique précisant le statut des employés d'EMSP dans les conflits armés conduit à la nécessité d'analyser les différentes possibilités qui s'offrent à cet égard. Il apparaît d'emblée que les employés d'EMSP ne peuvent pas être qualifiés de mercenaire (Chapitre 1). S'il ne peut pas être exclu d'office, le statut de combattant peut difficilement leur être attribué (Chapitre 2). Enfin, le statut de civil qui reste paraît parfois incohérent avec les activités de combat menées par ces EMSP (Chapitre 3).

Chapitre 1. L'impossible rattachement des employés d'EMSP au statut de mercenaire

Le mercenariat est défini par l'article 47 du Ier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Cet article dispose en son deuxième paragraphe qu'est mercenaire, « toute personne :

- a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ;
- b) Qui en fait prend une part directe aux hostilités ;
- c) Qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ;
- d) Qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ;
- e) Qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et
- f) Qui n'a pas été envoyé par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État »

Les conditions énumérées ci-dessus sont cumulatives. Ainsi, la définition du mercenaire est très restrictive et ne permet pas d'y ranger les employés d'EMSP pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, au sujet de la première condition, bien que l'on constate une évolution avec les conflits armés contemporains, les EMSP restent majoritairement engagées par les États en vue de leur déléguer des activités logistiques ou de sécurité et non des activités de combat. Ainsi, lors du conflit armé d'Iraq entre 2003 et 2011, les EMSP avaient des tâches logistiques et de sécurité sur le terrain et n'étaient pas autorisées pour les EMSP américaines à participer directement aux hostilités, sauf en cas de légitime défense²¹. Lorsque leurs employés prenaient directement part aux hostilités, cela résultait d'un dépassement de leur fonction ou d'un cas de légitime défense ; mais ils n'étaient pas spécialement recrutés pour participer directement aux hostilités. Ainsi, la première condition exclue la grande majorité des employés d'EMSP de la qualification de mercenaire.

Ensuite, sans entrer dans le détail en ce qui concerne la troisième condition, l'exigence d'une motivation vénale qui fait partie du for intérieur de chacun sera difficile à prouver. De plus, selon certains auteurs, il n'est pas certain que la rémunération matérielle promise par une partie au conflit aux employés d'EMSP soit nettement supérieure à celle promise ou accordée aux combattant ayant un rang et une fonction similaire dans les forces armées de cette partie²². Bien que les contrats conclus entre les EMSP et les États peuvent accorder aux premiers des concessions sur l'exploitation des ressources naturelles du pays (or, diamant, gaz...), comme on trouve souvent dans les contrats engageant les EMSP en Afrique subsaharienne (Sierra Leone ou République centrafricaine par exemple) il n'est pas établi que de telles concessions aient été arrangées au profit des EMSP opérant dans les conflits armés en Iraq et en Libye²³.

Enfin, la quatrième condition selon laquelle la personne ne doit pas être le ressortissant d'un État partie au conflit exclut un grand nombre d'employés d'EMSP sur les terrains iraqiens et libyen et elle crée un traitement différencié entre les différents employés selon

²¹ Department of Defense, Instruction, *Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces*, Number 3020.41, 3 octobre 2005.

²² Georges-Henri Bricet des Vallons, « Armées et sociétés militaires privées en Iraq : de l'amalgame à la symbiose », *Sécurité globale*, 2009/2, Numéro 8, p. 38-39.

²³ Nous n'avons en effet trouvé aucune information à ce sujet.

leur nationalité qui n'est pas justifiable. Pour reprendre l'exemple donné par Emmanuela-Chiara Gillard²⁴, il n'y a pas de raison pour laquelle le droit international humanitaire traiterait différemment un Chilien employé par une EMSP en Iraq et un Américain employé par la même EMSP dans les mêmes conditions, c'est-à-dire avec le même contrat et pour la même activité.

En conclusion, le caractère cumulatif des conditions délimitant la définition de mercenaire a pour conséquence de rendre difficile voire impossible la qualification de mercenaire des employés d'EMSP.

Chapitre 2. Le difficile rattachement des employés d'EMSP au statut de combattant

Répondre à la question de savoir si le personnel d'EMSP peut prétendre au statut de combattant est essentiel en ce que de cette qualification dépend l'octroi ou non du statut de prisonnier de guerre et le droit ou non de participer directement aux hostilités.

La IIIe Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre définit la notion de combattant. Ainsi, aux termes de l'article 4 de ladite Convention, est considéré comme prisonnier de guerre et donc comme combattant :

- 1) Les membres des forces armées d'une partie au conflit ainsi que les membres des milices et corps de volontaires qui font partie de ces forces armées (article 4.A 1)) ; et ce même si ces forces armées appartiennent à un gouvernement ou à une autorité non reconnue (article 4.A 3)) ;
- 2) Les membres des autres milices et des autres corps de volontaires, qui appartiennent à une partie au conflit, y compris les membres des mouvements de résistance organisée, à condition de remplir les conditions suivantes (article 4.A 2)) :
 - a) Avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnées

²⁴ Emanuella-Chiara Gillard, *op.cit.*, p. 221.

- b) Avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance
 - c) Porter ouvertement les armes
 - d) Se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre
- 3) Les membres d'une levée de masse : il s'agit de la population qui prend spontanément les armes à l'approche de l'ennemi pour se défendre contre l'invasion, à condition de porter ouvertement les armes et de respecter les lois et coutumes de la guerre.

La section II du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 traite également la notion de combattant et de prisonnier de guerre. Aux termes de l'article 43.2 dudit Protocole, les combattants ont le droit de participer directement aux hostilités. Ils ne peuvent donc pas être poursuivis pour ce fait, mais uniquement pour les crimes internationaux qu'ils auraient commis lors de leur participation directe aux hostilités.

En excluant d'emblée la première catégorie de combattants (membres des forces armées), il convient d'analyser si les employés d'EMSP peuvent être considérés comme des « autres milices » appartenant à une partie au conflit. L'appartenance est définie par le Commentaire de la IIIe Convention de Genève de 1960 comme étant caractérisée par une « liaison de fait », même si celle-ci résulte d'un accord tacite. Il n'est donc pas nécessaire que la milice détienne une autorisation de l'État pour lequel elle agit. Toutefois, il ne faut pas qu'il existe une quelconque ambiguïté sur le camp pour lequel elle opère. Il faut que ses actes démontrent clairement pour quelle partie au conflit armé international elle combat.

Le contrat conclu entre un État et une EMSP peut éventuellement être suffisant pour constituer la « liaison » exigée pour que l'EMSP soit considérée comme « appartenant » à cet État, bien qu'elle en soit « structurellement indépendante »²⁵.

Sur les quatre conditions supplémentaires posées par la IIIe Convention de Genève, des informations indiquent que certaines EMSP qui ont agi ou qui agissent sur le terrain ne satisfont pas à ces conditions du fait du non-respect des lois et coutumes de guerre et de l'implication de leurs employés dans la commission de crimes internationaux (cf. Partie

²⁵ Emmanuella-Chiara Gillard, *op.cit.*, p. 183.

2, Chapitre 1) ainsi que du manquement au port de signes distinctifs. Il est souvent mentionné que les civils iraquiens notamment ne pouvaient pas faire de différence entre les employés des EMSP américaines et les soldats de l'armée américaine²⁶.

Toutefois, du fait de la multiplicité des EMSP qui agissent sur le terrain, il est impossible d'affirmer que ce manquement de la part des EMSP est toujours caractérisé. Comme le soulignent Emmanuella-Chiara Gillard²⁷ et Michael N. Schmitt²⁸, seule une minorité d'EMSP répondent aux conditions requises pour que leurs employés puissent se voir attribuer le statut de combattant. Pour autant, le statut de combattant ne peut être exclu s'agissant des employés d'EMSP²⁹. En conclusion, il serait délicat de donner une réponse univoque à la question de savoir si les employés d'EMSP peuvent être qualifiés de combattants et donc obtenir le statut de prisonnier de guerre s'ils sont capturés. Une analyse casuistique est donc nécessaire pour déterminer si dans une situation donnée, les employés devraient ou non bénéficier de la qualité de combattant.

Chapitre 3. Le statut de civil, seul statut approprié pour les employés d'EMSP ?

Le civil est défini par le droit international humanitaire comme toute personne qui ne peut être considérée comme combattante. Dans les conflits armés non-internationaux, est considéré comme civile toute personne qui ne participe pas directement aux hostilités. Les civils jouissent d'une protection particulière qui interdit de les attaquer. Ils ont quant à eux l'interdiction de participer directement aux hostilités, sinon quoi ils perdraient la protection qui leur est prévue pendant la durée de leur participation (Section 1). Les missions confiées aux EMSP en Iraq et en Libye posent certaines difficultés quant à l'attribution de la qualité de civil à leur personnel dans la mesure où ce dernier se voit confier des missions qui peuvent, dans certaines circonstances, être considérées comme une participation directe aux hostilités (Section 2).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Emmanuella-Chiara Gillard *op.cit.*, p. 184.

²⁸ Michael N. Schmitt, "Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees", *Chicago Journal of International Law*, 2005, n°5, p. 531.

²⁹ Nicolas Haupais, *op.cit.*, p. 94.

Section 1. La définition et le statut de civil en droit international humanitaire

Les personnes civiles sont définies par le droit international humanitaire par défaut. Ainsi, le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 prévoit à son article 50 1) qu'« est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A.1), 2), 3), et 6) de la IIIe Convention et à l'article 43 du présent Protocole ».

Les articles auxquels fait référence la disposition précitée sont relatifs à la notion de combattant. Autrement dit, est une personne civile dans un conflit armé international, toute personne qui n'est pas combattante.

L'article 51.2 du Protocole additionnel I prévoit expressément que la population civile et les personnes civiles ne doivent pas être l'objet d'attaque. En d'autres termes, les civils en situation de conflit armé international ne doivent pas être spécialement visés. Toutefois, lorsque les civils participent directement aux hostilités, ils perdent la protection qui leur est prévue et peuvent être poursuivis pour le seul fait d'avoir pris part directement aux hostilités. En situation de conflit armé non international, l'article 3 commun aux Conventions de Genève prévoit l'interdiction des atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle (article 3.1 a)) et à la dignité (article 3.1 c)) des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités.

En l'état actuel du droit international humanitaire, à défaut de pouvoir entrer dans une autre catégorie existante, les employés d'EMSP sont considérés comme des civils. Au titre de l'article 51 du Protocole additionnel I, les employés d'EMSP ne doivent donc pas faire l'objet d'attaque dont ils seraient la cible, sauf s'ils prennent directement part aux hostilités. Dans les conflits armés non internationaux, ces employés bénéficient de la protection prévue à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et à l'article 13 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. D'un autre côté, ils n'ont pas le droit de participer aux hostilités et ils peuvent être poursuivis par les tribunaux compétents pour leur seule participation directe aux hostilités. Un civil qui participerait directement aux hostilités perdrait la protection qui lui est prévue pendant toute la durée de sa participation (article 51.3 du Protocole additionnel I et article 13.3 du Protocole

additionnel II). Le droit international humanitaire coutumier reprend ce principe également³⁰.

Section 2. Les difficultés de l'attribution du statut de civil aux employés d'EMSP

Afin de déterminer si l'attribution de la qualité de civil est adéquate pour les employés d'EMSP, il est nécessaire de procéder à une appréciation casuistique des différentes missions qui leur ont été déléguées et analyser le contexte de leur réalisation (paragraphe 1). Certaines EMSP en Iraq mais surtout en Libye se sont toutefois vu confier des fonctions qui les placent dans une situation de participation directe aux hostilités, ce qui créé une incohérence nette entre le statut qui leur est traditionnellement accordé et la réalité de leurs activités (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La participation directe aux hostilités et la perte de la protection prévue aux civils : une appréciation casuistique nécessaire

Il existe parfois un problème de cohérence entre le cadre juridique du statut de civil accordé à ces EMSP, et leurs activités effectives sur le théâtre des conflits armés. Comme précisé précédemment, un civil est en effet protégé à condition de ne pas participer directement aux hostilités. S'il se rend « coupable » d'une telle participation, il pourra alors être poursuivi et jugé pour ce seul fait. Le critère de la participation directe aux hostilités est défini par le droit international humanitaire et a fait l'objet de la publication d'un Guide interprétatif par le Comité international de la Croix-Rouge³¹. En effet, tout acte commis dans le contexte d'un conflit armé ne sera pas forcément considéré comme une participation directe aux hostilités et n'entraînera pas forcément la perte de la protection accordée par le droit international humanitaire.

³⁰ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, CICR, traduit de l'anglais par Dominique Leveillé, Volume I, Règle 6, Bruylant, 2006, p.27. Disponible sur : https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf.

³¹ Comité international de la Croix-Rouge, Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, disponible sur : https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf.

La participation aux hostilités est entendue comme étant l'implication d'un individu dans la mise en œuvre des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi. En fonction du degré d'implication, cette participation sera directe ou indirecte³². Le concept de participation directe aux hostilités revêt le même sens dans les conflits armés internationaux et dans les conflits armés non internationaux.

La participation directe aux hostilités est constituée de trois éléments cumulatifs. Pour qu'elle soit caractérisée, trois critères devront être vérifiés : celui du seuil de nuisance (A), celui de la causation directe (B) et celui du lien de belligérance (C).

A. Seuil de nuisance

L'acte doit être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé ou être de nature à causer des pertes humaines, des blessures et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes.³³

Ce critère doit être entendu largement. Ainsi, le seuil de nuisance peut être atteint aussi bien lorsque les effets de l'acte en cause sont strictement militaires que lorsque ce dernier affecte des sujets ou objets non militaires mais protégés par le droit international humanitaire contre les attaques directes. De plus, il n'est pas nécessaire que les conséquences nuisibles d'un tel acte soient réalisées, il suffit qu'elles soient probables, attendues.

La nature des actes pouvant atteindre ce seuil de nuisance peut être aussi bien militaire que non militaire. Ainsi, des actes armés et non armés peuvent avoir des effets nuisibles suffisants sur les opérations militaires ou la capacité militaire d'une partie ou sur des personnes ou des biens protégés. Cette définition large recouvre donc tout un panel d'actes susceptibles d'atteindre le seuil de nuisance requis : tuer ou blesser un personnel militaire ou une personne ou un bien protégé, activités de sabotage, destruction ou détérioration des moyens de communication, déminage des mines posées par l'ennemi, activités de renseignement, etc.³⁴

³² *Ibid.*, p.45.

³³ *Ibid.*, p. 48.

³⁴ *Ibid.*, p. 49-51.

En ce qui concerne les EMSP américaines en Iraq, leurs activités sont énumérées par l'instruction *Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces* du 3 octobre 2005 du Département américain de la défense³⁵. Le cadre établi par ce texte paraît cohérent avec le statut de civil attribué aux employés d'EMSP. Selon ce document en effet, peuvent uniquement être confiées aux EMSP les activités de communication, le transport de munitions, la maintenance du matériel, les activités de sécurité et de soutien logistique³⁶. Le port d'armes par les employés de ces sociétés est justifié par le contexte du territoire dans lequel elles opèrent. L'utilisation de tels armes ne peut donc être justifié qu'en cas de légitime défense.

