Document generated on 07/19/2025 6:27 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, À LA MERCI DES ENTREPRISES MILITAIRES ET DE SÉCURITÉ PRIVÉES ?

Marie-Ève Lapointe

Volume 24, Number 1, 2011

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1068296ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1068296ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Lapointe, M.-È. (2011). LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, À LA MERCI DES ENTREPRISES MILITAIRES ET DE SÉCURITÉ PRIVÉES ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional, 24*(1), 69–104. https://doi.org/10.7202/1068296ar

Article abstract

The multiplication of the private military and security companies as well as their increasing presence in war zones are raising numerous questionings beyond the (complex) subject of the status of these companies within the humanitarian international law. We shall here try to determine the impact of this "privatization of war" on the evolution of the public international law and, quite particularly, on the international humanitarian law. More precisely, can we assume that the international humanitarian law will gradually conform to the requirements of a market of war? In this respect, we shall here try to demonstrate that the commercial logic which presently prevails regarding the regulation of these companies is part of a historic course, inside of which the private actors present in war zones were granted a fluctuating legitimacy. This paper will be divided into three sections. Firstly, we will examine the presence of private actors within armed conflicts in a historical perspective in order to bring to light the relative novelty of the idea of the State's monopoly on legitimate violence. Secondly, we shall analyze the underlying causes of the appearance and the following multiplication of the private military and security companies, as well as their status within the international humanitarian law. Lastly, we will present a reflection on the impact of the "privatization of war" on the public international law and, more precisely, on the international humanitarian law.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2011

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, À LA MERCI DES ENTREPRISES MILITAIRES ET DE SÉCURITÉ PRIVÉES?

Marie-Ève Lapointe[*]

La multiplication des entreprises militaires et de sécurité privées ainsi que leur implication croissante au sein des conflits armés soulèvent de nombreuses interrogations au-delà de la (complexe) question du statut de ces compagnies au regard du droit international humanitaire. Nous chercherons ici à déterminer l'impact de cette « privatisation de la guerre » sur l'évolution du droit international public et, tout particulièrement, sur le droit international humanitaire. Plus précisément, est-il envisageable que le DIH soit appelé à se conformer graduellement aux exigences d'un marché de la guerre? À cet égard, nous tenterons de démontrer que la logique commerciale qui prévaut présentement quant à la régulation des entreprises militaires et de sécurité privées s'inscrit dans un parcours historique à l'intérieur duquel les acteurs privés agissant en période de conflits armés se sont vus accorder une légitimité fluctuant au gré des intérêts étatiques. Ce travail sera divisé en trois parties. Nous aborderons tout d'abord la question de la présence d'acteurs « privés » au sein des conflits armés dans une perspective historique, afin de démontrer que la perception de la violence légitime en tant qu'apanage de l'État est une construction récente. En second lieu, nous analyserons les causes sous-jacentes à l'apparition, puis à la multiplication des entreprises militaires et de sécurité privées, pour ensuite voir comment ces dernières s'articulent avec le droit international humanitaire. En dernier lieu, nous proposons une réflexion sur l'impact de la « privatisation de la guerre » sur le droit international public et sur le droit international humanitaire plus particulièrement.

The multiplication of the private military and security companies as well as their increasing presence in war zones are raising numerous questionings beyond the (complex) subject of the status of these companies within the humanitarian international law. We shall here try to determine the impact of this " privatization of war " on the evolution of the public international law and, quite particularly, on the international humanitarian law. More precisely, can we assume that the international humanitarian law will gradually conform to the requirements of a market of war? In this respect, we shall here try to demonstrate that the commercial logic which presently prevails regarding the regulation of these companies is part of a historic course, inside of which the private actors present in war zones were granted a fluctuating legitimacy. This paper will be divided into three sections. Firstly, we will examine the presence of private actors within armed conflicts in a historical perspective in order to bring to light the relative novelty of the idea of the State's monopoly on legitimate violence. Secondly, we shall analyze the underlying causes of the appearance and the following multiplication of the private military and security companies, as well as their status within the international humanitarian law. Lastly, we will present a reflection on the impact of the "privatization of war" on the public international law and, more precisely, on the international humanitarian law.

[*] Marie-Ève Lapointe complète présentement une maîtrise en droit international et politique internationale à l'UQÀM. Elle s'intéresse à l'impact de l'activité des entreprises sur les droits humains, ainsi qu'à la question de la régulation des activités des entreprises, tout particulièrement lorsque celles-ci sont appelées à œuvrer en situation de conflit armé.

> « [T]*he old proverb used to be that "War is far too important to be left to the generals". For the 21st century, a new adage may be necessary: War is far too important to be left to private industry* »[1].

Le 17 septembre 2008, dix-sept États[2] apposaient leur signature au *Document de Montreux 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*[3], le dernier document intergouvernemental en lice visant à « promouvoir le respect du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme lorsque les [entreprises militaires et de sécurité privées] opèrent dans le cadre d'un conflit armé »[4]. Il va sans dire que dans le contexte actuel, où plusieurs tâches militaires (formation, logistique, protection armée, renseignement, etc.) sont déléguées aux entreprises militaires et de sécurité privées[5] (ci-après « EMSP »), le *Document de Montreux* tombe à point. S'annonçant comme étant non contraignant[6], ce dernier rappelle aux États les obligations juridiques internationales qu'ils possèdent au regard des EMSP et leur propose un ensemble de bonnes pratiques, dont certaines reposent sur la responsabilité contractuelle. À ce titre, il est surprenant de constater que l'on propose aux États de « considérer la rémunération et la durée d'un contrat donné comme étant un moyen de promouvoir le droit international humanitaire et les droits de l'homme »[7]. En effet, poussée à l'extrême, une telle logique donne en quelque sorte aux EMSP le droit de réclamer un salaire à la hauteur de leur respect des droits humains. Voilà qui n'est pas sans rappeler la récente initiative irakienne, engageant toute EMSP désireuse d'opérer à l'intérieur du pays à remette préalablement un dépôt de 25,000 $ US, remboursable si, au terme du contrat, la compagnie et/ou ses employés n'ont pas enfreint le droit

---

1 P. W. Singer, *Corporate Warriors : The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca, Cornell University Press, 2003 à la p. 242.

2 Afghanistan, Afrique du Sud, Allemagne, Angola, Australie, Autriche, Canada, Chine, États-Unis, France, Irak, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Suède, Suisse et Ukraine.

3 *Document de Montreux 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*, 17 septembre 2008, en ligne : CICR <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p0996.htm> (consulté le 7 mars 2011) [*Document de Montreux*].

4 *Ibid*. à la p. 31.

5 En raison de la multitude de services qu'elles offrent, il n'existe pas, en ce moment, de définition des EMSP qui fasse consensus. Pour les fins de ce travail, nous utiliserons toutefois la définition suggérée par Delas et Tougas, selon lesquels ce « terme comprendra toutes les compagnies qui offrent des services, y compris des services de sécurité, se rapportant directement à l'activité militaire et à son organisation ». Olivier Delas et Marie-Louise Tougas, « Quelques réflexions entourant la participation de compagnies militaires privées aux conflits armés » (2007) R.Q.D.I. (Hors-série) 49 à la p. 50.

6 Le développement du *Document de Montreux* a été guidé par plusieurs principes clés, dont l'absence de force contraignante. En ce sens, ce document « n'affecte pas les obligations existantes des États au regard du droit international coutumier ou des accords internationaux auxquels ils sont parties, en particulier leurs obligations au regard de la Charte des Nations Unies (surtout les articles 2(4) et 51) ». *Document de Montreux*, *supra* note 3, préface au para. 3.