Toutefois, il est apparu que de nombreux abus ont été commis par les employés des EMSP. De nombreux cas d'incidents provoqués par les EMSP ont ainsi été recensés comme la fusillade de Bagdad du 16 septembre 2007 impliquant les employés de l'EMSP Blackwater et qui a fait 17 morts civiles, le ciblage de civils par des employés de la société Aegis, ou encore les « expéditions punitives sauvages »³⁷ d'un responsable de l'EMSP Triple Canopy. En se référant aux précisions apportées par le Comité international de la Croix rouge sur la notion de participation directe aux hostilités, mêmes s'ils ne créent pas d'effets nuisibles du point de vue militaire, ces débordements ou incidents peuvent être considérés comme une participation directe aux hostilités car ils infligent des pertes en vies humaines et des blessures à des personnes protégées contre les attaques directes. Néanmoins, en application du droit international humanitaire, la qualité de civil ne saurait être retirée à tous les employés d'EMSP du fait de l'existence de ces actes. La qualité de civil est suspendue ou retirée aux seuls employés coupables de tels actes pendant la durée de leur participation directe aux hostilités. Cette durée doit être entendue largement et elle comprend également les actes préparatoires et le retour de l'opération principale³⁸.

³⁵ Department of Defense, Instruction, *Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces*, Number 3020.41, 3 octobre 2005.

³⁶ *Ibid.*, article 6.1.1: "Contingency contractor personnel may support contingency operations through the indirect participation in military operations, such as by providing communications support, transporting munitions and other supplies, performing maintenance functions for military equipment, providing security services according to subparagraph 6.3.5 and providing logistic services such as billeting, messing, etc".

³⁷ Peter W. Singer, « Retour sur le scandale Blackwater, Comment le Pentagone est devenu accro aux mercenaires », *Courrier international*, 24 octobre 2007.

³⁸ Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, *op.cit.*, p. 69-70.

B. Causation directe

Le deuxième critère à remplir est celui de la causation directe. Pour satisfaire à cette condition, il faut qu'il existe « un lien suffisamment étroit entre l'acte et les effets nuisibles qui en résultent »³⁹. Autrement dit, les effets nuisibles doivent résulter « d'une seule et même étape causale »⁴⁰. Il s'agit ainsi des actes qui ont pour effet de frapper directement, instantanément, concrètement, l'adversaire dans son personnel ou son matériel. Ce sont les actes qui se situent au bout, à la fin de la chaîne de causalité. Cela exclut donc les actes qui causeraient indirectement des effets nuisibles car se situant en amont sur la chaîne de causalité (nourrir les soldats, transporter des armes⁴¹...) et qui relèvent d'une participation indirecte aux hostilités car entrant dans l'effort de guerre général (production d'armement...) ou dans les activités en soutien à la guerre (propagande, médias...). Des tâches attribuées aux EMSP en Iraq posent ainsi question. Il en va ainsi par exemple du chargement du matériel militaire, de l'assistance aux soldats dans le maniement des armes délégués aux sociétés Vinnell, MPRI ou Aegis et du ravitaillement en munitions et en carburant confié à la société Kellogg Brown and Root. Toutes ces activités peuvent être qualifiées de participation directe aux hostilités mais dans le seul cas où elles seraient entreprises pour une opération militaire spécifique. Il ne saurait en être ainsi lorsqu'elles sont réalisées pour une campagne militaire en général⁴².

C. Lien de belligérance

Le troisième critère cumulatif est celui du lien de belligérance. Selon ce critère, il doit exister un lien entre l'acte analysé et les hostilités en cours. Autrement dit, l'acte doit « être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie à un conflit armé et au détriment d'une autre ». Ainsi, il faut que l'acte entre dans la conduite même des hostilités. Sont ainsi généralement exclus : les actes entrepris dans un cas de légitime défense individuelle ou de légitime

³⁹ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 58.

⁴¹ Sauf si le transport des armes est destiné à une opération spécifique. Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, *op.cit.*, p. 68 : « les mesures préparatoires à l'exécution d'un acte spécifique de participation directe aux hostilités, le déploiement vers son lieu d'exécution et le retour de ce lieu font partie intégrante de cet acte ».

⁴² Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, *op.cit.*, p. 69-70.

défense d'autrui contre les actes de violence interdits par le droit international humanitaire, les actes commis dans le cadre de l'exercice du pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un territoire (répression d'une émeute civile par la force armée par exemple), les actes provoquant des troubles civils contre l'autorité en place (manifestations, émeutes...), les actes commis dans des situations de violence entre civils lorsque ces actes ne sont pas motivés par les mêmes causes que les hostilités (par exemple lorsque ces actes ne résultent pas de différends politiques entre groupes de civils, ou d'une haine à caractère ethnique) et que les effets nuisibles n'ont pas de portée strictement militaire.

En outre, en dépit de l'instruction du 3 octobre 2005 du Département américain de la défense, des fonctions d'interrogatoire ont été confiées par les États-Unis à une EMSP, CACI International. Or, de telles activités peuvent être qualifiées de participation directe aux hostilités dans la mesure où l'interrogatoire des détenus participe à la collecte d'informations sensibles et immédiatement utiles aux opérations militaires⁴³. L'attribution de la qualité de civil aux employés de CACI International crée donc inévitablement un problème de cohérence dans la mesure où les employés de CACI International ont été employés pour participer directement aux hostilités. C'est la même difficulté que l'on retrouve en ce qui concerne certaines EMSP opérant en Libye.

Paragraphe 2. Les difficultés posées par les missions de combat confiées aux EMSP en Libye : l'inadéquation de la qualification de civil

Durant le conflit armé en Libye, de nombreuses EMSP ont été engagées par les différentes parties au conflit pour des activités diverses qu'il convient d'analyser afin de déterminer si elles peuvent être qualifiées de participation directe aux hostilités.

En 2013, un contrat a été conclu entre Sadat et le Gouvernement d'Union nationale pour la construction d'un camp d'entraînement militaire et une structure d'entretien de véhicules. Le Ministère turc de la défense a également conclu un contrat avec Sadat pour le recrutement, l'organisation, le transport et l'entraînement de Syriens issus de l'Armée nationale syrienne pour les envoyer en Libye afin d'appuyer militairement le

⁴³ Michael N. Schmitt, *op. cit.*, p. 544.

Gouvernement d'Union nationale de Tripoli. Sur le terrain, l'entreprise est chargée du déploiement de ces recrues syriennes, en coordination avec le GNA. Les militaires syriens sont payés et supervisés par des formateurs militaires de l'entreprise Sadat qui entraîne aussi les membres de milices alignées au Gouvernement d'Union nationale. C'est en réalité un véritable contrat qui est passé entre ces recrues Syriennes et l'entreprise Sadat. On ne peut donc pas parler de mercenariat et la question se pose de savoir si ces militaires syriens devraient ainsi être considérés comme des employés de l'EMSP Sadat. Leurs activités de combat pourraient bien être le fait de l'EMSP qui les a recrutés.

Il en ressort que l'entreprise Sadat a précisément été engagée pour mener des activités de combat. Les Syriens issus de l'ANS ont été spécialement recrutés par l'entreprise pour appuyer militairement le GNA dans ses activités de combat contre l'ANL⁴⁴. De plus, les activités de l'entreprise Sadat à travers ses employés Syriens en Libye a été un facteur déterminant dans la victoire du GNA sur l'ANL lors de la tentative de prise de Tripoli par cette dernière.

Le transport, le déploiement et la supervision de combattants au sens non juridique du terme, peuvent ne pas être considérés comme une participation directe aux hostilités lorsque ces activités ne sont pas menées pour une opération militaire spécifique. Toutefois, lorsqu'il est établi que ces activités servent une opération militaire spécifique, alors ces activités doivent être considérées comme satisfaisant aux critères requis pour être qualifiés de participation directe aux hostilités.

En 2015, la société Reflex Responses (R2) déploie une partie de ses employés faisant partie de son unité d'élite à Benghazi et à Darnah après avoir passé un contrat avec l'ANL. L'entreprise est chargée d'appuyer par les airs l'armée de Khalifa Haftar en pilotant des avions de combat. Ce soutien militaire a été décisif dans les batailles de Benghazi (octobre 2014- février 2017) et de Darnah (mai 2018-février 2019).

Certaines sociétés comme l'entreprise russe RSB-Group intervient auprès de l'ANL pour assurer le déminage du site Benghazi-Darnah et pour protéger les installations pétrolières

⁴⁴ David Gaüzere, « Malhama Tactical et Sadat : le mercenariat au service de l'islam politique », *Centre Français de Recherche sur le Renseignement*, bulletin de documentation n°26, janvier 2022 et Alain Rodier, « Turquie : les mercenaires du Président Erdogan », *Centre Français de Recherche sur le Renseignement*, note d'actualité n°513, mai 2018.

de Syrte après la reprise en 2017 de ces zones par l'ANL. Si la participation directe aux hostilités ne peut être caractérisée en ce qui concerne la sécurisation d'installations pétrolières, les activités de déminages sont constitutives d'une telle participation⁴⁵.

Des vols de l'entreprise moldave Sky Prim Air, liée à l'opérateur émirati Oscar Jet, ont été identifiés entre les bases de Zintan (ouest Libye) et de Tobrouk avant et après des batailles.

De la même manière, l'engagement de l'EMSP Wagner auprès de l'ANL a pour objectif d'aider militairement l'ANL à contrôler l'ensemble du territoire libyen. Ainsi, les employés de l'EMSP ont eux aussi participé directement aux opérations militaires aux côtés de l'ANL, notamment lors de la tentative de prise de Tripoli⁴⁶.

La nature des missions des EMSP en Libye peut être considérée comme une fonction de combat continue. Une telle fonction assurée par un civil fait perdre à ce dernier la protection contre les attaques directes dont il bénéficie normalement. Toutefois, en transposant l'analyse du CICR sur le statut des groupes armés organisés dans les conflits armés non internationaux dans ses recommandations au sujet de la notion de participation directe aux hostilités⁴⁷ aux employés d'EMSP en Libye, il serait dangereux de considérer ces derniers comme des civils qui ne bénéficient pas de la protection contre les attaques directes, du fait de leur fonction de combat continue. Comme le souligne le CICR en effet, une telle interprétation contreviendrait au principe de distinction et ne ferait que brouiller les frontières entre les différentes catégories de personnes dans les conflits armés. Le droit international humanitaire n'offrant pas d'autres catégories, il est difficile d'apporter une réponse à la question de savoir quel statut doit être attribué aux employés d'EMSP qui sont engagés précisément pour participer directement aux hostilités. Cela amène une partie de la doctrine à appeler à l'élaboration d'un nouveau texte international contraignant qui se saisirait pleinement de ce recours aux EMSP.

⁴⁵ Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, *op.cit.*, p. 49-51.

⁴⁶ Communication du Groupe de travail des Nations Unis sur l'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 adressée à l'Armée nationale libyenne, [OTH 42/2020](#), 10 juin 2020, p. 2.

⁴⁷ Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, *op.cit.*, p.29-30.

L'évolution qu'a connu le recours aux EMSP dont le rôle croissant tend à une fonction purement combative dans les conflits armés rend le droit international humanitaire actuellement appliqué aux EMSP inadéquat à la réalité des conflits armés aujourd'hui. Il ressort de tous ces exemples que les EMSP en Libye sont engagées par les différentes parties au conflit en concluant des contrats qui ont clairement pour objet de participer directement aux combats. C'est en ce sens que des efforts sont entrepris pour l'élaboration de nouvelles normes juridiques contraignantes adaptées, qui prennent en compte la participation réelle des EMSP dans les conflits armés et qui clarifient le brouillage conceptuel qui entoure le statut de leurs employés.

Bien que non contraignant, le Document de Montreux adopté en 2008 sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés, est l'un des premiers textes à se saisir du sujet des EMSP. Il permet de mettre en avant les différentes problématiques d'application du droit international humanitaire rencontrées dans l'utilisation des EMSP. Toutefois, ce document n'élucide pas la problématique posée par l'évolution du rôle des EMSP dans les conflits armés au regard de leur statut. L'article 22 du Document prévoit en effet simplement que « le statut des membres du personnel des EMSP est déterminé par le droit international humanitaire, au cas par cas, en particulier selon la nature et circonstances des fonctions dans lesquelles ils sont impliqués ». L'article 23 quant à lui dispose que « si ce sont des personnes civiles selon le droit international humanitaire, les membres du personnel d'EMSP ne peuvent pas faire l'objet d'attaques, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ». Le texte ainsi adopté n'est donc pas satisfaisant pour résoudre la problématique du statut des EMSP.

Par ailleurs, le Groupe de travail des Nations Unies sur l'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 même (ci-après « le Groupe de travail » ou « le Groupe de travail des Nations Unies ») a soumis au Conseil des Droits de l'Homme en 2010 un projet de convention⁴⁸ visant à la régulation des activités des EMSP dans les conflits armés.

⁴⁸ Rapport du Groupe de travail sur l'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. CDH NU, 15^e sess., 2010, Doc. NU A/HRC/15/25.

L'article 9 dudit projet de Convention prévoit ainsi l'interdiction de déléguer ou de sous-traiter des « fonctions intrinsèquement étatiques ». Le projet de Convention précise préalablement à l'article 2. i) quelles activités peuvent être ainsi considérées. Il s'agit des « fonctions qui répondent au principe du monopole de l'État sur l'emploi légitime de la force et qu'un État ne peut en aucunes circonstances sous-traiter ni déléguer à des SMSP ». L'article dresse ensuite une liste non-exhaustive de ces fonctions parmi lesquels figurent la participation directe aux hostilités, la conduite de la guerre ou d'opérations de combats, le renseignement et les interrogatoires de détenus.

Il est intéressant de noter que toutes ces activités ont été assurées par les EMSP en Iraq et en Libye. Le statut des employés n'est toutefois pas abordé par le projet de convention qui précise que la question devrait faire l'objet d'une autre convention à part entière. Cependant, l'interdiction posée par le projet de convention de déléguer les fonctions précitées aux EMSP laisse penser que les employés de ces dernières seront encore considérés comme des civils, ce qui ne résout toujours pas le problème de cohérence entre la réalité de l'activité des EMSP et leur statut juridique.

En revanche, sans s'attarder longuement sur la question qui sera plus largement abordée dans la Partie 2 suivante, la responsabilité de l'État contractant est tout de même précisée par l'interdiction de déléguer de telles tâches aux employés d'EMSP. Cela signifie qu'un État qui délègue de telles fonctions intrinsèquement étatiques à une EMSP pourra être poursuivi et jugé pour ce seul fait.

Pour conclure, il existe toujours une insuffisance dans les efforts entrepris pour adopter un texte juridique contraignant pour définir le statut juridique des employés d'EMSP en prenant en compte la réalité de leurs activités. Considérer ces derniers comme des civils en toutes circonstances aujourd'hui crée une situation absurde dans laquelle l'interdiction pour les civils de participer directement aux hostilités est bafouée du fait de la fonction de combat continue qu'entreprennent les employés d'EMSP sans qu'une telle violation ne soit compensée par de quelconques poursuites judiciaires. D'un autre côté, il est vrai que la définition de combattant ne permet pas forcément de ranger ces employés dans cette catégorie. Il semblerait en définitive que le droit international humanitaire ne soit plus totalement adapté aux formes nouvelles que prennent les conflits armés par la mutation dans les fonctions déléguées à ces acteurs privées.

Outre cette problématique relative au statut des employés d'EMSP, le non-respect du droit international humanitaire par ces mêmes sociétés lorsqu'elles interviennent dans des opérations de combat est également largement critiquée et révèle les limites des moyens prévus par le droit international pour réprimer une telle violation. Ce point sera plus largement abordé dans la Partie 2 du présent mémoire.

PARTIE 2. Un droit international humanitaire insuffisant à l'encadrement de l'action des entreprises militaires et de sécurité privées dans les conflits armés

Bien qu'il n'existe aucun texte qui traite spécifiquement du statut des EMSP dans les conflits armés et des activités qui peuvent leur être déléguées, ces sociétés n'agissent pas dans un vide juridique absolu⁴⁹. Le droit international humanitaire constitue en effet un corps de règles qui s'appliquent aux EMSP et qui permet un minimum de régulation de leurs activités. Le problème réside dans le fait que ces EMSP qui opéraient en Iraq et qui agissent aujourd'hui en Libye sont accusées de ne pas respecter les dispositions applicables aux conflits armés. Dans le même temps, ces EMSP jouissent d'une impunité favorisée ou créée par leur contexte d'intervention et le manque de volonté des États compétents de les poursuivre (Chapitre 1). La justice pénale internationale pourrait bien alors pallier une telle défaillance mais les règles de compétence et le pouvoir d'action limités de la Cour pénale internationale bloquent toute possibilité de poursuivre une grande partie du personnel d'EMSP intervenant en Iraq et en Libye. Le système de responsabilité internationale des États n'offre au demeurant presque aucune alternative à cette situation d'impunité (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'inapplication du droit international humanitaire existant par les EMSP et l'impuissance dans la répression de sa violation

Les EMSP en Iraq et en Libye se sont fait connaître du grand public par les scandales dans lesquelles elles ont été impliquées relatifs à la commission de violations graves du droit international humanitaire (Section 1). Cette absence d'application du droit applicable dans les conflits armés est encouragée par une situation d'impunité qui s'explique par divers obstacles à la poursuite des responsables de la commission de ces crimes (Section 2).

⁴⁹ Emmanuella-Chiara Gillard, *op.cit.*, p. 176.

Section 1. Une absence d'application du droit international humanitaire en vigueur : les nombreux « incidents » provoqués par les employés d'EMSP

Le droit international humanitaire précise la manière dont les hostilités doivent être conduites. Il pose ainsi des limites sur ce qui peut et ne peut pas être fait pendant ces hostilités et quelles armes peuvent ou non être utilisées. Le droit international humanitaire, complété par le droit international pénal, doit être appliqué par tous les acteurs d'un conflit armé, peu importe leur statut. Les employés d'EMSP qui interviennent dans des conflits armés ont donc des droits et des obligations qui résultent du droit international humanitaire.

Parmi les interdictions applicables dans les conflits armés figure le fait de viser spécifiquement des civils qui est prévue à l'article 51.2 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949. De plus, l'article 75 dudit Protocole prohibe « en tout temps et en tout lieu », certains actes, « qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires ». Ces actes sont notamment le meurtre, la torture sous toutes ses formes, les traitements humiliants et dégradants ou encore la menace de commettre l'un quelconque des actes prévus. L'article 4 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève prévoit une interdiction similaire de tels actes. Le droit international coutumier contient également de telles interdictions⁵⁰.

Ce sont précisément les violations graves du droit international humanitaire par les employés d'EMSP et l'absence d'application de sanctions contre de telles violations qui sont pointées du doigt et qui posent des difficultés. Les employés d'EMSP se sont en effet rendus coupables de nombreux « incidents » qui ont suscité l'indignation de l'opinion publique.

La majorité des actes prohibés par l'article 75 du Protocole additionnel I ont été commis par les employés d'EMSP en Iraq. Ainsi, les employés des EMSP américaines CACI et Titan Corporation ont commis à l'encontre des détenus de la prison d'Abu Ghraïb des actes de torture, des peines corporelles, des atteintes à la dignité de la personne par des

⁵⁰ Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, CICR, *op.cit.*, Règles 87 à 105 notamment.

traitements humiliants et dégradants, des peines collectives et des menaces de commettre ces actes. De la même manière, l'ancienne société américaine Blackwater, aujourd'hui Academi, s'est rendue coupable du meurtre de plusieurs civils lors de fusillades provoquées par elle comme celle du Square Nissour à Bagdad par exemple. D'autres meurtres de civils ont été recensés comme ceux du 9 octobre 2007 commis par les employés de l'EMSP Unity Resource Group contre une résidente de Bagdad, Marani Awanis Mannok et contre Genevia Jalal Antranick alors que ces personnes étaient au volant de leur voiture. Un « incident » similaire s'est produit le 18 octobre 2007 lorsqu'un employé de l'EMSP Eynris a tiré sur un taxi sur la route entre Erbil et Sulaimaniya, blessant plusieurs passagers⁵¹.

Tous ces incidents ne sont pas isolés selon le rapport de J. Palou-Loverdos et L. Armendariz⁵² et le *House Oversight Committee Memorandum*⁵³, qui expliquent par exemple que dans 80% des 195 incidents impliquant Blackwater entre 2005 et 2007, les employés de Blackwater étaient les premiers à avoir ouvert le feu. Le *House Oversight Committee Memorandum* avance un autre chiffre en précisant qu'entre le 1^{er} janvier 2005 et le 30 avril 2007, les employés de Blackwater étaient les premiers à avoir ouvert le feu dans 143 cas sur 168 les impliquant. Les employés de DynCorp et de Triple Canopy réunis ont été impliqués quant à eux dans 102 incidents dont 63 ont été provoqués par les employés de DynCorp et 30 par ceux de Triple Canopy⁵⁴.

De plus, l'utilisation de certaines armes qui causent des maux superflus est interdite par 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 du 10 octobre 1980 et le Protocole additionnel 1 aux Conventions de Genève. Le Groupe de travail de Nations Unies a pourtant dénoncé l'utilisation par certains employés d'EMSP en Iraq de munitions expérimentales ou

⁵¹ Massimiliano Mulone et Samuel Tanner, « Les acteurs privés de la sécurité transnationale et leurs victimes : quels recours possibles ? », *Criminologie*, vol. 47 (2), 2014, p.203-229.

⁵² J. Palou-Loverdos (Dir.), et L. Armendariz (Auteur), « *The Privatization of Warfare, Violence and Private Military and Security Companies: A factual and legal approach to human rights abuses by PMSC in Iraq* », 2011, p.48-49.

⁵³ House Oversight Committee Memorandum, Additional information about Blackwater USA, October 1, 2007, p.1.

⁵⁴ *Ibid.*

d'armes interdites par le droit international humanitaire comme des « munitions perforantes à faible pouvoir de pénétration »⁵⁵.

En Libye, des acteurs supportant l'ANL, l'EMSP Wagner incluse, sont accusés d'avoir exécuté sommairement des personnes hors de combat. L'EMSP est aussi accusée d'avoir procédé à des exécutions sommaires extra-judiciaires, d'avoir détenu illégalement des personnes civiles, d'avoir perpétré des actes de torture et d'avoir infligé des traitements cruels, inhumains et dégradants en Libye. Ainsi par exemple, le 23 septembre 2019, des employés de Wagner ont arrêté cinq hommes civils dans le village d'Al-sbeaa' sans autorisation légale. Les civils ont été transportés d'un lieu de détention à un autre, et le 24 septembre 2019 quatre membres du personnel de Wagner les ont exécutés sommairement. Trois d'entre eux sont morts, un a été sévèrement blessé et a dû se faire amputer la jambe en conséquence, tandis que le dernier a pu échapper aux coups de feu⁵⁶.

Parmi les Syriens recrutés et transportés par la Turquie et l'entreprise Sadat figurent des enfants de moins de quinze ans. Ces enfants sont recrutés pour participer directement aux hostilités⁵⁷. Le droit international humanitaire coutumier prohibe pourtant un tel recrutement et leur participation aux hostilités⁵⁸. Par ailleurs, l'article 4.3 c) du Protocole additionnel II prévoit une interdiction similaire.

Au vu des nombreux cas relevés de violation du droit international humanitaire, la question se pose de savoir si ces faits sont réellement des « incidents » ou s'ils participent de la mise en œuvre par ces EMSP de méthodes de guerre systématiquement employées et volontairement contraires au droit international humanitaire. Si la réponse à cette interrogation ne peut être apportée de façon absolument certaine, elle amène tout de même à réfléchir sur les facteurs encourageant ces violations flagrantes du droit international humanitaire. Parmi les explications qui peuvent être données figure l'absence d'un

⁵⁵ Conseil des droits de l'Homme, 7^e session, Rapport du Groupe de travail sur l'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, 9 janvier 2008, A/HRC/7/7, p. 22.

⁵⁶ Communication du Groupe de travail des Nations Unies sur l'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 adressée à l'Armée nationale libyenne, 10 juin 2020, [OTH 42/2020](#), p. 2.

⁵⁷ Ariane Lavrilleux et Elie Guckert, « Libye : des enfants syriens enrôlés dans l'armée de Tripoli », *Le Point*, 26 mai 2005.

⁵⁸ Voir règles 135 à 137 du droit international humanitaire coutumier, disponible sur : https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf.

système répressif adéquat et efficace contre de tels actes contraires à la législation internationale applicable dans les conflits armés.

Section 2. Les obstacles à l'application du droit international humanitaire en vigueur : l'existence et le maintien d'un contexte propice à la violation du droit international humanitaire

Le non-respect du droit international humanitaire par les EMSP et leur personnel peut s'expliquer par l'existence d'un contexte d'impunité dans lequel ces derniers agissent (paragraphe 1). En outre, le manque de volonté des États compétents pour réprimer de telles violations constitue un obstacle infranchissable à l'application du droit international humanitaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1- Un contexte d'impunité favorable à la violation du droit international humanitaire

De nombreuses critiques portent sur l'impunité dont jouissent les employés d'EMSP qui sont intervenues en Iraq comme ceux de CACI International, Titan Corporation et de Blackwater notamment. On peut relever ici à titre d'exemple la réduction de moitié en 2019 des peines infligées aux quatre employés de Blackwater impliqués dans la fusillade du Square Nissour condamnés à 30 années d'emprisonnement et à perpétuité pour l'employé accusé d'avoir ouvert le feu en premier sur les civils. Donald Trump accordera l'amnistie aux quatre condamnés en 2020⁵⁹.

Le rapporteur spécial du Conseil économique et social des Nations Unies, Louis Joinet, définit l'impunité comme étant :

“The impossibility, de jure or de facto, of bringing the perpetrators of human rights violations to account – whether. In criminal, civil, administrative, or disciplinary proceedings – since they are not subject to any inquiry that might lead to them being

⁵⁹ Justine Huc-Lhuilery, « Guerre moderne guerre privée : le mercenarisme en Irak », *Mon Orient*, 13 octobre 2020. Disponible sur : <https://www.monorient.fr/index.php/2020/10/13/guerre-moderne-guerre-privee-le-mercenarisme-en-irak/>.

accused, arrested, tried and, if found guilty, sentenced to appropriate penalties, and to making reparations to their victims”.⁶⁰

Même si cette définition est relative à la violation des droits de l’Homme, elle peut être retenue pour ce qui est des violations du droit international humanitaire. La première version du texte parlait de « condamnation » (en anglais, « *convicted* ») à la place de « condamnés à des peines appropriées et à accorder réparation à leurs victimes » (en anglais, « *sentenced to appropriate penalties, and to making reparations to their victims* »)⁶¹. La version finale de la définition est en effet bien plus appropriée car elle recouvre une réalité où les personnes – les employés d’EMSP ici – reconnues coupables de violation du droit international humanitaire sont condamnées à des peines si dérisoires que l’on ne peut considérer qu’elles aient répondu correctement de leur acte, et qui permet d’affirmer en conséquence qu’elles ont joui d’une impunité, même si elles ont été traduites en justice⁶².

Les affaires connues par les tribunaux américains ont pour la plupart été des actions civiles et non pénales. Plusieurs se sont terminées par la conclusion d’un accord entre les parties, tandis que plusieurs autres ont été rejetées pour incompétence. De plus, M. Mulone et S. Tanner soulignent justement les inégalités existantes entre les parties à ces procès. Les EMSP sont plus à même de faire valoir leur défense que les plaignants. Aussi, les difficultés sont d’autant plus marquées que le procès se déroule loin du lieu des crimes. À titre d’illustration, les auteurs rappellent que dans l’affaire *Al Shimari et al v. Caci*, les plaignants n’ont pas pu se présenter devant les tribunaux américains le jour de l’audience car ils ont été bloqués à l’aéroport de Bagdad par les autorités d’immigration américaines. Un tel dysfonctionnement porte gravement atteinte à la possibilité pour les victimes de faire correctement valoir leurs droits et d’obtenir réparation ; l’absence des plaignants ayant été un argument pour la défense pour demander le rejet de la plainte⁶³.

⁶⁰ Louis Joinet, “Question of the Impunity of Perpetrators of violations of Human Rights (Civil and Political Rights)”: Revised Final Report Prepared by Mr. L. Joinet, pursuant to Subcommission Decision 1996/119’ (UNESCO, 1997) E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, p.17.

⁶¹ Louis Joinet, “Question of the Impunity of Perpetrators of violations of Human Rights (Civil and Political Rights)”: Final Report Prepared by Mr. L. Joinet, pursuant to Subcommission Resolution 1995/35’ (UNESCO, 1996) E/CN.4/Sub.2/1996/18, p.9. Notre traduction.

⁶² Hin Yan Liu, *Law’s Impunity : Responsibility and the Modern Private Military Company*, Bloomsbury, 2017, p.15.

⁶³ M. Mulone et S. Tanner, *op.cit.*, p.216.

En ce qui concerne la Libye et la répression des crimes du droit international humanitaire qui y sont commis, nous n'avons trouvé aucune information concernant d'éventuelles poursuites d'employés d'EMSP ou d'EMSP accusés de tels crimes ou de projet de telles poursuites. Néanmoins, un rapport de la mission d'enquête des Nations Unies en Libye (*Independent Fact-Finding Mission on Libya*) du 27 juin 2022 appelle les autorités libyennes à poursuivre les responsables de crimes en violation du droit international humanitaire commis sur leur territoire, notamment ceux commis par les employés d'EMSP ou les EMSP elles-mêmes, et à lutter contre l'impunité⁶⁴.

Paragraphe 2- Une impunité « organisée »⁶⁵ ? Le manque de volonté de répression des violations du droit international humanitaire comme obstacle à son application

Le cas iraquien est particulier en ce qu'une immunité juridictionnelle devant les tribunaux irakiens était prévue par l'Ordonnance 17 de l'Autorité de la Coalition Provisoire. Cette disposition juridique particulière encourage à la violation du droit international humanitaire lorsque les tribunaux américains – seuls compétents – sont réticents à juger les responsables des crimes (A). Toutefois, malgré l'abrogation de cette ordonnance en 2009, les tribunaux irakiens, confrontés à une défaillance de leur système d'une part et à une législation restreignant leur compétence d'autre part, sont restés impuissants pour poursuivre les EMSP et leurs employés responsables des crimes commis sur leur territoire. En Libye, le blocage institutionnel et politique ainsi que le conflit armé en cours paralysent le fonctionnement de la justice et les tribunaux libyens sont dans l'incapacité de se saisir des affaires relatives aux agissements criminels des EMSP (B).