7 *Ibid*., Deuxième partie au para. 17.

irakien ou tout autre droit applicable[8]. Ces deux exemples, qui font état d'une infiltration du droit contractuel dans le droit international public, sont à la base de la réflexion qui anime ce travail. En effet, la multiplication des EMSP et leur implication croissante au sein des conflits armés[9] soulèvent de nombreuses interrogations au-delà de la (complexe) question du statut de ces compagnies au regard du droit international humanitaire (ci-après « DIH »). Dans un monde en rapide mutation, le pouvoir financier que possèdent certaines de ces entités corporatives[10] fait de ces dernières des acteurs internationaux de premier plan. L'ancien secrétaire général des Nations unies, Kofi Annan, résumait les profondes transformations de la société internationale en ces termes :

> *A fundamental shift has occurred. The United Nations once dealt only with governments. By now we know that peace and prosperity cannot be achieved without active partnerships involving governments, international organisations, the business community and civil society. In today's world we depend on each other. The business of the United Nations involves the businesses of the world.*[11]

En d'autres termes, le droit international public, élaboré de prime abord par et pour les États, doit désormais composer avec la présence d'un ensemble d'acteurs non-étatiques, dont les entreprises multinationales et, plus spécifiquement, les EMSP. En raison de leur présence sur le théâtre de guerre, les EMSP posent donc de nombreuses difficultés d'application des règles du droit international, et plus particulièrement du droit des conflits armés[12]. L'examen des défis et enjeux juridiques posés par la prolifération des EMSP s'ancre également dans une réflexion beaucoup plus large, qui touche au rôle et aux limites mêmes d'un droit international construit sur une vision stato-centrée des relations internationales. À ce titre, la prolifération des EMSP entraîne des risques de dérives non-négligeables quant au respect du DIH, comme en fait d'ailleurs foi le *Coalition Provisional Authority Order Number 17*[13]

---

8 The Coalition Provisional Authority – Iraq Coalition, *Coalition Provisional Authority Memorandum Number 17: Registration Requirements for Private Security Companies (PSC)*, CPA/MEM/26 juin 2004/17, à la section 3(1), en ligne : <http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040626_CPAMEMO_17_Registration_Requirements_for_Private_Security_Companies_with_Annexes.pdf> (consulté le 7 mars 2011).

9 À titre d'exemple, Magnon-Pujo souligne que « près de cent cinquante mille *contractors* travaillant pour le seul compte du département américain de la Défense se trouvaient en Irak en 2009, contre cent quarante mille soldats de l'armée régulière ». Cyril Magnon-Pujo, « La souveraineté est-elle privatisable ? La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État » (2011) 3:95 Politix 129 à la p. 130.

10 En 2009, Keys et Malnight calculaient que quarante-quatre des cent plus grandes économies mondiales étaient des entreprises. Dans : Tracey Keys et Thomas Malnight, *Corporate Clout : The Influence of the World's Largest 100 Economic Entities*, en ligne : Global Trends <http://www.globaltrends.com/knowledge-center/features/shapers-and-influencers/66-corporate-clout-the-influence-of-the-worlds-largest-100-economic-entities#_edn1> (consulté le 4 janvier 2012).

11 Kofi Annan, « Markets for a Better World », Forum économique mondial, Davos, Doc. NU SG/SM/6448, 30 janvier 1998, en ligne : <http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/2C716C42373EC4F0C125662E00352 F58?opendocument> (consulté le 4 janvier 2012).

12 Voir notamment Annyssa Bellal et Stuart Casey-Maslen, « Enhancing Compliance with International Law by Armed Non-State Actors » (2011) 3:1 Goettingen Journal of International Law 175.

13 The Coalition Provisiona Authority – Iraq Coalition, *Coalition Provisional Authority Order Number 17 (Revised): Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-Iraq, Certain Missions and*

qui, en accordant aux contractants privés œuvrant en Irak une immunité juridictionnelle[14], va à l'encontre du devoir de diligence imposé à la puissance occupante tel que défini à l'article 43 de la *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*[15] et tel qu'interprété par la Cour internationale de Justice[16].

Nous chercherons dans notre étude à déterminer l'impact de cette « privatisation de la guerre » sur l'évolution du droit international public et, tout particulièrement, sur le DIH. Plus précisément, est-il envisageable que le DIH soit appelé à se conformer graduellement aux exigences d'un marché de la guerre? À cet égard, nous tenterons de démontrer que la logique commerciale qui prévaut présentement quant à la régulation des EMSP s'inscrit dans un parcours historique à l'intérieur duquel les acteurs privés agissant en période de conflits armés[17] se sont vus accorder une légitimité fluctuant au gré des intérêts étatiques. En d'autres termes, la présence d'acteurs privés sur les théâtres d'opérations militaires constitue une réalité persistante qui est, à ce titre, abordée par le DIH sous la forme du mercenariat. Ceci dit, nous assistons aujourd'hui à une rupture du traitement accordé à ces entités par le droit international public et, plus particulièrement, par le DIH. En effet, loin d'être uniquement régies par ce dernier, les EMSP sont désormais parties aux négociations portant sur le respect même du DIH, générant dès lors un « langage juridique » alliant mécanismes contractuels et droits humains. Toutefois, il est aujourd'hui prématuré d'affirmer que le DIH même obéit à la logique de privatisation de la guerre, puisque ses développements conventionnels récents n'abordent aucunement la question des EMSP[18]. Ceci étant dit, il reste que la diffusion du *Document de Montreux* appelle non

---

Personnel in Iraq, CPA/ORD/27 June 2004/17, en ligne : <http://www.iraqcoalition.org/regulations / 20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition__Rev__with_Annex_A.pdf > (consulté le 29 janvier 2012) [*CPA Order Number 17*].

14 *Ibid*., à la section 4(3).

15 L'article 43 stipule que : « L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, 205 Consol. T.S. 277, art. 43 (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), en ligne : CICR <http://www.icrc.org/dih.nsf/full/195> (consulté le 30 janvier 2012).

16 *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, [2005] C.I.J. rec. 168 au para. 178.

17 Le terme « conflit armé » est ici utilisé pour faire référence la situation définie par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic*, c'est-à-dire qu'« un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée 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 ». Dans : *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para. 70 (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/x/cases/tadic/ acjug/fr/tad-aj951002.pdf> (consulté le 18 janvier 2012). Pour plus de détails sur la notion de conflit armé, voir notamment Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008 aux pp. 115-150 [David, *Principes de droit*].

18 Les développements récents du DIH portent plutôt sur les restes explosifs de guerre, les armes à sous-munitions ainsi que l'adoption, par le Comité international de la Croix-Rouge, d'un nouvel emblème protecteur. Voir : *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre à la Convention sur l'interdiction ou*

seulement à une réflexion sur les limites potentielles d'un DIH opérant sur un socle idéologique stato-centré, mais également sur la direction que pourraient prendre les développements futurs du DIH au regard des EMSP.

Ce travail sera divisé en trois parties. Nous aborderons tout d'abord la question de la présence d'acteurs « privés » au sein des conflits armés dans une perspective historique, afin de démontrer que la perception de la violence légitime en tant qu'apanage de l'État est une construction récente. En second lieu, nous analyserons les causes sous-jacentes à l'apparition, puis à la multiplication des EMSP, pour ensuite voir comment ces dernières s'articulent avec le DIH. En dernier lieu, nous proposons une réflexion sur l'impact de la « privatisation de la guerre » sur le droit international public et sur le DIH plus particulièrement.

I. Le monopole de la violence légitime, un monopole absolu?

Les textes académiques traitant des EMSP problématisent parfois leur rôle à l'intérieur d'un cadre historique plutôt restreint, qui débute avec le branlebas de combat généré dans l'arène internationale autour de la question des mercenaires utilisés dans les conflits coloniaux et postcoloniaux. Ce faisant, de tels récits évacuent tout l'aspect historique, pourtant crucial, des relations entre États et acteurs privés au sein des conflits armés, relations qui perdurent depuis des siècles déjà. De la même façon, la conceptualisation de la violence en tant qu'apanage exclusif de l'État et l'idée subséquente voulant que l'action guerrière soit menée par des forces étatiques composées de soldats combattant pour un idéal national commun est, selon Singer, une utopie[19]. En effet, l'idée du monopole étatique de la violence légitime tel que l'entendait Weber[20] n'est qu'une construction récente en relations internationales, faisant dire à Thomson que :

> *The contemporary organization of global violence is neither timeless nor natural. It is distinctively modern. In the six centuries leading up to 1900,*

---

la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Protocole V), 28 novembre 2003, 100 R.T.N.U. 2399 (entrée en vigueur : 12 novembre 2006); *Convention sur les armes à sous-munitions*, 30 mai 2008, Notification Dépositaire C.N.776.2008.TREATIES-2 (entrée en vigueur : 1er août 2010) ; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)*, 12 décembre 2005, 261 R.T.N.U. 2404 (entrée en vigueur : 14 janvier 2007).

19 Singer, *supra* note 1 à la p. 19. Il peut également être pertinent de faire appel à Anderson, qui définit le concept de nation comme une « communauté politique imaginaire » : « *It is* imagined *because the members of even the smallest nation will never know most of their fellow-members, meet them, or even hear of them, yet in the minds of each lives the image of their communion* ». Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1991 à la p. 6.

20 Selon le sociologue allemand, l'une des caractéristiques essentielles de l'État est sa capacité, à l'intérieur de son propre territoire, à « *successfully uphold a claim to the* monopoly *of the* legitimate *use of physical force in the enforcement of its order* ». Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Free Press, 1964 à la p. 154.

> *global violence was democratized, marketized, and internationalized. Nonstate violence dominated the international system.*[21]

Ainsi, loin d'être une exception, la présence d'acteurs privés dans le cadre de conflits armés est plutôt une constante de l'histoire. Voilà d'ailleurs pourquoi Cockayne souligne l'importance de reconsidérer « *the novelty of this ''private face'' of organized violence. Private entrepreneurialism, although long hidden from the public gaze of international humanitarian law, has* […] *long played a key role in the organization of legitimate violence* »[22]. Partant de ce constant, nous démontrerons donc, dans le cadre de cette première section, l'importance d'ancrer la problématique des EMSP à l'intérieur d'un spectre historique plus large, faisant appel à la présence intermittente de plusieurs acteurs privés dans le cadre des conflits armés. Ce faisant, nous serons mieux à même de comprendre comment le DIH a abordé cette réalité.

A. La présence d'acteurs privés dans les conflits armés, la norme plutôt que l'exception

1. Les mercenaires, de leur apparition à leur apogée

L'histoire nous apprend que l'exercice de la violence a, de tous les temps, été délégué à différentes formes d'acteurs privés, dont les corsaires, les mercenaires ou les compagnies marchandes. Pour les besoins de ce travail, nous mettrons une emphase particulière sur les mercenaires en raison du rapprochement qui est régulièrement fait dans la littérature entre ceux-ci et les EMSP. Soulignons toutefois qu'en ce qui concerne les corsaires, ceux-ci ont fait figure d'acteurs de premier plan dans les conflits armés de 1 200 jusqu'au début du XIXe siècle[23]. Engagés par les puissances coloniales, ils « disposent de lettres de marque qui les autorisent à pratiquer des actes de guerre ou de représailles à l'encontre de vaisseaux ennemis »[24]. Quant aux compagnies marchandes (par exemple la Compagnie de la Baie d'Hudson, ou les Compagnies hollandaise et anglaise des Indes orientales), elles furent non seulement habilitées à utiliser la violence au nom de la puissance contractante (elles bâtiront notamment de véritables armées afin de protéger leur monopole commercial), mais également investies de pouvoirs souverains au nom de la défense d'intérêts commerciaux naissants[25]. Pour un ensemble de raisons que nous n'aborderons pas ici en raison du manque d'espace, ces acteurs ont été progressivement reconvertis, ou

---

21 Janice E. Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns : State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1994 à la p. 3 [Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*].

22 James Cockayne, « The Global Reorganization of Legitimate Violence: Military Entrepreneurs and the Private Face of International Humanitarian Law » (2006) 863 R.I.C.R. 459 à la p. 460 [Cockayne, « The Global Reorganization of Legitimate Violence »].

23 Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 à la p. 26.

24 Thomas Druetz, *La contractualisation de compagnies militaire privées dans la guerre : Retour à l'utilisation des mercenaires ou nouvelle configuration de l'exercice de la violence légitime?*, Mémoire de maîtrise en études internationales, Université Laval, 2009 [non publié] à la p. 12.

25 Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 aux pp. 19, 32 et 37.

tout simplement mis au ban de la société internationale[26].

L'utilisation de mercenaires par les différentes formes d'organisations étatiques remonte quant à elle encore plus loin, voire aux origines même des conflits armés[27]. Ce n'est toutefois qu'à l'époque médiévale que le mercenariat a atteint ce que certains qualifient comme son « âge d'or »[28]. Propulsés par un système féodal imposant des contraintes militaires jugées désavantageuses pour les suzerains[29], les mercenaires se multiplient. Parallèlement à cet état des faits, on assiste au développement progressif du système bancaire italien et du *condotta* (le contrat)[30], qui devint rapidement un outil indispensable pour les mercenaires, lesquels l'utilisent afin d'officialiser leur liaison d'affaire avec la puissance contractante. En somme, face à un contrôle souverain qui s'effrite des suites de la guerre de Cent Ans (1337-1453), le mercenariat prend de l'ampleur et s'institutionnalise progressivement à travers la création des compagnies libres, ou « lances libres ». Voilà qui marque la naissance du marché du mercenariat, qui s'institue rapidement comme l'un des principaux marchés d'Europe[31]. Dès le XVIIe siècle, l'exercice de la violence était devenu, selon les termes de Singer, une entreprise capitaliste[32]. Comme le résume bien Druetz :

> [À] la fin du Moyen-âge, le mercenaire n'était plus un simple aventurier isolé qui vivait de son épée; il s'agissait d'un combattant spécialisé dans le maniement d'une arme, intégré à plus ou moins long terme au sein d'une corporation (guildes, compagnies, lances libres, condottieri, phalanges, landsknecht,...) qui signait des contrats au plus offrant. Ces entités se sont stabilisées et institutionnalisées; d'une occupation individuelle et temporaire, le mercenariat est devenu un métier corporatif permanent.[33]

2. Les débuts d'un déclin inexorable

En déléguant ainsi l'usage de la violence, les souverains se sont peu à peu embourbés dans une situation pour le moins paradoxale. Comme le note Thomson: « *To maximize nonstate actors' effectiveness, states needed to minimize the constraints on their activities and profits. Minimal constraints meant little state control and reduced state autonomy* »[34]. C'est ainsi que les souverains ont progressivement perdu le contrôle sur des acteurs destinés *a priori* à défendre leurs intérêts[35]; forts de leur pouvoir grandissant, les mercenaires risquent d'entraîner les

---

26 Pour une analyse détaillée, voir notamment l'ouvrage de Thomson, *ibid.*

27 Pour une revue historique détaillée de l'évolution du mercenariat, voir notamment Éric David, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1978 aux pp. 5-21 [David, *Mercenaires et volontaires*].

28 *Ibid.* à la p. 10.

29 À titre d'exemple, les droits et obligations du système féodal n'exigent aucunement des chevaliers qu'ils servent à l'étranger. Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 à la p. 27.

30 Singer, *supra* note 1 à la p. 22.

31 Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 à la p. 27.

32 Singer, *supra* note 1 à la p. 28.

33 Druetz, *supra* note 24 à la p. 13.

34 Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 à la p. 43.

35 *Ibid.* à la p. 42.

puissances contractantes à l'intérieur de conflits dans lesquels elles n'ont que faire[36]. De la même façon, certaines armées de nobles italiens (les *condottieri*) sapent le pouvoir central en raison de l'importance politique déterminante qu'elles ont progressivement acquise, alors que d'autres groupes de mercenaires nuisent au commerce transcontinental et à la bourgeoisie, ce qui est vu d'un mauvais œil par plusieurs souverains[37]. L'utilisation de mercenaires entraîne donc peu à peu des coûts politiques et commerciaux de taille qui n'arrivent plus à contrebalancer les avantages qui auraient dû découler de leur présence. Il est dès lors peu étonnant de constater qu'à la même époque, soit entre la guerre de Cent Ans et la guerre de Trente Ans (1618-1648), un processus d'intégration des mercenaires aux armées « nationales » s'enclenche[38], marquant ainsi le passage d'une armée « multinationale » à une armée « nationale »[39]. C'est ainsi que, comme le souligne Druetz, on voit peu à peu apparaître le concept de citoyen-soldat, concept qui se matérialisera notamment à travers les mots de Dubois-Crancé qui affirmait, en 1789, qu'« [e]n France, tout citoyen doit être soldat, et tout soldat citoyen »[40].