A. L'immunité juridictionnelle accordée par les États-Unis aux employés d'EMSP en Iraq : une violation encouragée du droit international humanitaire

Selon Hin Yan Liu, cette impunité est le fait de la loi qui crée et maintient l'impunité des EMSP. Il pose ainsi la question de savoir comment l'impunité dont jouissent les EMSP

⁶⁴ Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 27 juin 2022, A/HRC/50/63, p.18, §111 (b)

⁶⁵ Hin Yan Liu, *op.cit.*

est légalement organisée, structurée et appliquée (en anglais, « *how that impunity is legally structured, organized and applied to the industry ?* »⁶⁶).

Dans le contexte des conflits armés, les membres civils et militaires et des forces armées régulières bénéficient de l'immunité contre les poursuites dans l'État territorial en ce qu'ils appartiennent à un organe de l'État souverain et qu'ils sont ainsi considérés comme la continuité de cet État. Les employés d'EMSP ne pouvant pas être considérés comme la continuité de cet État, les Accords de statut des forces à l'étranger (ci-après « SOFA ») négociés peuvent prévoir l'immunité contre les poursuites devant les tribunaux de l'État territorial pour les employés d'EMSP engagés par l'État intervenant ou la force occupante. Ces SOFAs sont devenus la principale source d'immunité pour les employés d'EMSP⁶⁷.

Le Coalition Provisional Authority Order 17 (ci-après « CPA Order 17 ») du 27 juin 2004 prévoit à sa section 4 l'immunité juridictionnelle pour les employés d'EMSP contre les poursuites devant les tribunaux irakiens⁶⁸. N'ayant pas à s'inquiéter d'être traduits en justice devant les tribunaux irakiens, les employés d'EMSP agissant en Iraq pour les États-Unis ont donc pu être encouragés à ne pas respecter les dispositions du droit international humanitaire. Toutefois, l'immunité accordée par le CPA Order 17 doit être nuancée par l'application du Military Extraterritorial Jurisdiction Act à ces mêmes employés. Le champ d'application de cette loi extraterritoriale américaine recouvre en effet les actes commis par les employés d'EMSP qui travaillent pour le Département de la défense américain ou qui sont engagés en soutien aux missions de ce dernier. Les EMSP engagés par les États-Unis sont considérées comme entrant dans cette dernière catégorie de soutien aux missions du Département de la défense américain. Ainsi, les employés de Blackwater et de CACI peuvent être poursuivis sur le fondement de cette loi extraterritoriale devant les tribunaux américains pour les crimes commis en Iraq. Cependant, cette loi contient elle aussi des failles faisant échapper les responsables de violation du droit international humanitaire à la justice américaine.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁶⁷ Hin Yan Liu, *op.cit.*, p.58.

⁶⁸ CPA Order 17, Section 4 2) : “Contractors shall not be subject to Iraqi laws or regulations” ; et Section 4 3): “Contractors shall be immune from Iraqi legal process”. Disponible sur : https://govinfo.library.unt.edu/cpa-iraq/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf.

Sarah Leah Whitson, directrice de la division Moyen-Orient et Afrique du Nord à Human Rights Watch avait déclaré en 2008:

*“Having shielded contractors from local prosecution, Washington has a responsibility to prosecute contractors in US courts if they are responsible for serious crimes in Iraq”*⁶⁹.

Pourtant, la réalité est que malgré un tel dispositif juridique, les employés des EMSP américaines n’ont pas été poursuivis par les tribunaux américains et lorsqu’ils l’ont été, ils ont tout de même bénéficié d’une forme d’immunité en étant sanctionnés de façon outrageusement légère ou en ayant bénéficié de l’amnistie présidentielle.

Ce manque de volonté est à conjuguer avec des obstacles techniques connus par les tribunaux américains et relatifs au manque de preuves et de documentation des crimes commis par les employés d’EMSP en Iraq⁷⁰.

Le CPA Order 17 à sa Section 4⁷¹ et une directive du Département américain de la défense datant du 9 mai 2006⁷² prévoyaient pourtant l’obligation pour les employés d’EMSP de rapporter tout incident constituant une violation « possible, suspectée ou alléguée » du droit international humanitaire⁷³. Toutefois, le Groupe de travail pour les Nations Unies fait état du non-respect de cette obligation et de l’existence même de devises allant dans le sens contraire comme « *what happens here today, stays with us today* », traduit par « ce qui se passe aujourd’hui ne regarde que nous »⁷⁴. Ceci rend encore plus incertain l’obtention d’une réparation par les victimes qui risquent de voir leur plainte ne pas aboutir dans un sens qui leur est favorable, en particulier lorsque le procès se déroule hors

⁶⁹ Human Rights Watch, “*Iraq : Pass new law ending immunity for contractors*”, 9 January 2008

⁷⁰ J. Palou-Loverdos et L.Armendariz, *op.cit.*, p.50.

⁷¹ Coalition Provisional Authority, Memorandum Number 17, Rule for the use of force by contractors in Iraq, Section 4 Annexe A.

⁷² U.S Department of Defense, Directive 2311.01E, 9 mai 2006, Law of War Program.

⁷³ Notre traduction de l’anglais. La directive du 9 mai 2006 du Département américain de la défense exigeait le rapport de toute « possible, suspected or alleged violation of the law of war, for which there is credible information, or conduct during military operations other than war that could constitute a violation of the law of war if it is occurred during an armed conflict” (article 6.3 et 3.2). Disponible sur <https://www.hsdl.org/?view&did=463264>.

⁷⁴ A/HRC/7/7, *op.cit.*, p. 18, §46.

du territoire de commission des crimes, comme cela a été le cas pour ceux qui se sont déroulés aux États-Unis mettant en cause les employés d'EMSP en Iraq.

Si les tribunaux américains étaient compétents pour juger des crimes commis par les employés d'EMSP entre 2003 et 2009, les victimes rencontraient des difficultés à faire remonter les abus commis à leur encontre car l'armée américaine n'acceptait pas leurs plaintes⁷⁵.

B. La fin du CPA Order 17 et l'absence continue de répression des violations du droit international humanitaire par les employés d'EMSP : l'obstacle de la défaillance du système juridique et juridictionnel des États en proie à un conflit armé

Le CPA Order 17 était toutefois applicable de juin 2004 à décembre 2008 au moment où le mandat onusien de la coalition internationale a pris fin. Un nouvel accord SOFA est alors entré en vigueur en janvier 2009⁷⁶ qui prévoyait explicitement la révocation de l'immunité accordée aux employés d'EMSP⁷⁷. On a pu penser à ce moment que les employés d'EMSP ayant commis des crimes en Iraq allaient enfin rendre des comptes devant la justice iraquienne. Pourtant, comme le souligne Hin Yan Liu⁷⁸, l'abrogation du CPA Order 17 n'a pas conduit à un tel résultat. Finalement, l'unique affaire connue des tribunaux iraqiens a été celle relative au meurtre de deux employés d'EMSP par leur collègue Daniel Fitzsimons. Les tribunaux iraqiens ont condamné ce dernier à la prison à vie mais les employés impliqués dans des crimes internationaux résultant d'une violation grave du droit international humanitaire n'ont pas été, eux, inquiétés par les tribunaux iraqiens.

⁷⁵ A/HRC/7/7, *op. cit.*, p.22: "*The United States Army does not accept to receive complaints for abuses which may have been committed by employees of PMSCs*".

⁷⁶ Agreement Between the United States of America and Republic of Iraq On the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during Their Temporary Presence in Iraq

⁷⁷ L'article 12 du SOFA précise que : « *Iraq shall have the primary right to exercise jurisdiction over United States contractors and United States contractors employees* ». Status of the Forces Agreement, New-York Times (21 octobre 2011). Toutefois, il convient de noter qu'en juillet 2009, le Congressional Research Service a publié un document qui prévoit expressément que le SOFA ne s'applique pas aux EMSP engagées par le Département de la Défense. Le retrait de l'immunité juridictionnel n'est donc applicable qu'aux employés d'EMSP engagés par les forces armées américaines ; Congressional Research Service, U.S-Iraq Withdrawal/Status of Forces Agreement : Issues for Congressional Oversight, juillet 2009, p.7, disponible sur : <https://sgp.fas.org/crs/natsec/R40011.pdf>.

⁷⁸Hin Yan Liu, *op.cit.*, p. 61.

Pourtant, dans un rapport datant de 2009, l'UNAMI⁷⁹ constate une baisse des cas d' « incidents » à partir de 2009, soit à compter de la fin de l'application du CPA Order 17 et l'entrée en vigueur du nouveau SOFA retirant aux employés d'EMSP l'immunité juridictionnelle dont ils bénéficiaient jusqu'alors devant les tribunaux irakiens. Bien que ces derniers n'aient pas pu se saisir des crimes commis par les EMSP avant l'entrée en vigueur du nouveau SOFA en janvier 2009, cette analyse démontre que l'établissement d'une immunité juridictionnelle à ces employés par le CPA Order 17 a encouragé ou incité ces derniers au non-respect du droit international humanitaire.

Comme le soulignent J.Palou-Loverdos et L. Armendariz⁸⁰, cette tendance démontre également que l'existence d'un système juridique et juridictionnel répressif dans les États territoriaux, peut être un instrument efficace contre les violations du droit international humanitaire. L'État territorial semble ainsi être en théorie le mieux positionné pour empêcher ou limiter les violations du droit international humanitaire par les employés d'EMSP sur son territoire en passant par sa législation nationale pour réguler les activités des EMSP. Il a aussi le plus facilement accès aux témoins et aux preuves des crimes commis, ce qui est en faveur de la répression des crimes commis en poursuivant aussi bien les employés d'EMSP que ces dernières elles-mêmes en tant que personnes morales. Ceci est un avantage par rapport à la justice pénale internationale et la compétence de la Cour pénale internationale notamment.

Toutefois, en pratique, les États territoriaux font face à des déséquilibres institutionnels et à une instabilité politique et sécuritaire qui ne leur permet pas de mettre en place un tel système répressif. En Libye, le rapport de l'Independent Fact-Finding Mission on Libya du 27 juin 2022⁸¹ fait état de la défaillance de l'appareil judiciaire libyen dans le contexte du conflit armé en cours. Selon ce rapport, les tribunaux libyens ne sont pas fonctionnels dans plusieurs localités et les juges et les avocats font face à des menaces, des intimidations et sont parfois même victimes d'attaques, de détentions arbitraires et enlèvement. Ceci paralyse le fonctionnement de la justice et en particulier de la justice pénale. Le système judiciaire libyen n'a ainsi ni les moyens ni la capacité aujourd'hui de

⁷⁹ UNAMI report 1 July – 31 December 2009, p. 9.

⁸⁰ J. Palou-Loverdos et L. Armendariz, *op.cit.*, p.61.

⁸¹ Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 27 juin 2022, A/HRC/50/63, p.17, §§103-106.

mener des enquêtes indépendantes et impartiales sur les crimes commis en Libye, notamment ceux constituant une violation du droit international humanitaire.

En plus d'être concerné par cette même problématique relative aux dysfonctionnements de l'appareil de l'État dû au conflit armé en cours, la particularité du cas iraquien réside dans le fait que l'on était dans une situation d'occupation par un État tiers, ici les États-Unis. Le CPA Order 17 avait en effet une force obligatoire qui s'imposait au gouvernement iraquien lui-même. Après la fusillade du square Nissour à Bagdad en 2007, ce dernier a rédigé un projet de loi prévoyant de soumettre les EMSP étrangères et leurs employés à la loi iraquienne. Cependant, ce projet de loi qui a été transmis au Conseil des Représentants iraquien le 11 février 2008 n'a pas été adopté⁸². Même s'il prévoyait une responsabilité conjointe des EMSP et de leurs employés pour les crimes commis par ces derniers, le projet de loi ne prévoyait toutefois pas d'effet rétroactif. Cependant, selon un rapport de l'UNAMI de janvier 2011⁸³, le gouvernement iraquien a demandé à plusieurs reprises de faire juger les employés de Blackwater par ses propres tribunaux mais le gouvernement américain a toujours refusé une telle requête. Le gouvernement iraquien se fondait ainsi sur son droit prévu à la Section 5 du CPA Order 17 de demander la levée de l'immunité aux employés d'EMSP⁸⁴.

Face à ces nombreux blocages d'ordre politique ou juridique, le document de Montreux préconise la mise en place par les législations nationales des États territoriaux, des États contractants et des États d'origine des EMSP d'une compétence juridictionnelle en matière pénale pour les crimes de droit international et de droit national commis par les EMSP et leurs personnels. L'objectif sous-jacent à une telle proposition est de prévoir plusieurs cadres réglementaires pour que les victimes de tels crimes puissent disposer de multiples moyens d'action. Toutefois, le cas iraquien nous a montré les obstacles relatifs à la volonté étatique des États contractants et à la défaillance de l'appareil judiciaire des États territoriaux qui peuvent s'imposer à la réalisation d'une telle législation. De plus, il faut tenir compte des différences de moyens qui existent généralement entre les accusés

⁸² Groupe de travail des Nations unies sur l'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, rapport d'août 2011 A/HRC/18/32/Add.4, p.13, §§ 44-47.

⁸³ UNAMI Human Rights Office and Office of the High commissioner for human rights, 2010 Report on Human Rights in Iraq, January 2011, p.11.

⁸⁴ J.Palou Loverdos et L. Armendariz, *op.cit.*, p. 92.

(employés d'EMSP ou EMSP elles-mêmes) et les victimes et qui peuvent gravement mettre en cause la possibilité pour les victimes de saisir un tribunal lorsqu'elles ne sont pas assistées ou appuyées par des organisations qui possèdent les moyens de faire valoir les droits des victimes⁸⁵. Ainsi les poursuites intentées contre les EMSP et leurs employés aux États-Unis par les victimes iraqiennes ont pour la plupart été portées par le Center for Constitutional Rights. Pour Massimiliano Mulone et Samuel Tanner, il faudrait donc s'assurer de « la capacité des victimes à avoir effectivement recours aux outils judiciaires instaurés par cette régulation »⁸⁶.

Le groupe de travail des Nations unies sur l'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 (ci-après « le groupe de travail ») a établi un rapport sur les législations nationales en matière d'EMSP⁸⁷. Dans son rapport, le groupe de travail met en évidence les lacunes existantes en matière de régulation des EMSP qui encouragent la violation du droit international humanitaire notamment. Les législations nationales auraient pu en effet compenser l'absence de texte international contraignant sur le sujet afin d'assurer le respect du droit international humanitaire par les EMSP. Toutefois, il ressort de ce rapport que l'absence du mécanisme de surveillance et de système répressif efficace constitue un facteur incitant les employés d'EMSP à ne pas respecter les dispositions du droit international humanitaire.

Les mécanismes de surveillance mis en place par les législations nationales (lorsqu'elles prévoient de telles mécanismes) n'ont pas de mandat pour veiller au respect des normes du droit international humanitaire par les employés d'EMSP.

De plus, il apparaît que la majorité des législations nationales ne prévoient pas de compétence extraterritoriale pour leurs tribunaux. Cette incompétence territoriale des États d'origine des EMSP s'accompagne du faible développement de la compétence universelle en la matière. En conséquence, les possibilités pour les victimes de violation du droit international humanitaire par les employés d'EMSP de porter plainte et d'obtenir

⁸⁵ M. Mulone et S. Tanner, *op.cit.*, p. 229.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Groupe de travail des Nations unies sur l'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, Rapport du 20 juillet 2017, CDH 36^e session, A/HRC/36/47.

une réparation sont considérablement réduites. En ce qui concerne la législation américaine toutefois, les employés d'EMSP déployés en Iraq étaient soumis à la Loi extrajudiciaire militaire américaine qui s'applique aux personnes travaillant avec le Département américain de la défense. Cependant, malgré la compétence des tribunaux américains, les employés des EMSP agissant en Iraq et engagées par le États-Unis ont jouis d'une certaine forme d'immunité.

Les victimes auraient alors pu se tourner vers les tribunaux des États sur le territoire desquels lesdites violations ont été commises. Cependant, des obstacles juridiques et politiques entravent là aussi l'exercice d'un recours effectif. Selon le rapport, les États d'origine des EMSP ou les États ressortissant des employés d'EMSP refusent le plus souvent d'extrader les accusés et les tribunaux des États territoriaux sont souvent défailants.

Face à l'insuffisance des législations nationales pour faire appliquer le droit international humanitaire ou du moins réprimer sa violation, la question se pose de savoir si les outils juridictionnels du droit international, essentiellement incarnés par la Cour pénale internationale et par la Cour internationale de justice, ne constituent pas un moyen efficace de répression des crimes commis par les employés d'EMSP dans un contexte de conflit armé. Les violations graves du droit international humanitaire peuvent en effet être qualifiées de crimes de guerre et entrent ainsi dans la compétence matérielle de la Cour pénale internationale. En ce qui concerne la Cour internationale de justice, nous pouvons nous interroger sur sa compétence pour juger l'État contractant sur le fondement de l'article 1 commun aux quatre Convention de Genève du 12 août 1949 qui impose aux États de « respecter et faire respecter le droit international humanitaire ».

Chapitre 2. Un système international juridique et juridictionnel inadapté à la répression de ce nouvel acteur

Si la justice pénale internationale aurait pu être une solution au blocage rencontré dans la répression des violations graves du droit international humanitaire, il s'avère que la Cour pénale internationale dispose d'une compétence et d'un pouvoir d'action limités qui l'empêche de se saisir d'un grand nombre de situations impliquant la responsabilité de personnels d'EMSP dans la commission de crimes internationaux en Iraq et en Libye (Section 1). De plus, le système de responsabilité internationale des États ne fournit que des outils très restreints à l'engagement de la responsabilité internationale des États contractants pour le fait des EMSP qu'ils engagent (Section 2) et des États entretenant des liens étroits avec ces EMSP (Section 3).

Section 1. La compétence limitée de la Cour pénale internationale pour juger les employés d'EMSP responsables de la commission de crimes internationaux en Iraq et en Libye

La Cour pénale internationale a été instituée le 17 juillet 1998 par l'adoption du Statut de Rome. Complémentaire aux juridictions pénales nationales, elle a pour rôle de juger les crimes internationaux les plus graves. Bien que symbolique, l'action de la CPI permet de lutter contre l'impunité des auteurs de ces crimes et permet notamment de pallier le manque de volonté ou l'incapacité des États impliqués dans un conflit armé à réprimer leur commission⁸⁸. En ce qui concerne les crimes perpétrés lors des conflits armés en Iraq et en Libye, la CPI est matériellement compétente pour en connaître (paragraphe 1). Toutefois, la compétence personnelle limitée de la Cour conduit à ce qu'une grande partie des auteurs de ces crimes pourront en réalité échapper à des poursuites devant sa juridiction (paragraphe 2).

⁸⁸ Mark Drumbl et Gabor Rona, « Navigating challenges in child protection and the reintegration of children associated with armed groups », dans *Cradled by Conflict: Child Involvement with Armed Groups in Contemporary Conflict*, Siobhan O'Neil et Kato Van Broeckhoven, dir. pub., (New York, Université des Nations Unies, 2018), p. 213. Disponible à l'adresse suivante : reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Cradled_by_Conflict.pdf.

Paragraphe 1- La compétence matérielle avérée de la Cour pour les crimes commis en Iraq et en Libye par les EMSP

Si les crimes commis par les EMSP en Iraq et en Libye constituent des infractions au droit international humanitaire, cela ne signifie pas forcément que la CPI puisse s'en saisir. La compétence matérielle de la Cour est en effet limitée aux violations les plus graves du droit international humanitaire. Pour savoir si ce degré de gravité est atteint, il convient de vérifier si les crimes en question entrent dans la définition donnée des crimes internationaux par le Statut de Rome et les Éléments des crimes.

A. L'exclusion du crime de génocide et du crime d'agression et le manque d'informations pour les allégations de crimes contre l'humanité

Nous pouvons d'ores et déjà écarter la qualification de génocide et celle crime d'agression pour ces infractions qui ne correspondent manifestement pas à la définition de ces crimes⁸⁹.

Pour ce qui est du crime contre l'humanité, l'article 7 du Statut de Rome définit le crime contre l'humanité comme étant la commission de certains actes dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque. Ces actes sont précisément énoncés par le même article et comptent les actes de torture, les viols ou encore le meurtre.

La mission d'enquête des Nations Unies en Libye a rendu plusieurs rapports faisant état de crimes qui pourraient être constitutifs de crimes contre l'humanité⁹⁰. Il s'agit essentiellement des crimes commis à l'encontre des migrants. Toutefois, sans exclure l'hypothèse de la participation des EMSP dans la commission de tels crimes, aucune information n'est donnée sur le rôle précis qu'elles pourraient avoir dans leur commission. Le mandat de la mission d'enquête étant toujours en vigueur, cela pourrait éventuellement s'expliquer par des raisons de confidentialité.

⁸⁹ Article 6 du Statut de Rome pour le génocide et article 8bis pour le crime d'agression.

⁹⁰ Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 23 mars 2022, A/HRC/49/4, p.6, §6 ; Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 1er octobre 2021, A/HRC/48/83, §58 et §70.

En Iraq, un rapport de l'UNAMI datant de 2008 fait état d'« attaques systématiques et généralisées contre une population civile qui pourraient être assimilés à des crimes contre l'humanité »⁹¹. Toutefois, si le rapport fait mention d'attaques menées par des employés d'EMSP⁹², il ne précise pas l'implication de ces dernières dans la commission des crimes contre l'humanité allégués.

B. La compétence matérielle de la Cour fondée sur les allégations de crimes de guerre

L'article 8 du Statut de Rome définit le crime de guerre comme une infraction grave aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ou, pour ce qui est des conflits armés non-internationaux, une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève (article 8.2 c)), ou une violation grave des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux (article 8.2 b)) et non-internationaux (article 8.2 e)). Pour définir ce qui peut être constitutif de telles infractions et violations, l'article 8 prévoit une liste d'actes susceptibles de constituer un crime de guerre. Ces actes doivent viser des personnes ou des biens protégés par les Conventions de Genève. Ils doivent en outre avoir été commis « dans le cadre d'un plan ou d'une politique » ou doivent faire partie « d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle » (article 8.1 du Statut de Rome).

Parmi les actes commis par les employés d'EMSP en Iraq et en Libye et qui peuvent être considérés comme des crimes de guerre si les conditions requises sont satisfaites figurent des actes de torture, de traitement inhumain, des viols et autres formes d'agression sexuelle, des détentions illégales, des exécutions sommaires et des attaques contre des civils.

Les éléments des crimes relatifs à l'article 8 du Statut de Rome exigent en outre que ces actes aient été commis dans le contexte de et aient été associés à un conflit armé international ou un conflit armé non-international. Cette exigence pose la question de

⁹¹ UNAMI Human Rights Report, 1 January – 30 June 2008, §§11-21. Disponible sur : https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/IQ/UNAMI_Human_Rights_Report_January_June_2008_EN.pdf.

⁹² *Ibid.*, §§38-39.

savoir si un tel crime ne peut être commis que par les membres des forces armées régulières ou si des membres d'EMSP peuvent s'en rendre coupables⁹³. Comme le rappelle M. Nicolas Haupais⁹⁴, le TPIR, se fondant sur la jurisprudence des Tribunaux de Tokyo⁹⁵, a affirmé que les civils peuvent être jugés responsables de violations du droit international humanitaire⁹⁶.

Chia Lehnardt⁹⁷ évoque l'existence de deux appréciations possibles de l'exigence d'un lien entre l'acte commis et un conflit armé. Une première lecture considère qu'il faille établir un lien entre la personne responsable du crime et une partie au conflit. L'autre conception considère que le droit international humanitaire liant tous les individus, il suffit que le crime ait été commis dans un contexte général de conflit armé. Ce n'est toutefois pas la position du TPIR qui adopte la première conception dans l'arrêt *Musema*⁹⁸. Ainsi, selon M. N. Haupais⁹⁹, pour qu'un employé d'EMSP puisse être jugé coupable d'avoir commis un crime de guerre, il faut que l'EMSP ait un lien avec une partie au conflit. Cette condition est facilement satisfaite en ce qui concerne les EMSP engagées en Iraq et en Libye qui sont accusées d'avoir commis des crimes de guerre. Dans le conflit armé en Iraq en effet, ces EMSP ont été engagées essentiellement par les

⁹³ M. N. Haupais, « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre », *Annuaire français de droit international*, volume 55, 2009, p. 99

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, 2 septembre 1998, ICTR 96-4, § 633 : "It is, in fact, well-established, at least since the Tokyo trials, that civilians may be held responsible for violations of international humanitarian law. Hirota, the former Foreign Minister of Japan, was convicted at Tokyo for crimes committed during the rape of Nanking. Other post-World War II trials unequivocally support the imposition of individual criminal liability for war crimes on civilians where they have a link or connection with a Party to the conflict. The principle of holding civilians liable for breaches of the laws of war is, moreover, favored by a consideration of the humanitarian object and purpose of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, which is to protect war victims from atrocities".

⁹⁶ Les Tribunaux militaires des Alliés ont également reconnu ce principe: *The Hadamar Trial*, Law Reports of Trials of War Criminals ("LRTWC"), Vol. I, pp.53-54: "The accused were not members of the German armed forces, but personnel of a civilian institution. The decision of the Military Commission is, therefore, an application of the rule that the provisions of the laws and customs of war are addressed not only to combatants but also to civilians, and that civilians, by committing illegal acts against nationals of the opponent, may become guilty of war crimes"; *The Essen Lynching Case*, LRTWC, Vol. I, p.88: trois civils ont été jugés coupables pour avoir tué des prisonniers de guerre non armés ; *the Zyklon B Case*, LRTWC, Vol. I, p.103 : "The decision of the Military Court in the present case is a clear example of the application of the rule that the provisions of the laws and customs of war are addressed not only to combatants and to members of state and other public authorities, but to anybody who is in a position to assist in their violation. [...] The Military Court acted on the principle that any civilian who is an accessory to a violation of the laws and customs of war is himself also liable as a war criminal". Disponibles sur: <https://www.legal-tools.org/doc/78737e/pdf>.

⁹⁷ Chia Lehnardt, "Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law", *EJIL*, 2008, pp. 1015-1017.

⁹⁸ TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Alfred Musema*, 27 janvier 2000, ICTR-96-13-T, §274.

⁹⁹ M. N. Haupais, *op.cit.*, p. 100.

États parties au conflit armé. En Libye, aussi bien le GNA que l'ANL engagent des EMSP qui sont accusées de violer gravement le droit international humanitaire.

Cela étant, il convient de vérifier si la CPI est compétente *ratione personae* pour juger les EMSP et leurs employés pour les crimes de guerre dont ils sont accusés d'avoir commis en Iraq et en Libye.

Paragraphe 2- La compétence personnelle limitée de la CPI

L'incompétence personnelle de la Cour à juger les personnes morales constitue une première limite à la possibilité pour celle-ci de se saisir des crimes qui ont été commis par les EMSP en Iraq et en Libye (A). Par ailleurs, les conditions relatives à la nationalité des auteurs et du lieu de commission de crime aboutie à une situation où une grande partie des auteurs des crimes allégués ne pourront pas être poursuivis devant la CPI (B).

A. L'impossible répression des EMSP en tant que personnes morales par la Cour pénale internationale

L'article 25.1 du Statut de Rome prévoit que « la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut ». Cela pose d'emblée une limite infranchissable à la répression des crimes commis par les EMSP dans les conflits armés en Iraq et en Libye, qui est celle de l'impossibilité de les poursuivre en tant que personnes morales devant la CPI. Face au manque de volonté de poursuite par les États-Unis des EMSP qu'ils ont engagées pour les crimes commis par leurs employés, une telle délimitation de la compétence de la Cour conduit à une impasse en ce qui concerne le cas iraquien. La Libye pourrait théoriquement poursuivre les EMSP ayant commis des crimes sur son territoire devant ses tribunaux mais la défaillance du système juridictionnel due au conflit armé en cours risque de paralyser toute tentative en ce sens.

Ceci amène la question de savoir si au regard du droit international, une entreprise peut être tenue responsable pénalement. Traditionnellement, le droit international adoptait le principe de *societas delinquere non potest* selon lequel les entreprises ne peuvent pas

commettre de délit. Même s'ils étaient incompétents *ratione personae* pour juger les personnes morales, le Tribunal militaire international de Nuremberg et les Tribunaux militaires des Alliés ont pour la première fois remis en cause ce principe. Les procureurs souhaitaient en effet poursuivre les dirigeants d'entreprise et mettre par là en lumière le rôle crucial que les entreprises ont pu avoir dans la perpétration des crimes commis par les nazis. Ainsi, la possibilité pour une entreprise en tant que personne morale de violer le droit international humanitaire et d'être responsable de la commission de crimes de guerre a été reconnue par le Tribunal militaire des États-Unis dans les affaires *I.G Farben* de 1948¹⁰⁰ et *Krupp* de 1949¹⁰¹.

La responsabilité pénale des entreprises pose la question de l'attribution de l'acte criminel à l'entreprise et du lien qui existe entre la personne physique et la personne morale¹⁰². Les procès des industriels à Nuremberg admettent que les personnes physiques puissent utiliser une entreprise en tant qu'instrument pour commettre des crimes.¹⁰³ Les Principes de Nuremberg de 1950 qui font partie du droit coutumier font référence à la responsabilité pénale de « toute » personne dans la commission d'un crime de droit international¹⁰⁴. Selon Jelena Aparac, la terminologie employée par les Principes de Nuremberg doit être interprétée comme n'excluant pas les personnes morales¹⁰⁵.

Exception faite du Tribunal spécial pour le Liban, aucun tribunal pénal international n'a reconnu sa compétence personnelle pour juger des personnes morales. La question avait bien été discutée lors de l'élaboration du Statut de Rome instituant la CPI mais la proposition d'une compétence personnelle vis-à-vis des personnes morales a finalement été abandonnée. La responsabilité pénale internationale des entreprises en est toujours aujourd'hui au stade de la *soft law*, matérialisée notamment par des codes de conduite.

¹⁰⁰ *Affaire I.G Farben, The United States of America vs. Carl Krauch, et al.*, 27 août 1947-30 juillet 1948, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N°10, vol. VII, United States Government Printing Office, Washington, 1953.

¹⁰¹ *Affaire Krupp, The United States of America vs. Alfried Krupp, et al.*, 8 décembre 1947-31 juillet 1948, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N°10, vol. IX, United States Government Printing Office, Washington, 1953.

¹⁰² Jelena Aparac, *Business et droits de l'Homme dans les conflits armés*, Bruylant, 2021.

¹⁰³ *Ibid.*, p.127.

¹⁰⁴ Notamment les principes 1 et 2 des Principes de Nuremberg.