Parallèlement à ce revirement de situation, on assiste au développement progressif du concept d'État et ce, notamment à travers l'édification des traités de Westphalie de 1648. Comme le souligne Éric David : « [A]u XVIIIème siècle, le statut de la guerre et la forme des armées subissent des changements profonds. La guerre est définitivement reconnue comme un monopole d'État »[41]. Une telle évolution n'est pas sans avoir eu d'impact sur les relations entre États, puisqu'elle introduit les principes corollaires du monopole de la violence légitime, de la non-intervention dans les affaires internes des autres États et de la souveraineté étatique. Les États naissants renforcent ainsi progressivement leur emprise sur l'exercice de la violence, jusqu'à ce que, ultimement, les « *pirates, mercenaries and mercantile companies challenged the sovereignty of the nascent national state* itself »[42]. De façon similaire, la présence de mercenaires pose désormais la question de la responsabilité étatique face aux gestes posés par ses sujets de droit : un État peut-il légitimement clamer sa neutralité lorsque certains de ses nationaux participent activement à un conflit[43]? Comme le note Thomson :

> *This was the essential problem posed by the mercenary. Was he to be regarded as a market actor, pursuing private ends through the sale of his labor? Or was he a political actor for whose actions his home state could be held accountable? But defining the problem of mercenarism in this way came only with the practical development of the concept of neutrality.*[44]

---

36 *Ibid.* à la p. 43.
37 Druetz, *supra* note 24 à la p. 14.
38 *Ibid.* à la p. 13.
39 Janice E. Thomson, « State Practices, International Norms, and the Decline of Mercenarism » (1990) 34:1 International Studies Quarterly 23 à la p. 26 [Thomson, « State Practices »].
40 Constituant Dubois-Crancé, Discours prononcé devant l'Assemblée nationale française, 12 décembre 1789, tel que cité dans Druetz, *supra* note 24 à la p. 15.
41 David, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, *supra* note 27 à la p. 11.
42 Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 à la p. 68.
43 *Ibid.* à la p. 55.
44 *Ibid.*

En effet, avec « l'affermissement de l'État moderne »[45], comme le dit Éric David, on assiste au développement parallèle du droit de la neutralité qui consiste « à faire preuve d'impartialité à l'égard d'un conflit armé en s'abstenant d'intervenir en faveur d'un des belligérants »[46]. Ainsi, au fur et à mesure que se développe le droit de la neutralité, il devient extrêmement difficile pour les États de clamer leur innocence en faisant appel au principe du « déni plausible »[47] , jusqu'alors largement utilisé. C'est ainsi que la fin du XVIIIe siècle voit poindre les manifestations d'un futur droit de la neutralité, qui se manifeste à travers l'émergence de trois principes clés :

> *The neutral state was bound not to commit any act favouring on of two belligerents in matters affecting their war, and it was in turn incumbent on belligerents to respect the sovereignty of the neutral. It was also recognised, though less fully, that it is the duty of a state to restrain foreign governments and private persons from using the territory and resources of a country for belligerent purposes.*[48]

Ce dernier principe sera codifié pour la toute première fois aux États-Unis, qui s'attaquait ainsi à la problématique des mercenaires[49]. En effet, dès 1793, Georges Washington affirmait que

> *whosoever of the citizens of the United States shall render himself liable to punishment or forfeiture under the law of nations by committing, aiding, or abetting hostilities against any of the said powers, or by carrying to any of them those articles which are deemed contraband by the modern usage of nations, will not receive the protection of the United States against such punishment or forfeiture.*[50]

Un an plus tard, soit en 1794, les États-Unis se dotaient du *Neutrality Act*[51], qui interdit aux Américains de s'enrôler dans l'armée d'un État tiers. L'exemple américain fut rapidement repris par plusieurs États d'Europe, qui interdirent à leur tour l'enrôlement de leurs nationaux à l'intérieur d'armées étrangères. Voilà qui, selon Thomson, démontre qu'au travers du droit de la neutralité, une norme internationale à l'encontre du mercenariat s'est progressivement créée, puis diffusée :

---

45 David, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, *supra* note 27 à la p. 29.

46 *Ibid.* à la p. 32.

47 Défini par Druetz comme une « technique qui désigne le fait qu'un État qui délègue l'exercice de la violence à des acteurs privés peut facilement nier sa responsabilité dans certains actes qu'il prétend ne relever que du privé ». Druetz, *supra* note 24 à la p. 16, note 46. Thomson souligne également que ce principe datant du XVIIe siècle implique que : « [i]*f a private undertaking that a ruler authorized met with success, s/he could claim a share in the profits. If the enterprise caused conflict with another state, the ruler could claim it was a private operation for which s/he could not be held responsible* ». Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 à la p. 21.

48 William Edward Hall, *The rights and Duties of Neutrals*, Londres, Longmans, Green, and Co., 1874 à la p. 47. Voir aussi Thomson, « State Practices » *supra* note 39 à la p. 37.

49 Thomson, « State Practices », *supra* note 39 à la p. 37.

50 Georges Washington, *Proclamation 4 – Neutrality of the United States in the War Involving Austria, Prussia, Sardinia, Great Britain, and the United Netherlands Against France*, 22 avril 1973, en ligne : The American Presidence Project <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=65475&st=neutrality&st1=act#axzz1jSl62a BL> (consulté le 13 janvier 2012).

51 *An act in Addition to the Act of the Punishment of Certain Crimes Against the United States,* c. 50, 1 Stat. 381.

> *Initiated in the 1790s through the practices of leading states, this norm became a systemic factor, expressing the expectation among competent statesmen as to the degree of control they would exert over the activities of nonstate actors in the international system.*[52]

Ainsi, au fur et à mesure que s'étend l'emprise de l'État sur son territoire, on observe un déclin graduel de l'utilisation de privés dans les conflits ; une telle transformation des théâtres de guerre s'achèvera avec le développement graduel que connaîtra le droit de la neutralité tout au long du XIXe siècle[53], ainsi qu'avec les mutations profondes qui s'amorcent alors (révolution industrielle, urbanisation, croissance démographique, développements technologiques) et qui permettront à l'État d'exercer un contrôle jusqu'alors inégalé sur l'exercice de la violence[54]. La guerre de Crimée (1854-1856) fut le dernier théâtre d'opération majeur des mercenaires; à peine quinze ans plus tard, l'armée citoyenne était la norme sur les champs de bataille de la guerre franco-allemande[55]. Certes, le mercenariat n'a pas disparu et il continue d'être utilisé par plusieurs États. Toutefois, comme le souligne Tougas, « l'idée que le recours à des mercenaires est répréhensible est restée et s'est même répandue »[56].

B. La construction du mercenaire par le DIH: un exercice complexe

Nous l'avons vu tout au long de la section précédente, l'utilisation des mercenaires fut pratique courante jusqu'au XVIIIe siècle. Utilisé de prime abord par des souverains qui tiraient de cette collaboration des bénéfices certains[57], le mercenaire a toutefois été progressivement écarté des champs de batailles à mesure que l'État resserrait son emprise sur l'exercice de la violence. Nous tenterons ici de voir comment ce glissement progressif s'est transposé dans le DIH naissant. Ce faisant, nous mettrons en lumière les difficultés inhérentes du DIH face à cette problématique particulière.

Le mercenariat a été capturé de diverses façons par le droit international au fil du temps. Tel que mentionné plus tôt, le développement du droit de la neutralité a joué un rôle important dans le processus de dé-légitimation internationale du mercenaire. C'est ainsi qu'avant 1945, le mercenaire sera abordé par le droit international sous l'angle exclusif du droit de la neutralité[58], consacré notamment dans

---

52 Thomson, « State Practices », *supra* note 39 à la p. 45.

53 David, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, *supra* note 27 à la p. 32.

54 Druetz, *supra* note 24 à la p. 20.

55 *Ibid.* à la p. 17.

56 Marie-Louise Tougas, *La prise en compte normative internationale des activités des sociétés militaires privées dans les zones de conflit : entre incertitudes et responsabilités*, Thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2011 à la p. 137 [Tougas, *La prise en compte normative internationale des activités des SMP*].

57 Thomson note que : « [m]*ercantile companies were state-created institutions that used violence in the pursuit of economic gain and political power for both the state and nonstate actors. With these institutions state rulers were able to exploit nonstate coercive capabilities in conquering or colonizing large areas of the globe* ». Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, *supra* note 21 à la p. 41.

58 Christopher Kinsey, « International Law and the Control of Mercenaries and Private Military Companies », en ligne: (2008) Culture & Conflits à la p. 3 <http://www.terryaspinall.com/03merc/pdf/

la Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre[59]. Si aucune mention du mercenariat n'y est faite, il est toutefois spécifié que : « Un neutre ne peut pas se prévaloir de sa neutralité : a) s'il commet des actes hostiles contre un belligérant ; b) s'il commet des actes en faveur d'un belligérant, notamment s'il prend volontairement du service dans les rangs de la force armée de l'une des Parties »[60]. Près de quarante ans plus tard, l'adoption des *Conventions de Genève* de 1949[61] marque un tournant important en ce que celles-ci s'instituent dès lors en tant que pierre angulaire du DIH. Ayant comme objectif central la protection de toute personne ne participant pas ou ne participant plus aux hostilités, ces instruments juridiques ne visent toutefois aucunement à bannir, voire à contrôler l'activité des mercenaires[62].