¹⁰⁵ Jelena Aparac., *op. cit.*, p.128.

B. Le pouvoir d'action réduit de la Cour pénale internationale pour la poursuite des employés d'EMSP : l'obstacle de la non-adhésion des États de nationalité et des États territoriaux au Statut de Rome

L'article 12.2 b) du Statut de Rome prévoit que la Cour est compétente pour les crimes commis par les ressortissants des États parties audit Statut.

Le personnel des EMSP présentes en Libye et qui opéraient en Iraq est constitué de personnes de différentes nationalités. Partant, le traitement des employés d'une même EMSP sera différent en fonction de leur nationalité. Ainsi par exemple, les Américains ou Iraquiens employés par Blackwater, CACI international ou encore Titan Corporation (aujourd'hui Engility Holdings) en Iraq ne pourront pas être poursuivis devant la CPI sur la base de sa compétence personnelle étant donné que ni l'Iraq, ni les États-Unis, ne sont parties au Statut de Rome. La même conclusion est à tirer en ce qui concerne les employés Turcs, Syriens, Russes et Libyens qui opèrent en Libye notamment.

Le pouvoir d'action de la CPI se voit d'autant plus drastiquement réduit en ce que la Libye, l'Iraq et les États-Unis n'étant pas parties au Statut de Rome, elle ne peut fonder sa compétence sur la base de l'article 12.2 a) relatif aux crimes commis sur le territoire d'un État partie.

De la même manière, la voie prévue par l'article 28 du Statut pour la poursuite des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques auraient pu servir à poursuivre les dirigeants de ces EMSP. Toutefois, les conditions posées à l'article 12 du Statut conduisent à la même impasse.

Une autre possibilité est offerte par l'article 12.3 du Statut qui prévoit qu'un État non-partie peut accepter la compétence de la Cour pour les crimes qui ont été commis sur son territoire ou par ses ressortissants. S'il est peu probable que les États de nationalité comme la Turquie, la Russie ou les États-Unis acceptent une telle compétence de la Cour, il se peut que la Libye et l'Iraq en tant qu'États territoriaux le fassent. En ce qui concerne la Libye toutefois, les liens entretenus entre le GNA et la Turquie d'une part et entre l'ANL et l'EMSP Wagner d'autre part, risquent de compromettre la réalisation d'un tel scénario.

En ce qui concerne l'Iraq, une difficulté pourrait apparaître liée à la situation qui a prévalu dans le pays entre 2003 et 2011. L'occupation du pays par les États-Unis font-ils de ces derniers les seuls aptes à accepter la compétence de la Cour pour les crimes commis sur le territoire iraquien durant cette période ? Dans sa décision *Situation dans l'État de Palestine* du 5 février 2021, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a conclu à la compétence territoriale de la CPI pour les crimes commis sur les territoires de Gaza et de Cisjordanie, y compris Jérusalem Est, occupés par Israël¹⁰⁶. La situation d'occupation de ces territoires n'a donc pas empêché la Chambre préliminaire de considérer que la Cour était compétente pour se saisir des crimes qui y ont été commis. Si l'on transpose cette solution au cas de l'Iraq entre 2003 et 2011, l'Iraq pourrait alors accepter la compétence de la Cour même s'il était occupé par les États-Unis au moment de la commission des crimes en cause par les employés d'EMSP agissant sur son territoire.

Pour ce qui est de la Libye, le Conseil de sécurité des Nations Unies a déféré la situation prévalant dans le pays depuis le 15 février 2011 sur la base de l'article 13 b) du Statut de Rome¹⁰⁷. La Cour est ainsi compétente pour se saisir des crimes commis sur le territoire libyen depuis le 15 février 2011.

Cependant, ce mécanisme d'« activation » de la compétence de la Cour ne peut être considéré comme une solution satisfaisante pour la traduction en justice des employés d'EMSP ayant commis des crimes internationaux. C'est en effet un moyen auquel il n'est fait recours que de façon exceptionnelle et dont la mise en œuvre peut se heurter à des blocages d'ordre politique. De plus, même si la Cour est compétente sur ce fondement pour se saisir des crimes commis en Libye dans le contexte du conflit armé en cours, l'examen de la situation semble en être au point mort et la Cour risque de se confronter à des difficultés liées au manque de coopération de la part des différentes parties au conflit.

La Cour pénale internationale n'offre donc pas de moyen sûr pour poursuivre les employés d'EMSP accusés d'avoir commis des crimes en Iraq et en Libye. Même si ces derniers acceptaient la compétence de la CPI en effet, des obstacles pratiques pourraient encore surgir, liés notamment à l'extradition des accusés par leur État de nationalité ou

¹⁰⁶ CPI, *Situation dans l'État de Palestine*, Chambre préliminaire, décision du 5 février 2021, ICC-01/18, §118.

¹⁰⁷ CSNU, 6491e séance, 26 février 2011, S/RES/1970 (2011).

de résidence. Face aux limites des mécanismes de poursuite des EMSP et de leur personnel de la justice pénale internationale, existe-t-il des alternatives offertes par le droit international pour juger les crimes commis par les EMSP dans les conflits armés en Iraq et en Libye ? Peut-on juger d'autres acteurs que les EMSP et leurs employés pour les crimes commis par ces derniers ? Plus précisément, dans quelle mesure l'État contractant ou l'État d'origine ou tout autre État intervenant dans le recours aux EMSP peuvent-ils être tenus responsables internationalement des agissements des EMSP et de leurs employés ?

Section 2. Une responsabilité brouillée : la mise en cause incertaine de la responsabilité internationale de l'État contractant pour violation du droit international humanitaire par les EMSP

Dans un article publié en 2004, Anthony J. Sebok pose la question de savoir si les victimes iraqiennes des violations du droit international humanitaire par les employés d'EMSP dans la prison Abu Ghraïb peuvent poursuivre les États-Unis sur le fondement du Federal Tort Claim Act (ci-après « FTCA ») du 2 août 1946¹⁰⁸. Dans cette publication, l'auteur soutient que les victimes iraqiennes pourraient bien tenter une action en justice devant les tribunaux fédéraux américains sur le fondement de cette loi qui prévoit que le Gouvernement américain peut être tenu responsable des actes de ses agents. Ceci amène une interrogation : les employés d'EMSP peuvent-ils réellement être considérés comme des agents du Gouvernement américain ? Le FTCA pose une distinction entre ce dernier statut et celui d'entrepreneur indépendant¹⁰⁹ et prévoit que le Gouvernement ne peut être tenu responsable des actes de ces derniers. Anthony J. Sebok rappelle la jurisprudence ambiguë de la Cour suprême américaine qui précise que les employés d'un État fédéré ne sont pas considérés comme des agents du Gouvernement fédéral américain¹¹⁰ mais que les entités ayant conclu un contrat avec celui-ci peuvent l'être¹¹¹. L'auteur conclut qu'il est possible d'avancer – de façon incertaine toutefois – que les employés d'EMSP étant

¹⁰⁸ Anthony J. Sebok, "Could Suits against the U.S Government by Iraqis subject to abuse in Abu Ghraib Prison Succeed?", *FindLaw*, 31 mai 2004.

¹⁰⁹ Notre traduction de l'anglais « *independent contractor* » : Congressional Research Service, The Federal Tort Claims Act (FTCA), A legal overview, 20 novembre 2019, Disponible sur <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45732.pdf>

¹¹⁰ United State Supreme Court, *Logue v. United States*, No 72-656, 11 juin 1973.

¹¹¹ United States Supreme Court, *U.S v. Orleans*, No 75-328, 1er juin 1976.

intervenue en Iraq pourraient ainsi être considérés comme étant des agents du Gouvernement américain. Il souligne par ailleurs que les employés d'EMSP auront intérêt à se voir octroyer ce statut pour éviter les poursuites les mettant en cause personnellement.

La FTCA pose aussi l'exigence selon laquelle les agents du Gouvernement doivent avoir exercé des pouvoirs d'enquête ou d'application de la loi. Sur ce point, les activités déléguées aux employés de CACI international – mais pas ceux de Titan Corporation – satisfont à ce critère.

Enfin, la FTCA pose une dernière limite liée au territoire de commission de l'acte en cause. La loi américaine prévoit en effet que le Gouvernement américain ne peut pas être tenu responsable des actes commis par ses agents en dehors du territoire des États-Unis. Toutefois, comme le souligne l'auteur, la situation en Iraq était exceptionnelle en ce qu'il ne s'agissait pas d'un État tiers souverain mais d'une situation d'occupation. Ainsi, cette limite à la renonciation par l'État américain de son immunité pourrait bien être réfutée devant les tribunaux fédéraux américains.

Les victimes irakiennes pourraient cependant être confrontées à un obstacle essentiel qui est celui de la distinction que pose cette loi fédérale entre les fonctions « ministérielles » et les fonctions « politiques ». Selon la FTCA, la responsabilité du Gouvernement américain ne peut être engagée que pour les actes de négligence de ses employés dans le cadre de fonctions ministérielles, c'est-à-dire des fonctions qui n'impliquent pas de pouvoir discrétionnaire, contrairement aux fonctions politiques. À l'inverse, si l'acte résulte d'un « mauvais jugement » de l'employé du gouvernement dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, alors le Gouvernement américain ne pourra pas être poursuivi.

L'article d'Anthony J. Sebok nous illustre les difficultés qui peuvent exister pour engager des poursuites contre l'État contractant sur le fondement de législations nationales. La question se pose ainsi de savoir s'il existe des outils juridiques internationaux permettant de mettre en cause la responsabilité internationale de l'État contractant pour le fait du personnel des EMSP qu'il engage.

Paragraphe 1- La responsabilité de l'État contractant sur le fondement de l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949

En principe, l'État peut être tenu responsable des actes commis par ses organes mais pas pour ceux commis par des personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales, sauf lorsque les agissements de ces dernières résultent d'un manquement de l'État à ses obligations internationales. Cela signifie donc qu'en principe, l'État contractant ne peut pas être tenu responsable des crimes commis par les employés d'EMSP ou en lieu et place de ces EMSP. Toutefois, si l'on considère l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève, celui-ci prévoit que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ».

Au vu de la disposition précitée, les États contractants ont l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP qu'ils engagent pour opérer dans des conflits armés¹¹².

En 2014, la Revue internationale de la Croix-Rouge a publié un article¹¹³ sur le sens à donner à cette obligation juridique à la charge des États de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire. Knut Dörmann et Jose Serralvo affirment ainsi que la disposition précitée met à la charge des États tiers à un conflit armé « une obligation de ne pas encourager des personnes ou des groupes impliqués dans un conflit armé à agir en violation des Conventions de Genève, ni de les aider ou de les assister dans la commission de telles violations en connaissance de cause »¹¹⁴. Cette obligation vaut également pour les parties au conflit armé qui doivent respecter et faire respecter le droit international humanitaire. La question se pose de savoir si dans le conflit armé en Iraq de 2003, les États-Unis ont encouragé à la violation du droit international humanitaire les employés d'EMSP en ne poursuivant pas ceux d'entre eux qui se sont rendus coupables d'une telle violation, créant ainsi un contexte d'impunité tel qu'il a été décrit dans le chapitre précédent (cf. *supra* Partie 2, chapitre 1).

¹¹² Gilles Carbonnier, « Privatisation, sous-traitance et partenariat public-privé : charity.com ou business.org ? », R.I.C.R., Vol.86, N°856, 2004, pp.736-737. Disponible sur : https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/irrc_856_carbonnier.pdf.

¹¹³ Knut Dörmann et Jose Serralvo, « L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol.96, 2014/3 et 4.

¹¹⁴ *Ibid*, p.55.

Cette obligation a été rappelée à plusieurs reprises par la CIJ dans les affaires des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis)¹¹⁵ et de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)¹¹⁶. Dans cette dernière affaire, la CIJ a affirmé que l'État se rendait coupable d'une violation de l'obligation de prévention qui figure dans la Convention pour la répression du crime de génocide que s'il a « manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher »¹¹⁷.

Si l'on applique la solution précitée au cas des conflits armés en Iraq, il conviendrait de s'interroger sur le fait de savoir si l'absence de poursuites des EMSP ou de leurs employés pour leurs actes contraires au droit international humanitaire constitue un manquement des États-Unis dans leur obligation de prévention de telles violations. Autrement dit, la poursuite pénale des employés d'EMSP en Iraq par les États-Unis aurait-elle pu constituer un moyen de prévention contre la violation du droit international humanitaire contribuant à l'empêcher ? Comme déjà évoqué, la révocation de l'immunité juridictionnelle devant les tribunaux irakiens pour les employés d'EMSP engagées par les États-Unis en janvier 2009 a été suivie d'une diminution du nombre de cas d'incidents contraires aux règles du droit international humanitaire¹¹⁸.

D'un point de vue plus théorique et philosophique, outre punir les responsables des crimes internationaux les plus graves, l'institution d'une justice pénale internationale et l'établissement d'une Cour pénale internationale visait aussi à prévenir les violations du droit international pénal et du droit international humanitaire en luttant contre l'impunité de leurs auteurs. Ainsi, poursuivre les employés d'EMSP qui ont agi en Iraq et qui agissent aujourd'hui en Libye aurait pu et peut encore être un moyen efficace de lutte contre les violations du droit international humanitaire. Au vu de la situation d'occupation en Iraq lors du conflit armé et en vertu de la législation applicable dans ce contexte, seuls les États-Unis auraient pu et peuvent poursuivre le personnel d'EMSP ou les EMSP elles-mêmes pour leurs infractions commises en Iraq. En ne mettant pas en œuvre de telles

¹¹⁵ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis), 27 juin 1986, §220.

¹¹⁶ CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), 26 février 2007.

¹¹⁷ *Ibid.*, §430.

¹¹⁸ UNAMI report 1 July – 31 December 2009, p. 9.

poursuites, il est possible de considérer que les États-Unis ont manqué à leur obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire et de ne pas encourager celles-ci. Pour ce qui est de la Libye, même si l'État territorial a également l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP qui interviennent sur son territoire, il reste qu'il est difficile d'attribuer la responsabilité du manquement à l'article 1 commun aux Conventions de Genève à un État en particulier car les circonstances qui entourent l'engagement des EMSP qui interviennent dans le conflit libyen demeurent floues et les sources qui y sont relatives sont difficiles d'accès.

Par ailleurs, Marina Spinedi¹¹⁹ évoque la possibilité pour les États de nationalité des victimes de violations du droit international humanitaire commises par les EMSP de prendre fait et cause pour leurs nationaux et de poursuivre les États qui peuvent être tenus responsables de ces violations. Ainsi, sur le fondement des développements qui précèdent, l'Iraq pourrait prendre fait et cause pour ses nationaux et poursuivre les États-Unis devant la CIJ sur la base de la violation de leur obligation de « faire respecter le droit international humanitaire » prévue à l'article 1 commun aux Conventions de Genève, qui implique de ne pas encourager sa violation ainsi que la mise en œuvre des moyens à leur disposition permettant de prévenir ladite violation.

Exception faite de l'article 1 commun aux Conventions de Genève, en son état actuel, le droit international n'offre aucun autre moyen de poursuivre l'État contractant pour les violations du droit international humanitaire commises par les employés d'EMSP qu'il a engagé. Il existe toutefois des propositions doctrinales et des mécanismes de *soft law* qui tentent de se saisir de ce sujet.

¹¹⁹ Marina Spinedi, « *Private contractors* : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'État de la conduite des personnes privées ? », *Forum du droit international* 7, 2005, p.280.