Il faut donc attendre les années 1960 et la vague de décolonisation qui s'ensuivit avant que le mercenariat ne prenne réellement les devants de la scène internationale. L'imaginaire international est alors profondément marqué par les personnages quasi-mythiques de « *Mad Mike Hore* », Bob Denard et Jacques Schramme, ayant tous trois combattu dans le Congo des années '60. Autre fait marquant de l'époque, les Casques bleus des Nations unies présents au Katanga dans le cadre de l'Opération des Nations unies au Congo (1960-1964) sont rapidement confrontés à la présence de mercenaires, engagés afin de casser les mouvements de libération nationale. Face à cet état des fait, les États africains nouvellement décolonisés se mobiliseront afin de traiter cette problématique dans le cadre de divers forums internationaux, dont l'Assemblée générale des Nations unies (ci-après « AGNU »), le Conseil de sécurité des Nations unies et l'Organisation des États africains. En 1968, l'AGNU adopte la première d'une série de résolutions condamnant l'utilisation de mercenaires dans le cadre de mouvements de libération nationale. Celle-ci stipule que

> la pratique consistant à utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance est un acte criminel et que les mercenaires eux-mêmes sont des criminels hors-la-loi, et demande aux gouvernements de tous les pays d'adopter des lois déclarant crimes punissables le recrutement, le financement et l'instruction de mercenaires

---

christopher-kinsey-geneva-con.pdf> (consulté le 30 mars 2011) [Kinsey, « International Law »].

59 *Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre*, 18 octobre 1907, Nouveau recueil général des traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international, vol. III aux pp. 504-532 (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

60 *Ibid*., art. 17.

61 *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative au traitement des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

62 En fait, tant et aussi longtemps que les mercenaires sont intégrés à l'une des parties au conflit, ils sont protégés par le DIH. P.W. Singer, « War, Profits, and the Vacuum of Law : Privatized Military Firms and International Law » (2004) 42 Colum. J. Transnat'l L. 521 aux pp. 526-527 [Singer, « War, Profits and the Vacuum of Law »].

> sur leur territoire et interdisant à leurs ressortissants de s'engager comme mercenaires.[63]

Cette résolution sera par la suite reproduite dans la *Déclaration de Principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*[64].

Quelques années plus tard, les négociations entourant l'adoption du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*[65] donneront lieu aux premières discussions internationales officielles relatives à la question du mercenariat. Quelques clarifications doivent toutefois être posées d'emblée. En effet, il faut tout d'abord noter que le *Protocole additionnel I* n'interdit pas le recours à l'utilisation de mercenaires, mais refuse plutôt à ces derniers les statuts de prisonnier de guerre et de combattant[66]. De plus, notons que le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*[67] ne fait à aucun moment mention des mercenaires[68]; ironiquement, il s'agit là de « leur théâtre d'opérations privilégié depuis la recrudescence du phénomène dans les années 1960 »[69]. Ceci étant dit, le *Protocole additionnel I* contient, lui, la première définition internationalement reconnue du mercenaire, qui s'entend de 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 ;

---

63 *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. AG 2465 (XXIII), Doc. off. AG NU, 23e sess., Doc. NU A/RES/2465 (1968).

64 On y stipule notamment que : « Chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre État ». *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25e sess., annexe, point 85, Doc. NU A/8082 (1970) 132.

65 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [*Protocole additionnel I*].

66 *Ibid.*, art. 47(1).

67 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978).

68 Un mercenaire agissant dans le cadre d'un conflit armé non-international n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre et ce, en raison de l'absence de droit à ce statut dans ce cadre précis. Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire* coutumier, vol 1, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p. 523.

69 Druetz, *supra* note 24 à la p. 37.

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 envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.[70]

Que nous indique cette définition? De prime abord, Kinsey souligne que plusieurs catégories de combattants y sont ignorées, parce qu'ouvertement tolérées par les États : il entend par là les étrangers servant les forces armées d'un autre État (par exemple les Brigades internationales durant la guerre civile espagnole), les civils intégrés aux forces armées d'un autre État (par exemple les Légions étrangères françaises), ainsi que les individus motivés par une certaine idéologie et/ou religion, et ceux ne participant pas directement aux hostilités[71]. De plus, force est de constater que la définition fournie par ce protocole est extrêmement restrictive en raison de la nature cumulative des conditions qui y sont énoncées[72]. Qui plus est, cette définition repose, tel que spécifié au sous-paragraphe c), sur la présence centrale d'une motivation financière difficile à démontrer[73]. À cet effet, Éric David affirmait d'ailleurs que la terminologie de l'article 47(2)(c) entraîne des contraintes importantes qui rendent la détermination du mobile lucratif « difficile et complexe »[74]. En somme, l'affirmation de Taulbee à l'effet que « [a]*n overly detailed definition may prove too rigid and resistant to accommodate change as circumstances demand* »[75] souligne bien les problématiques mises en exergue par la définition du mercenaire, en ce que cette dernière, élaborée dans des circonstances historiques précises, ne parvient pas à capturer l'évolution de la nature même des « privés » présents sur les champs de bataille. Fréquemment citée dans la littérature, la tirade satyrique du professeur Best illustre d'ailleurs bien toute l'ironie d'une telle définition : « *any mercenary who cannot exclude himself from this definition deserves to be shot — and his lawyer with him!* »[76]

Quelques semaines après l'adoption du *Protocole additionnel I*, les États africains se dotaient de la *Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique*[77]. Cette dernière n'est pas sans importance puisqu'elle reprend

---

70 *Protocole additionnel I*, *supra* note 65, art. 47(2).

71 Kinsey, « International Law », *supra* note 58 aux pp. 5-6.

72 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *supra* note 68 à la p. 520.

73 *Ibid*.

74 David, *Mercenaires et volontaires*, *supra* note 27 à la p. 246; voir aussi David, *Principes de droit*, *supra* note 17 à la p. 494.

75 James L. Taulbee, « Myths, Mercenaries and Contemporary International Law » (1985) 15 Cal. W. Int'l L.J. 33 à la p. 349.

76 Geoffrey Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, Londres, George Weidenfeld & Nicolson Ltd, New York, Columbia University Press, 1980 à la p. 375.

77 *Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique*, 3 juillet 1977, 1490 R.T.N.U. 100 (entrée en vigueur : 22 avril 1985) [*Convention de l'OUA*]. L'adoption de cette convention fait suite au procès de Luanda, qui eut lieu en Angola en 1976 sous la supervision d'une commission internationale sur les mercenaires. Sur les treize hommes (dont dix de nationalité anglaise) accusés du crime de « mercenariat », quatre furent condamnés à mort, tandis que les autres durent faire face à l'emprisonnement. De ce procès naîtra le projet de *Convention de Luanda sur la prévention et la*

substantiellement la définition du mercenaire telle que définie à l'article 47 du *Protocole additionnel I*[78]. La notion de rémunération matérielle y est toutefois assouplie par rapport au *Protocole additionnel I*, en ce que la *Convention de l'OUA* abandonne le critère d'une « rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues »[79] pour le remplacer par l'idée de la promesse d'un avantage personnel prenant la forme d'une rémunération matérielle[80]. Malgré tout, certains auteurs soutiennent que cette définition ne parvient pas à établir une interdiction totale sur le recrutement de mercenaires en Afrique. C'est ainsi que pour Kinsey, l'article 1 reflète les préoccupations et intérêts des dirigeants africains de l'époque en ce qu'il est construit de façon à interdire l'emploi, par les gouvernements minoritaires, de mercenaires européens, tout en permettant leur l'usage dans le cadre de luttes internes contre des mouvements dissidents[81]. Ce même auteur soutient ainsi que le but derrière une telle construction

> *was to allow African governments to give support to movements of national liberation, without allowing conditions to emerge in their own country that might encourage such dissident groups to operate against them. At the same time, African governments wanted to deny the opportunity to mercenaries to operate against the same movements of national liberation.*[82]

En somme, si les mercenaires sont publiquement répudiés, il reste que les États ne semblent pas prêts à les bannir totalement. Voilà qui questionne la portée réelle de la norme interdisant le mercenariat : s'il semble publiquement inacceptable de faire appel à ces acteurs, il reste que dans le confort de la souveraineté, cette pratique relève plutôt du bon vouloir de chacun.

Dernier instrument international contraignant en lice, la *Convention*

---

suppression des mercenaires (1976), qui donnera lieu, un an plus tard, à la *Convention de l'OUA*. Pour plus de détails sur ce procès, voir George H. Lockwood, « Report on the Trial of Mercenaries : Luanda, Angola, June, 1976 » (1977) 7 Man. L.J. 183. Voir aussi « 1976 : Mercenaries Trial Begins in Angola » *BBC News* (11 juin 1976), en ligne : BBC News <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/june/11/newsid_2510000/2510947.stm> (consulté le 15 avril 2011). Pour plus de détails sur le projet de *Convention de Luanda*, voir Christopher Kinsey, « Challenging International law : a Dilemma of Private Security companies » (2005) 5:3 Conflict, Security & Development 269 [Kinsey, « Challenging International Law »].

78 L'article premier de cette convention définit ainsi le mercenaire comme étant 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 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;
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 envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat.
Convention de l'OUA, *supra* note 77, art. 1.

79 *Protocole additionnel I*, *supra* note 65, art. 47(2)(c).

80 *Convention de l'OUA*, *supra* note 77, art. 1(c).

81 Kinsey, « International Law », *supra* note 58 à la p. 4.

82 *Ibid*.

internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires[83] de 1989 reprend les critères conceptuels du *Protocole additionnel I*[84], tout en élargissant la notion de mercenaire de façon à y intégrer une composante « non-internationale ». Ainsi, l'article 1(2) stipule notamment que le mercenaire est une personne:

> a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour prendre part à un acte concerté de violence visant à :
>
> i) Renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État; ou
>
> ii) Porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État.[85]

Ceci étant dit, il reste que la force et la portée de cette convention restent à établir : ouverte à la signature en 1989, il aura fallu douze ans avant qu'elle n'obtienne les vingt-deux ratifications nécessaires à son entrée en vigueur. À ce jour, elle ne compte qu'un maigre trente-deux États parties[86].

En somme, face aux développements juridiques décrits ci-dessus, que penser de la volonté des États face à une interdiction *réelle* de l'utilisation de privés dans le cadre de conflits armés ? Selon Cockayne, « [s]*tates have used international law to limit, control and co-opt – but not eradicate – military entrepreneurialism, subordinating it to and aligning it with the state system* »[87]. De façon similaire, Singer souligne que

> *contrary to common belief, a total ban on mercenaries does not exist in international law. More importantly, the existing laws do not adequately deal with the full variety of private military actors. That is, they are specifically aimed at only the individuals working against national governments or politically recognized movements of national liberation.*[88]

De plus, que penser des définitions du mercenaire telles que fournies par le DIH? Comme le fait remarquer Liu,

---

83 *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires*, 4 décembre 1989, 2163 R.T.N.U. 75 (entrée en vigueur : 20 octobre 2001).

84 Notons ici que la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires* reprend à son article 1 la notion de rémunération matérielle telle que comprise au *Protocole additionnel I*, marquant ainsi un rejet de l'assouplissement proposé à la *Convention de l'OUA*. Au final, Henckaerts et Doswald-Beck soulignent que :
Parmi les manuels militaires rassemblés pour la présente étude qui contiennent une définition du mercenaire, neuf reprennent la définition du Protocole additionnel I et quatre mentionnent simplement le désir d'obtenir un avantage personnel. La législation de 11 États issus de l'ex-Union soviétique définit les mercenaires par leur vœu d'obtenir un avantage personnel, sans plus de précisions.
Dans : Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 68 aux pp. 520-521.

85 *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires*, *supra* note 83, art. 1(2)(a).

86 *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires : état au 27-03-2011*, en ligne : Collection des traités des Nations Unies <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-6&chapter=18&lang=fr> (consulté le 28 mars 2011).

87 Cockayne, « The Global Reorganization of Legitimate Violence », *supra* note 22 à la p. 472.

88 Singer, « War, Profits and the Vaccum of Law », *supra* note 62 à la p. 531.

> *the international community, by consistently constructing restrictively narrow definitions that are impossibly unworkable in practice, is providing implicit support for the continuation of mercenary activities; a contention that arguably supported by the explosion of the PMC sector with the slow development of directly applicable restraining legal norms.*[89]

Au final, malgré le fait que les critères proposés par le *Protocole additionnel I* soient difficilement traduisibles au quotidien, il reste qu'ils ont fourni le cadre conceptuel à l'intérieur duquel toute la question du mercenariat et, plus récemment, des EMSP, semble évoluer. Or, en tentant d'associer (ou de dissocier) mercenaires et EMSP, ne travaille-t-on pas à l'intérieur d'un cadre conceptuel restreint, qui évite non seulement de remettre en question les causes profondes de cette présence, mais qui légitime, en quelque sorte, leur utilisation ?

II. Le DIH à la merci des compagnies militaires privées?

Dans la foulée des conflits postcoloniaux, un nouveau venu faisait subtilement son apparition sur la scène internationale : les EMSP. Ce n'est toutefois qu'au cours des dernières années que celles-ci ont commencé à attirer l'attention internationale, notamment en raison des nombreux scandales les entourant. Considérées par certains comme les mercenaires du XXIe siècle[90], ces compagnies se caractérisent par leur présence de plus en plus marquée au sein des conflits armés, posant dès lors d'importantes questions, ne serait-ce qu'au niveau du respect, par ces entités et leurs employés, du DIH. À cet effet, dans son rapport de 2011, le 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 (ci-après « Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires ») rappelait que s'il était encourageant de constater qu'un recours en justice avait été intenté contre les employés de la firme Blackwater accusés d'avoir abattu des civils iraquiens en 2007, il demeurait préoccupant de constater que « les employés d'entreprises militaires et de sécurité privées qui ont commis des violations des droits de l'homme sont rarement poursuivis »[91]. Qui plus est, ce même groupe de travail se déclarait par le fait même « préoccupé par le manque de transparence et de responsabilité qui caractérise ces entreprises »[92]. Nous examinerons donc ici l'implication, pour le DIH, de la présence d'EMSP sur les théâtres d'opérations militaires, démontrant du coup que s'il est faux

---

89 Hin-Yan Liu, « Leashing the Corporate Dogs of War: The Legal Implications of the Modern Private Military Company » (2010) 15:1 J. Confl. & Sec. L. 141 à la p. 148.

90 Samuel Tanner affirme ainsi que : « La tenue léopard est désormais rangée au placard et c'est en costume cravate que l'on propose un large éventail de services liés au produit "guerre". L'on signe désormais des contrats en bonne et due forme avec des "clients" : gouvernements, entreprises pétrolières ou diamantaires, voyous ». Dans Samuel Tanner, « Mercenaires », en ligne : Réseau francophone de recherche sur les opérations de paix <http://www.operationspaix.net/74-details-lexique-mercenaires.html> (consulté le 29 janvier 2012).

91 *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. AG NU, 66e sess., Doc. NU A/66/317 (2011) à la p. 11, en ligne : ONU <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2F66%2F317&Submit=Recherche&Lang=F> (consulté le 18 janvier 2012).

d'affirmer qu'un vide juridique total existe à leur égard, il reste que pour un ensemble de raisons, qui relèvent parfois plus du politique que du juridique, la mise en œuvre et le respect du DIH par les EMSP et leurs employés posent d'importants défis.

A. L'émergence des EMSP – une brève mise en contexte

Contrairement à une vision fréquemment véhiculée, les premières EMSP ne sont pas apparues dans la foulée de l'après-Guerre froide. En effet, des firmes telles que Vinnell, Pacific Architects & Engineers et Halliburton œuvraient déjà en pleine guerre du Vietnam : engagées par les États-Unis, celles-ci s'afféraient à y soutenir le déploiement des troupes américaines[93]. C'est toutefois la naissance de Watchguard International, en 1967, qui sonnera définitivement le coup d'envoi des EMSP. Composée d'experts militaires, cette firme britannique « s'est occupée d'entraîner des troupes dans des pays amis ou bien dans des pays que le *Foreign Office* voulait aider discrètement; Watchguard permettait ainsi au gouvernement de Londres d'atteindre ses objectifs tout en niant sa participation directe – c'est le retour du déni plausible »[94]. Alors que Watchguard se subdivise en plusieurs filiales et diversifie ses services, nombre de grandes firmes de sécurité apparaissent au cours des années soixante-dix dont Kroll, Control Risk Group, KMS et Defense Systems Ltd[95]. Il faudra toutefois attendre le début des années quatre-vingt-dix pour que le phénomène prenne une réelle ampleur. Cet état des faits s'explique de plusieurs façons, que nous aborderons ici brièvement.