Paragraphe 2 - Le Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite appliqué aux EMSP et leurs agissements : l'absence d'outils juridique permettant la poursuite de l'État contractant

Le recours de plus en plus massif aux EMSP par les États pour des activités intrinsèquement gouvernementales comme les fonctions de combat pose la question de leur responsabilité internationale quant à la violation du droit international humanitaire. Comme le souligne Marina Spinedi¹²⁰, la sous-traitance des fonctions traditionnellement assurées par les États dans les conflits armés ne doit pas avoir pour conséquence de mettre à l'écart le droit international humanitaire dans la conduite des hostilités et ne doit pas être un moyen pour les États de se soustraire à leur obligation de respecter les règles applicables dans un conflit armé.

C'est en ce sens que la Commission du droit international a adopté en 2001 un Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ci-après « le Projet » ou « le Projet d'articles »)¹²¹. Ce Projet prévoit certains articles intéressants à exploiter pour envisager de mettre en œuvre la responsabilité de l'État contractant pour les crimes commis par les EMSP et leurs employés dans le cadre des missions qui leur ont été conférées par contrat¹²². L'article 5 du Projet prévoit ainsi que si une entité privée exerce une fonction de puissance publique, alors l'État qui lui a délégué une telle fonction peut être tenu responsable de ses agissements contraires au droit international, que cette entité soit sous le contrôle de l'État ou non¹²³. L'article dispose ainsi que :

« 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 de le droit international ».

¹²⁰ *Ibid.*, p. 279.

¹²¹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 2001, Texte adopté par la Commission à sa 53^e session en 2011 et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10)*.

¹²² Marina Spinedi, *op.cit.*, pp. 273-280.

¹²³ *Documents officiels de l'Assemblée générale cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10)*, article 5, paragraphe 3.

Le paragraphe 1 du commentaire de l'article 5 précité accompagnant le Projet d'article¹²⁴ précise que l'objectif de cette disposition est de prendre en compte l'expansion du recours aux « entités paraétatiques qui exercent des prérogatives de puissance publique à la place d'organes de l'État ». Ce phénomène concerne évidemment l'utilisation croissante des EMSP par les États qui leur délèguent de façon courante aujourd'hui des fonctions de combat entrant dans la catégorie de « prérogatives de puissance publique ». Par ailleurs, le paragraphe 2 dudit commentaire précise que le terme « entité » englobe les sociétés privées.

Comme le souligne M. Spinedi¹²⁵, la question se pose tout de même de savoir si une telle délégation peut se faire sous forme de contrat. De son avis, il convient de retenir une réponse affirmative à cette problématique, dans la mesure où une telle forme de délégation est prévue par le droit interne. Si l'on s'intéresse au cas des EMSP engagées par le Département américain de la défense en Iraq, et sans trop entrer dans le débat de la légalité de ces contrats, il se pourrait alors que les fonctions d'interrogatoire confiées à l'EMSP CACI International dans la prison d'Abu Ghraïb ne satisfassent pas à l'exigence de conformité avec le droit interne. L'instruction *Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces* du 3 octobre 2005 du Département américain de la défense prévoit en effet que les « fonctions intrinsèquement gouvernementales ne peuvent être assurées par le secteur privé ».¹²⁶ Or, assurer des activités d'interrogatoire des prisonniers constitue une fonction intrinsèquement gouvernementale et une prérogative de puissance publique.

Concernant les activités de transport des troupes qui ont par exemple été confiées à l'EMSP Sadat par le Gouvernement d'Union nationale en Libye, elles ne sont en principe pas qualifiables de « prérogatives de puissance publiques »¹²⁷. Toutefois, nous pouvons tenter d'appliquer la même méthodologie qui prévaut pour ce qui est de la qualification d'une telle activité de participation directe aux hostilités. Nous pouvons ainsi considérer que si le transport de troupes est destiné à une opération militaire spécifique, étant donné

¹²⁴ *Ibid.*, paragraphe 1.

¹²⁵ Marina Spinedi, *op.cit.*, p. 277.

¹²⁶ Département américain de la Défense, *Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces, Instruction* du 3 octobre 2005, article 6.1.5, notre traduction de l'anglais : "Functions and duties that are inherently governmental are barred from private sector performance".

¹²⁷ Marina Spinedi, *op.cit.*, p. 277.

qu'il sera qualifié de participation directe aux hostilités, un tel transport constitue une prérogative de puissance publique. A l'inverse, si le transport de troupes est destiné à une campagne militaire générale, alors il ne pourra pas être qualifié de prérogative de fonction publique.

Afin de faciliter l'établissement de la responsabilité de l'État contractant pour la violation du droit international humanitaire par les EMSP qu'il engage, M. Spinedi propose de prévoir une obligation internationale pour les États de prévoir dans leurs législations nationales l'obligation pour les EMSP de respecter le droit international humanitaire entre autres. L'État qui ne se soumettrait pas à une telle obligation internationale pourra ainsi, selon l'auteure, être tenu responsable internationalement des dommages provoqués par l'EMSP qui ne se serait pas conduite de façon conforme aux règles applicables dans les conflits armés¹²⁸.

Malgré les efforts doctrinaux et les tentatives de régulation et de définition de la responsabilité des États contractants vis-à-vis des actes commis par les EMSP qu'ils engagent, l'article 1 commun aux Conventions de Genève semble donc être le seul outil juridique permettant de poursuivre, dans une certaine mesure, l'État contractant pour le manquement à son obligation de faire respecter le droit international humanitaire. Toutefois, la question spécifique de la responsabilité de cet État pour les crimes commis par les employés des EMSP qu'il engage demeure aujourd'hui au stade des propositions doctrinales et de la *soft law*. Aucun autre instrument juridique contraignant offrant une véritable possibilité de poursuite n'existe encore. Au demeurant, d'autres États peuvent également être impliqués dans la commission de crimes par les employés d'EMSP, en particulier l'État d'origine de ces dernières. Ces deux entités entretiennent parfois des liens étroits allant jusqu'à interroger sur l'éventuelle subordination de l'EMSP à son État d'origine. C'est en particulier le cas du lien des EMSP Wagner et Sadat avec l'État russe et turc respectivement.

¹²⁸ Marina Spinedi, *op.cit.*, p. 279.

Section 3. La responsabilité de l'État d'origine et des autres États sur le fondement de leurs liens étroits avec les EMSP : le cas de la Turquie et de la Russie

Dans son article précité, M. Spinedi voit dans l'article 8 du Projet d'article de la CDI un moyen d'engager la responsabilité de l'État d'origine de l'EMSP dans le cas où il apparaîtrait que cette dernière agit en fait sous son contrôle¹²⁹. L'article 8 du Projet prévoit que :

« 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 ».

Le commentaire de l'article précise que ce dernier s'applique aux entités privées¹³⁰.

Deux EMSP opérant en Libye sont accusées d'agir pour le compte de leur État d'origine dans les conflits armés dans lesquels elles interviennent. Il s'agit de la société turque Sadat et de la société Wagner dont il sera question dans la présente section.

S'il n'existe aucune règle juridique contraignante à ce sujet, il peut être intéressant d'analyser la possibilité de tenir l'État d'origine responsable des violations du droit international humanitaire commises par les employés de ses EMSP à partir de la jurisprudence de la Cour internationale de justice et celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relative au degré de contrôle qu'exerce un État tiers sur un groupe armé en lutte contre son État d'origine¹³¹.

Dans son arrêt du 27 juin 1986 relatif à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ affirme que pour pouvoir attribuer aux États-Unis les violations du droit international par les membres des *contras* au

¹²⁹ *Ibid.*, p. 278.

¹³⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10)*, article 8, commentaire, Paragraphe 2.

¹³¹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis), 27 juin 1986 ; TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, arrêt de la Chambre d'appel, IT-94-1-A, 15 juillet 1999

Nicaragua, il faudrait que les États-Unis exercent un « contrôle effectif » sur ledit groupe armé. Le Nicaragua soutenait que les *contras* agissaient en dépendance par rapport aux États-Unis, en particulier vis-à-vis de la CIA, et que, de ce fait, leurs actes devaient être imputables aux États-Unis¹³². La Cour estime toutefois que :

« La participation des États-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même (...) pour que puissent être attribués aux États-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua »¹³³.

Elle conclut donc en affirmant que les *contras* n'agissaient pas en totale dépendance par rapport au soutien des États-Unis, et que ces derniers demeuraient donc entièrement responsables de leurs actes qui ne peuvent pas être imputés au Gouvernement des États-Unis¹³⁴.

La Cour soutient que c'est le fait de savoir si au moment desdites opérations des *contras*, les États-Unis avaient ou devaient avoir connaissance des violations du droit international humanitaire par les *contras* qui doit être pris en considération pour l'appréciation de la licéité du comportement des États-Unis. Elle retient que la publication et la mise à disposition des *contras* d'un « manuel d'opérations psychologiques » en 1983 dont elle attribue la responsabilité au Gouvernement américain est contraire à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève en ce que cet ouvrage préconise la mise en œuvre d'opérations manifestement contraires à l'article précité¹³⁵.

Afin de déterminer si l'État d'origine peut être tenu responsable des actes d'EMSP, il convient donc de s'intéresser au type de relation qui existe entre ces deux acteurs. Comme introduit en début de section, nous allons nous centrer sur les exemples des entreprises turque Sadat et russe Wagner.

¹³² CIJ, *ibid.*, §114.

¹³³ *Ibid.*, §115.

¹³⁴ *Ibid.*, §116.

¹³⁵ *Ibid.*, §256.

En partant de la jurisprudence précitée, nous pouvons nous interroger : les liens entre Sadat et l'État turc et ceux entre Wagner et la Russie permettent-ils d'établir l'existence d'un contrôle effectif de ces États sur ces EMSP ?

Une réponse affirmative à cette question serait difficile à apporter si l'on applique la jurisprudence de la CIJ. Cette dernière retient en effet une définition restrictive du degré de contrôle nécessaire exercé par l'État sur le groupe armé dans son arrêt sur l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. La Cour exige en effet que l'État ait imposé, demandé ou ordonné les opérations militaires en cause et la commission des violations du droit international humanitaire durant celles-ci. Il faut en outre que le contrôle soit établi sur les opérations au cours desquelles les infractions ont été commises¹³⁶.

En 2021, le directeur de Sadat, Ali Kamil Melih Tanriverdi, avait publiquement déclaré à une radio locale que son entreprise travaillait en coordination avec le Ministère turc des Affaires étrangères, le Ministère turc de la Défense et le MIT :

« Nous procédons comme suit lorsque nous recevons une offre qui répond à nos propres critères de prestation de services. Nous communiquons l'offre d'un pays au ministère turc des Affaires étrangères. Nous fournissons également des informations à l'Organisation nationale du renseignement [MIT] et au ministère de la Défense concernant la demande et leur demandons leur avis. C'est ainsi que nous travaillons »¹³⁷.

En outre, il a affirmé que :

« Les efforts que nous avons déployés sont pour une mission. Je veux dire que l'objectif n'est pas de faire de l'argent. Nous travaillons sur un secteur très spécial. La Turquie est en train de devenir une puissance mondiale ».¹³⁸

¹³⁶ *Ibid.*, §115.

¹³⁷ David Gaüzere, « Malhama Tactical et Sadat : le mercenariat au service de l'islam politique », *Centre Français de Recherche sur le Renseignement*, bulletin de documentation n°26, janvier 2022.

¹³⁸ Notre traduction de l'anglais: « The efforts we have spent are for a mission. I mean, the goal is not to make money (...) We are working on a really special sector. Turkey is moving towards becoming a global power » : Abdullah Bozkurt, "Turkish paramilitary firm Sadat's CEO admits working with Turkish

Les propos d'Ali Kamil Melih Tanriverdi ne suffisent pas en soi à considérer que l'État turc exerce sur l'entreprise Sadat un contrôle effectif tel que défini par la CIJ. Ils permettent simplement de conclure à l'existence d'une relation étroite entre les deux entités dans laquelle la Turquie semble participer à la coordination des activités de l'EMSP en donnant des « avis » sur les activités de l'entreprise. En revanche, rien n'est indiqué sur le degré de contrôle exercé par l'État turc sur l'entreprise ni sur le fait de savoir si ses « avis » s'imposent à elle ou non.

De la même manière, nous ne disposons pas d'assez d'informations sur les liens qui existent entre l'EMSP Wagner et l'État russe. Selon un article d'Andrès Ràcz publié par le Center for Strategic and International Studies, Wagner est une « *proxy organization* » de la Russie¹³⁹. Pour arriver à cette conclusion, l'auteur se fonde sur les relations entre le fondateur de Wagner, Dimitri Utkin, et l'État russe. Il utilise en particulier l'interception entre 2014 et 2015 par les services de renseignement ukrainiens de trois conversations d'Utkin avec le Colonel Oleg Ivannikov appartenant au GRU et avec le chef d'état-major Evgeny Nikiforov, auxquels D. Utkin soumettait des rapports. En outre, un autre fait est souvent invoqué pour prouver la relation qu'entretient la Russie avec la société Wagner et qui a trait à la décoration de D. Utkin de l'Ordre du courage pour ses services en Ukraine lors d'une réception du Kremlin le 9 décembre 2016.

Par ailleurs, Andrès Ràcz se réfère aussi à la proximité spatiale entre les bases de la GRU et de l'EMSP Wagner dans la ville russe de Molkino. Wagner utilise aussi des équipements militaires et de transport russes. L'EMSP s'est également servi d'hôpitaux militaires russes pour soigner ses soldats comme ce fut le cas en 2018 après la défaite de Deir ez-Zor en Syrie.

Selon l'article précité, le service de sécurité ukrainien et les rapports de Bellingcat indiquent que les passeports délivrés aux employés de Wagner proviendraient souvent de l'unité 770-001 de l'Office central russe des migrations, un bureau qui se charge

intelligence agency MIT”, *Nordic Monitor*, disponible sur: <https://nordicmonitor.com/2021/03/turkish-paramilitary-firm-sadats-ceo-admits-it-works-with-the-turkish-intelligence-agency-mit/>.

¹³⁹ Andrès Ràcz, “Band of Brothers: The Wagner Group and the Russian State”, *Center for Strategic and International Studies*, 21 septembre 2020.

habituellement des titres de voyages des personnes affiliées au Ministère russe de la Défense.

Tout ceci indique que la Russie soutient et équipe l'EMSP Wagner et joue un rôle dans la conduite des opérations militaires de l'EMSP. Le Commandement des États-Unis pour l'Afrique (AFRICOM) retient la même conclusion en considérant que Wagner est en réalité « parrainé par l'État russe »¹⁴⁰. Pour autant, ces informations ne permettent pas de conclure à ce que la Russie exerce un contrôle effectif sur l'entreprise. Plus précisément, tous ces faits ne suffisent pas à conclure à l'existence d'une relation de dépendance de Wagner vis-à-vis de la Russie. En application de la jurisprudence de la CIJ, il serait donc difficile de retenir la responsabilité de l'État russe pour les actes contraires au droit international humanitaire commis par les employés de la société Wagner.