De prime abord, il est impossible de passer outre l'impact déterminant de la fin de la Guerre froide sur la multiplication des EMSP. En effet, selon Singer, cette transition géopolitique a eu pour effet d'ouvrir une brèche dans le marché de la sécurité, et ce en raison : 1) d'une multiplication des conflits armés non-internationaux[96]; 2) du désintérêt des puissances occidentales face à ces conflits

---

92 *Ibid.* à la p. 2. De plus, dans un rapport précédent traitant de la situation irakienne, le Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires s'inquiétait « vivement du fait que les auteurs des violations commises entre 2003 et 2009 n'aient pas à répondre de leurs actes ». *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, 18e sess., 2011, Doc. NU A/HRC/18/32/Add.4 à la p. 2, en ligne : ONU <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2FHRC%2F18%2F32%2FAdd.4&Submit=Recherche&Lang=F> (consulté le 18 janvier 2012).

93 Druetz, *supra* note 24 à la p. 24. Dickinson rapporte également qu'environ neuf mille individus auraient été engagés par les États-Unis pour effectuer des tâches multiples, portant ainsi le ratio contractuel/soldat national à 1/60. Laura A. Dickinson, *Outsourcing War & Peace: Preserving Public Values in a World of Privatized Foreign Affairs*, New Haven; Londres, Yale University Press, 2011 à la p. 24 [Dickinson, *Outsourcing War & Peace*].

94 Druetz, *supra* note 24 à la p. 25.

95 *Ibid.* à la p. 24.

96 En fait, les conflits armés non-internationaux constituent la forme la plus fréquente de conflits armés depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale (sur les 225 conflits armés répertoriés par le *Conflict Data Project* et le *Conditions of War and Peace Programme* entre 1946 et 2001, 163 étaient des conflits armés internes). On remarque toutefois une augmentation importante des conflits armés non-internationaux dans les années suivant la fin de la Guerre froide (avec un pic de 55 conflits armés en 1992). Pour plus de détails, voir Nils Petter Gleditsch et al., « Armed Conflict 1946-2001 : A New

émergents; 3) d'une multiplication des acteurs impliqués au sein des conflits armés, de laquelle découlera un brouillage conceptuel entre les catégories de soldat, civil, guérilla, terroriste ou criminel; 4) d'un déluge, sur la scène internationale, d'ex-militaires récemment démobilisés[97] et; 5) de l'arrivée soudaine sur le marché noir de stocks d'armes massifs, accumulés par l'ex-URSS durant la Guerre froide[98]. C'est ainsi qu'un certain colonel Spicer expliquait que

> [t]*he end of the Cold War has allowed conflicts long suppressed or manipulated by the superpowers to re-emerge. At the same time, most armies have got smaller and live footage on CNN of United States soldiers being killed in Somalia has had staggering effects on the willingness of governments to commit to foreign conflict. We fill the gap.*[99]

À ces explications d'ordre politique s'ajoute une importante composante économique. En effet, il est important de conceptualiser la multiplication de ces compagnies dans le contexte plus large du *New Public Management*, un cadre idéologique « qui valorise le marché et la réduction du poids de la puissance publique, au nom de l'efficience et de la réduction des déficits budgétaires »[100]. Sous les gouvernements de Thatcher et de Reagan, et sous l'impulsion du subséquent Consensus de Washington[101], la privatisation devient un mot d'ordre, voire une tendance inéluctable. Charbonnier soutient ainsi qu'avec la vague de libéralisation et de privatisation des années 1980, la croissance des dépenses publiques a connu un net ralentissement dans les pays de l'OCDE; cette tendance s'accentua fortement dans les années quatre-vingt-dix, notamment en raison de l'implantation de réformes fiscales extrêmement strictes[102]. Confrontées à des pressions budgétaires immenses, les administrations publiques se seraient mises en quête d'un meilleur ratio coût/bénéfice, expliquant qu'elles aient progressivement adopté des modes de gestion développés par le secteur privé[103]. À titre d'exemple, Hammes souligne que l'utilisation accrue d'EMSP par les États-Unis s'explique en partie par la foi de l'administration

---

Dataset » (2002) 39:5 Journal of Peace Research 615 aux pp. 623-625; Björn Hettne et Bertil Odén, *Global Governance in the 21st Century : Alternative Perspectives on World Order*, Stockholm, Almkvist & Wiksell International, 2002 aux pp. 48-51.

97 Il y aurait eu, entre 1987 et 1994, plus de cinq millions de militaires qui auraient été démobilisés, constituant ainsi un réservoir de taille. Voir Tanner, *supra* note 90.

98 Singer, *supra* note 1 aux pp. 49-60.

99 Colonel Tim Spicer, dans Andrew Gilligan, « Inside Lt. Col. Spicer's New Model Army », *Sunday Telegraph* (22 novembre 1998), tel que cité dans Singer, *ibid*. à la p. 50.

100 Magnon-Pujo, *supra* note 9 à la p. 133.

101 « Le "consensus de Washington" tire son nom d'un article de l'économiste John Williamson, qui a défini, en 1989, dix recommandations, notamment en direction de l'Amérique latine : discipline budgétaire, réorientation de la dépense publique, réforme fiscale, libéralisation financière, adoption d'un taux de change unique et compétitif, libéralisation des échanges, élimination des barrières à l'investissement direct étranger, privatisation des entreprises publiques, dérégulation des marchés, prise en compte des droits de propriété. La Banque mondiale et le FMI ont ensuite décidé de subordonner leurs prêts à l'adoption de politiques inspirées de ces thèses ». *Consensus de Washington*, 22 novembre 2011, en ligne : La documentation française <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/banque-mondiale-fmi/glossaire.shtml> (consulté le 13 janvier 2012).

102 Gilles Charbonnier, « Privatisations, sous-traitance et partenariats public-privé : charity.com ou business.org? », (2004) 256 R.I.C.R. 725 à la p. 727, en ligne : CICR <http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc_856_carbonnier.pdf> (consulté le 29 mars 2011).

103 *Ibid*. aux pp. 727-728.

américaine en l'efficacité accrue de ces entités privées comparativement à des organes gouvernementaux assignés à une tâche similaire[104]. S'appuyant sur les explications de Charbonnier, Druetz explique ainsi que

> les États développés, tout empreints de la souveraineté spécifique à l'ère moderne, en sont finalement venus à externaliser auprès d'entreprises privées des pans entiers du secteur militaire (tels l'entretien du matériel, l'entraînement des troupes, la logistique,…).[105]

La réponse de la Chambre des communes anglaise au *Green Paper*[106] constitue d'ailleurs un reflet saisissant de cette logique, en laissant sous-entendre que l'utilisation des EMSP constitue une option valable et ce, tant et aussi longtemps que ces compagnies seraient adéquatement encadrées[107]. En d'autres termes, pour l'État anglais, l'externalisation de l'exercice de la violence est désormais justifiable sous couvert de la rentabilité économique.

Au final, la combinaison de ces facteurs politiques et économiques a permis l'émergence d'une industrie lucrative, qui croît sans cesse. Une telle croissance est notamment reflétée dans l'évolution du ratio personnel contractant/soldat national opérant en Irak : ce ratio est présentement de un pour un, alors qu'il était à un pour cinquante-cinq lors de la première guerre du Golfe[108] et de la guerre du Vietnam[109]. C'est ainsi qu'en 2005, il était estimé que les revenus annuels de l'industrie (qui sont extrêmement difficiles à chiffrer, notamment en raison de l'absence d'une définition reconnue et acceptée de ce que constitue une EMSP) pouvaient atteindre jusqu'à cent milliards de dollars US[110].

---

104 T.X. Hammes, « Private Contractors in Conflict Zones: The Good, the Bad and the Strategic Impact » (2010) 260 Strategic Forum 1 à la p. 2.

105 Druetz, *supra* note 24 à la p. 26, note 75.

106 R.-U., House of Commons, *Private Military Companies : Options for Regulation*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 2002, en ligne : <http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2002/mercenaries.pdf> (consulté le 31 mars 2011).

107 R.-U., Foreign Affairs Commitee, *Private Military Companies : Response of the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 2002, en ligne : <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/7179755/2002_oct_ninth_report> (consulté le 31 mars 2011).