Toutefois, la Chambre d'appel du TPIY s'écarte de la position stricte de la CIJ dans son arrêt *Le Procureur c. Dusko Tadić* du 15 juillet 1999, en affirmant que l'État peut se voir imputer les actes d'un groupe « organisé et structuré hiérarchiquement » lorsqu'il en a le « contrôle global ». Il énonce ainsi qu'« en principe, les membres du groupe n'agissent pas de manière indépendante mais se conforment aux règles en vigueur dans le groupe et sont soumis à l'autorité du chef. Il suffit donc, pour imputer à l'État les actes du groupe, que ce dernier soit, dans son ensemble, sous le contrôle global de l'État »¹⁴¹. Le Tribunal va plus loin en affirmant que dans un tel cas, l'État est responsable des agissements du groupe « *qu'il ait ou non imposé, demandé ou ordonné chacun d'eux* »¹⁴², et soutient que le contrôle global du groupe par l'État assimile celui-là un organe de l'État¹⁴³.

¹⁴⁰ Notre traduction de l'anglais « *Russian-state-sponsored Wagner group* » issu de la déclaration du général Bradford Geiring, directeur des opérations de l'AFRICOM selon lequel « *The Russian-state sponsored Wagner group is demonstrating a total disregard for the safety and security of Libyans (...) Russia has the power to stop them, just not the will* » : U.S Africa Command Public Affairs, *Russia, Wagner Group complicating Libyan ceasefire efforts*, 15 juillet 2020. Disponible sur : <https://www.africom.mil/pressrelease/33008/russia-wagner-group-complicating-libyan-cease>.

¹⁴¹ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, arrêt de la Chambre d'appel, IT-94-1-A, 15 juillet 1999, §120.

¹⁴² *Ibid.*, §122 : le TPIY se réfère ici à la jurisprudence *Youmans* de la Commission générale des différends américano-mexicains (*Thomas H. Youmans (U.S.A) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale du 23 novembre 1926, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, p.116) qui affirme qu'« il n'existerait aucune responsabilité [internationale de l'État] à raison de tels forfaits si l'on devait considérer que tous les actes commis par des soldats en violation des instructions participent toujours de la catégorie des actes personnels ».

¹⁴³ *Ibid.*, §121.

Le TPIY donne une définition du « contrôle global ». Il considère ainsi que l'État doit contrôler le groupe en « l'équipant, en le finançant, en le coordonnant ou en prêtant son concours à la planification d'ensemble de ses activités militaires ». Le degré de contrôle requis est atteint dès lors qu'un État « *joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires* du groupe militaire, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel ». ¹⁴⁴

Les sources limitées sur le sujet ne nous permettent pas de tirer une conclusion certaine et suffisamment rigoureuse sur l'existence d'un contrôle global de la Russie sur l'EMSP Wagner et de la Turquie sur Sadat. Au demeurant, les informations dont nous disposons convergent vers cette idée, en ce qu'elles indiquent que la Turquie joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires de Sadat et que la Russie équipe et apporte son soutien opérationnel à Wagner. Le cumul des deux éléments (participation à l'organisation, la coordination ou la planification des activités militaires et financement, entraînement, équipement et soutien opérationnel) pour chacun des cas reste néanmoins difficile à prouver.

¹⁴⁴ *Ibid.*, §137.

CONCLUSION

En conclusion, les EMSP agissent dans un cadre juridique flou sur le statut qui devrait leur être attribué. Si la qualification de mercenaire peut être exclue, celle de combattant et de civil reste fonctionnelle aux activités et au comportement des employés d'EMSP. Au demeurant, la délégation croissante de missions constituant une participation directe aux hostilités à ces acteurs privés rend l'incohérence entre le statut de civil qui leur est le plus souvent attribué et la réalité de leurs activités de plus en plus gênante. Les propositions de régulation des EMSP avancées, comme le Document de Montreux de 2008 ou le Projet de Convention du Groupe de travail des Nations Unies sur l'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 même, semblent à cet égard insatisfaisantes dans la mesure où elles n'abordent pas la question de leur statut ou ne prennent pas en compte la réalité du rôle de ces EMSP dans les conflits armés actuels, comme nous le montre l'exemple de la Libye.

Cependant, ces EMSP connaissent tout de même une régulation minimum dans la conduite de leurs activités, même si elles participent directement aux hostilités. Le droit international humanitaire constitue en effet un instrument de régulation essentiel dans la mesure où il établit les règles applicables aux parties aux conflits armés. Les EMSP sont à cet effet tenues d'observer les dispositions applicables dans les situations dans lesquelles elles interviennent. Il apparaît toutefois que de nombreuses violations du droit international humanitaire, pouvant parfois être constitutives de crimes internationaux et particulièrement de crime de guerre, ont été recensées dans les conflits armés d'Iraq et de Libye et attribuées aux EMSP et leur personnel. À cet égard, faute de mécanismes juridictionnels appropriés, le droit international humanitaire, complété par le droit international pénal, est impuissant à obliger les EMSP à respecter ses dispositions. La Cour pénale internationale apparaît en effet incompétente ou dans l'incapacité dans de nombreuses situations pour juger des crimes qui ont été commis par les employés d'EMSP en Iraq et en Libye. A cette lacune s'ajoute des obstacles politiques et institutionnels liés au contexte de conflit armé et au manque de volonté des États parfois à poursuivre les responsables des violations du droit international humanitaire. Cela conduit à la création d'une situation d'impunité qui peut encourager à la violation continue du droit international humanitaire et du droit international pénal. Le système de

responsabilité internationale des États n'offre au demeurant que peu d'outils pour pallier ces blocages à la poursuite des auteurs des crimes.

Presque vingt ans après les faits, les appels à la répression des violations graves du droit international humanitaire par certains employés d'EMSP en Iraq demeurent sans réponse de la part des juridictions américaines compétentes. La possibilité que les auteurs de ces crimes soient un jour traduits en justice semble presque illusoire. En l'absence d'adhésion au Statut de Rome par les États concernés, la Cour pénale internationale reste largement incompétente pour se saisir de la situation et les craintes quant à la reproduction de ce triste scénario iraquien au cas libyen sont légitimes.

C'est avec regret que ce constat s'inscrit dans la ligne de Gerry Simpson lorsqu'il affirmait que "*the sphere of law operated well to regulate everyday transactions and only began to struggle with serious atrocity*"¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Gerry Simpson, *Law, War and Crime: War Crimes Trials and the Reinvention of International Law* (Polity, 2007)

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

A. Ouvrages généraux

- Françoise Bouchet-Saulnier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire, La Découverte*, édition 2013.
- Hin Yan Liu, *Law's Impunity : Responsibility and the Modern Private Military Company*, Bloomsbury, 2017, 361 pages.
- Mehdi Soufargi, *Les sociétés militaires privées au regard du droit international humanitaire*, Universitaires européennes, 2018, 124 pages.

B. Ouvrages spécifiques

- Adel Bakawan, *L'Irak, un siècle de faillite, de 1921 à nos jours*, Tallandier, 2021, 242 pages.
- Jelena Aparac, *Business et droits de l'Homme dans les conflits armés*, Bruylant, 2021, 657 pages.
- Jordi Palou-Loverdos (Dir.), et Leticia. Armendáriz (Auteur), *The Privatization of Warfare, Violence and Private Military and Security Companies: A factual and legal approach to human rights abuses by PMSC in Iraq*, Estudilogo, 2011, 113 pages.
- P.W Singer, *Corporate Warriors, The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, 2011, 242 pages.

II. Articles

A. Publications doctrinales

- Alain Rodier, « Turquie : les mercenaires du Président Erdogan », *Centre Français de Recherche sur le Renseignement*, Note d'actualité n°513, mai 2018.

- Andràs Ràcz, “Band of Brothers: The Wagner Group and the Russian State”, *Center for Strategic and International Studies*, 21 septembre 2020.
- Anthony J. Sebok, “Could Suits against the U.S Government by Iraqis subject to abuse in Abu Ghraib Prison Succeed?”, *FindLaw*, 31 mai 2004.
- Caroline Holmqvist, “Private security companies, The case for regulation”, *SIPRI*, Policy Paper No. 9, Janvier 2005.
- Chia Lehnardt, “Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law”, *EJIL*, 2008.
- David Gäuzere, « Malhama Tactical et Sadat : le mercenariat au service de l’islam politique », *Centre Français de Recherche sur le Renseignement*, bulletin de documentation n°26, janvier 2022.
- Emmanuela-Chiara Gillard, « Quand l’entreprise s’en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol.88, 2006, p.173-224.
- Gilles Carbonnier, « Privatisation, sous-traitance et partenariat public-privé : charity.com ou business.org ? », *R.I.C.R.*, Vol.86, N°856, 2004, p.725-743.
- Marina Spinedi, « *Private contractors* : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l’État de la conduite des personnes privées ? », *Forum du droit international* 7, 2005, p.273-280.
- Marie-Ève Lapointe, « Le droit international humanitaire, à la merci des compagnies militaires privées ? », *Revue québécoise de droit international*, vol.24-1, 2011, p.69-104.
- Michael N. Schmitt, “Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees”, *Chicago Journal of International Law*, 2005, n°5, p.511-546.
- Massimiliano Mulone et Samuel Tanner, « Les acteurs privés de la sécurité transnationale et leurs victimes : quels recours possibles ? », *Criminologie*, vol. 47 (2), 2014, p.203-229.
- Nicolas Haupais, « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre », *Annuaire français de droit international*, volume 55, 2009, p. 87-110.
- Steven John Zamparelli, “Contractors on the Battlefield: What Have We Signed For?”, *Air Force Journal of Logistics*, vol.23, n°3, automne 1999.

B. Articles de presse

- Ariane Lavrilleux et Elie Guckert, « Libye : des enfants syriens enrôlés dans l’armée de Tripoli », *Le Point*, 26 mai 2005.
- Jeremy Scahill, “A very private war”, *The Guardian*, 1^{er} août 2007.
- Peter W. Singer, « Retour sur le scandale Blackwater, Comment le Pentagone est devenu accro aux mercenaires », *Courrier international*, 24 octobre 2007.
- « Libye : des crimes contre l’humanité auraient été commis dans les prisons et contre des migrants », , *ONU Info*, 4 octobre 2021.

III. Rapports et communications d’institutions : Nations Unies

A. Conseil de sécurité des Nations Unies

- Conseil de sécurité des Nations Unies, 2021, Rapport final du Groupe d’experts sur la Libye créé par la résolution 1973 (2011), S/2021/229.

B. Conseil des droits de l’Homme

- Conseil des droits de l’Homme, 7^e session, Rapport du Groupe de travail sur l’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, 9 janvier 2008, A/HRC/7/7.

C. UNAMI

- UNAMI Human Rights Report, 1 January – 30 June 2008.
- UNAMI report 1 July – 31 December 2009.
- UNAMI Human Rights Office and Office of the High commissioner for human rights, 2010 Report on Human Rights in Iraq, January 2011.

D. Groupe de travail sur l'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

- Groupe de travail sur l'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. CDH NU, 15^e sess., 2010, Doc. NU A/HRC/15/25.
- Groupe de travail des Nations unies sur l'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, rapport d'août 2011 A/HRC/18/32/Add.4.
- Groupe de travail des Nations Unis sur l'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, communication adressée à l'Armée nationale libyenne, 10 juin 2020, OTH 42/2020.

E. Independent Fact-Finding Mission on Libya

- Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 1er octobre 2021, A/HRC/48/83.
- Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 27 juin 2022, A/HRC/50/63.
- Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, 23 mars 2022, A/HRC/49/4.

IV. Sites internet

Center for Constitutionnal Rights : <https://ccrjustice.org>

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	6
Paragraphe 1 – Brève histoire de l’essor des entreprises militaires et de sécurité privées .	6
Paragraphe 2 – Définitions	7
A. Les entreprises militaires et de sécurité privées	7
B. Conflit armé.....	9
Paragraphe 3 - Le conflit armé en Iraq, de 2003 à 2011	10
Paragraphe 4 - Le conflit armé en Libye, de 2011 à aujourd’hui	11
PARTIE 1. LE STATUT DISCUTÉ DES EMPLOYÉS D’EMSP AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	16
Chapitre 1. L’impossible rattachement des employés d’EMSP au statut de mercenaire ...	16
Chapitre 2. Le difficile rattachement des employés d’EMSP au statut de combattant	18
Chapitre 3. Le statut de civil, seul statut approprié pour les employés d’EMSP ?	20
Section 1. La définition et le statut de civil en droit international humanitaire	21
Section 2. Les difficultés de l’attribution du statut de civil aux employés d’EMSP.....	22
Paragraphe 1. La participation directe aux hostilités et la perte de la protection prévue aux civils : une appréciation casuistique nécessaire	22
A. Seuil de nuisance	23
B. Causation directe.....	25
C. Lien de belligérance.....	25
Paragraphe 2. Les difficultés posées par les missions de combat confiées aux EMSP en Libye : l’inadéquation de la qualification de civil	26
PARTIE 2. Un droit international humanitaire insuffisant à l’encadrement de l’action des entreprises militaires et de sécurité privées dans les conflits armés	32
Chapitre 1. L’inapplication du droit international humanitaire existant par les EMSP et l’impuissance dans la répression de sa violation	32
Section 1. Une absence d’application du droit international humanitaire en vigueur : les nombreux « incidents » provoqués par les employés d’EMSP	33
Section 2. Les obstacles à l’application du droit international humanitaire en vigueur : l’existence et le maintien d’un contexte propice à la violation du droit international humanitaire	36
Paragraphe 1- Un contexte d’impunité favorable à la violation du droit international humanitaire.....	36
Paragraphe 2- Une impunité « organisée » ? Le manque de volonté de répression des violations du droit international humanitaire comme obstacle à son application.....	38
A. L’immunité juridictionnelle accordée par les États-Unis aux employés d’EMSP en Iraq : une violation encouragée du droit international humanitaire.....	38
B. La fin du CPA Order 17 et l’absence continue de répression des violations du droit international humanitaire par les employés d’EMSP : l’obstacle de la défaillance du système juridique et juridictionnel des États en proie à un conflit armé	41
Chapitre 2. Un système international juridique et juridictionnel inadapté à la répression de ce nouvel acteur.....	46
Section 1. La compétence limitée de la Cour pénale internationale pour juger les employés d’EMSP responsables de la commission de crimes internationaux en Iraq et en Libye	46
Paragraphe 1- La compétence matérielle avérée de la Cour pour les crimes commis en Iraq et en Libye par les EMSP	47

A. L'exclusion du crime de génocide et du crime d'agression et le manque d'informations pour les allégations de crimes contre l'humanité	47
B. La compétence matérielle de la Cour fondée sur les allégations de crimes de guerre .	48
Paragraphe 2- La compétence personnelle limitée de la CPI	50
A. L'impossible répression des EMSP en tant que personnes morales par la Cour pénale internationale.....	50
B. Le pouvoir d'action réduit de la Cour pénale internationale pour la poursuite des employés d'EMSP : l'obstacle de la non-adhésion des États de nationalité et des États territoriaux au Statut de Rome	52
Section 2. Une responsabilité brouillée : la mise en cause incertaine de la responsabilité internationale de l'État contractant pour violation du droit international humanitaire par les EMSP	54
Paragraphe 1- La responsabilité de l'État contractant sur le fondement de l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949	56
Paragraphe 2 - Le Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite appliqué aux EMSP et leurs agissements : l'absence d'outils juridique permettant la poursuite de l'État contractant.....	59
Section 3. La responsabilité de l'État d'origine et des autres États sur le fondement de leurs liens étroits avec les EMSP : le cas de la Turquie et de la Russie	62
CONCLUSION.....	68