108 Dickinson, *Outsourcing War & Peace*, *supra* note 93 à la p. 4.

109 Hammes, *supra* note 104 à la p.1.

110 Dickinson, *Outsourcing War & Peace*, *supra* note 93 à la p. 4. En comparaison, pour l'exercice biennal 2012-2013, le budget ordinaire des NU se chiffre à 5,15 milliards de dollars US. *Budget des Nations Unies*, en ligne : ONU <http://www.un.org/french/aboutun/budget/> (consulté le 22 janvier 2012). Dans son étude datant de 2009, Cockayne reprend les estimations de Singer (qui sont les mêmes celles de Dickinson), tout en soulignant que « [t]*here is a surprising absence of methodologically rigorous analysis of the size of the industry, with most estimates paying scant attention to the burgeoning transborder security markets in Eastern Europe, Latin America, the Middle East, and Africa* ». James Cockayne, dir., *Beyond Market Forces : Regulating the Global Security Industry,* New York, International Peace Institute, 2009 à la p. 17 [Cockayne, *Beyond Market Forces*]. Ces mêmes estimations sont reprises en 2010 par le 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 : *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, 15e sess., 2010, Doc. NU A/HRC/15/25 à la p. 6, en ligne : ONU <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/151/56/PDF/G1015156.pdf?OpenElement> (consulté le 26 janvier

B. La diversification des activités des EMSP

L'industrie est ainsi désormais de plus en plus impliquée dans la prise en charge de services et de fonctions traditionnellement considérés comme relevant de la sphère publique. Les EMSP offrent aujourd'hui tout un éventail de services, faisant en sorte que certains auteurs jugent utile de les regrouper en sous-catégories lexicales. C'est d'ailleurs pourquoi Mandel soutient que « [w]*hile many analyses treat privatized security as one unified homogeneous phenomenon, in reality it incorporates a wide variety of divergent yet interrelated patterns* »[111]. Sans nous lancer dans ce débat, nous soulignons toutefois que les EMSP sont utilisées pour de nombreuses raisons. La clientèle de ces entités est variée, allant des États aux entreprises, en passant par les ONG et les organisations internationales, qui les utilisent généralement afin d'assurer la sécurité de leur personnel œuvrant en zone de conflit ou de leurs installations situées en zone à risque[112]. Kinsey rapporte notamment que les EMSP sont fréquemment utilisées par les gouvernements locaux afin de protéger les entreprises ainsi que les ressources stratégiques se trouvant sur leur territoire des groupes rebelles, des milices ou de groupes criminels[113]. Les EMSP remplissent toutefois un ensemble d'autres tâches : « soutien logistique, formation et entraînement des forces armées et de la police, interrogatoires et travail d'intelligence, sécurisation de lieux stratégiques, protection rapprochée de personnalités du monde politique et économique, participation directe aux hostilités, etc. »[114]. C'est ainsi qu'elles sont notamment utilisées dans le cadre d'opérations de maintien de la paix onusiennes[115], où elles sont affectées à des tâches telles que la logistique, l'appui militaire et la surveillance[116]. À titre d'exemple, les missions des Nations unies en Côte d'Ivoire et au Congo ont retenu les services d'une EMSP pour y assurer une partie de la sécurité du personnel[117]. De façon similaire, la firme Dyncorp s'est vue confier le mandat de l'embauche du futur personnel de la Force de police internationale de la Mission des Nations unies en Bosnie ainsi que de celui de la Mission de vérification de l'OSCE au Kosovo[118], et les Nations unies ont eu recours à des EMSP (notamment KBR) afin d'assurer la construction de camps de réfugiés[119]. Les EMSP sont également largement utilisées par les États (particulièrement les États-

2012) [A/HRC/15/25].

111 Robert Mandel, *Armies Without States : The Privatization of Security*, Londres, Lynne Rienner, 2002 à la p. 93.

112 Kinsey, « Challenging international law », *supra* note 77 à la p. 277.

113 *Ibid*.

114 Charbonnier, *supra* note 102 à la p. 735.

115 Toutes les opérations de paix menées par l'ONU depuis les années quatre-vingt-dix ont employé des EMSP. Deborah D. Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, New York, Cambridge University Press, 2005 à la p. 7.

116 Lilly Damian, « La privatisation du maintien de la paix : perspectives et réalités », (2000) 3 Forum du désarmement 57 à la p. 59, en ligne : UNIDIR <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art136.pdf> (consulté le 30 mars 2011).

117 Marie-Louise Tougas, « Société militaire privée » (7 octobre 2010), en ligne : Réseau francophone de recherche sur les opérations de paix : <http://www.operationspaix.net/110-details-lexique-societe-militaire-privee.html> (consulté le 24 février 2011).

118 *Ibid*.

119 Dickinson, *Outsourcing War & Peace*, *supra* note 93 à la p. 5.

Unis et le Royaume-Uni, qui en sont les deux principaux utilisateurs[120]), qui font appel à leurs services pour un ensemble de raisons. Certains des exemples les plus connus sont probablement ceux d'Executive Outcome, engagée par l'État sierra léonais pour combattre et repousser les groupes rebelles[121], de Blackwater (aujourd'hui Academi), largement utilisée sous l'administration Bush afin de garantir la sécurité d'officiels américains en Irak[122] et, plus récemment, de CACI Inc. et L-3 Services, engagées afin de fournir, entre autre, des services d'interrogation et de traduction dans divers lieux de détention situés en Irak, et présumées impliquées dans les exactions commises à Abu Ghraïb[123].

Dans ce contexte, il est peu étonnant de constater que l'expression « privatisation de la guerre » se propage. À cet effet, deux bémols se doivent toutefois d'être formulés. Dans un premier temps, soulignons que cette expression n'arrive pas à capturer de façon entièrement adéquate certaines subtilités de la problématique posée par les EMSP au regard du droit international. Tel est le cas dans l'hypothèse où ces dernières pourraient potentiellement être considérées en tant qu'agent de l'État au sens de l'article 4 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*[124]. Dans le même ordre d'idées, en 2005, un comité d'experts sur les EMSP analysait de la façon suivante la portée de l'article 8 du *Projet d'articles*[125] :

> *Where the PMC is acting under the direction or control of the State, the conduct of the PMC will be attributed to that State, regardless of the nature of the functions it is carrying out. Likewise, the conduct of the PMC will be attributable to the State where the PMC operates "on the instructions of" the State. Most experts thought that the PMC would not have to be instructed to carry out the unlawful conduct but that there would be State responsibility where the unlawful acts are carried out during a mission given to the PMC, especially if the PMC is acting on instructions which do*

---

120 Magnon-Pujo, *supra* note 9 à la p. 138.

121 David J. Francis, « Mercenary Intervention in Sierra Leone: Providing National Security or International Exploitation? » (1999) 20:2 Third World Quarterly 319.

122 É.-U., *Memorandum to the Members of the Committee on Oversight and Government Reform : Additional Information about Blackwater USA*, 110e Cong., 2007 à la p. 4, en ligne : <http://www.scribd.com/doc/ 18951383/House-Oversight-Committees-Memorandum-on-Blackwater-October-2007> (consulté le 15 avril 2011).

123 A/HRC/15/25, *supra* note 110 à la p. 7.

124 L'article 4 stipule que :
1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.
2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État
Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs,* Annuaire de la Commission du droit international, vol. II(2), 2001, 26 aux pp. 88-89 [*Projet d'articles*].

125 L'article 8 stipule que « [l]e 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 ». *Ibid*. à la p. 49.

> *not indicate with sufficient clarity how the PMC is to carry out its tasks so as not to commit unlawful acts.*[126]

Voilà qui démontre en quelque sorte que malgré le caractère foncièrement privé de ces entreprises, celles-ci peuvent tout de même, au regard du droit international, être considérées comme posant des actes relevant de l'État. C'est ainsi que pour Krahmann, le monopole de la violence légitime ne doit plus se comprendre comme étant le monopole du déploiement des forces armées (et policières), mais plutôt comme un contrôle juridique[127] de l'État sur les acteurs auxquels il délègue la violence[128]. Voilà qui fait dire à Magnon-Pujo que toute la question des EMSP relève « d'un cas très particulier de sous-traitance : l'État est à la fois l'instance qui délègue sa souveraineté et, en raison de cette même souveraineté, apparaît comme le seul échelon légitime pour contrôler les effets produits par cette délégation »[129]. En second lieu, au regard des pages précédentes, l'on ne peut que constater que la délégation, par l'État, de l'exercice de la violence à des acteurs privés n'est pas chose nouvelle ; en ce sens, l'expression « privatisation de la guerre » n'arrive pas à mettre en relief l'historicité de ce phénomène. Ceci dit, au regard de la prolifération des EMSP et de l'usage de plus en plus répandu qu'en font, entre autres, les États, il reste qu'une telle expression demeure utile dans l'optique où elle permet de mettre en lumière un nouveau renversement du discours (et de la pratique) étatique qui justifie l'insertion de contractants privés à l'intérieur de l'armée nationale sous couvert de motifs financiers. En ce sens, le terme « privatisation » s'entendrait ici de la façon suivante, soit d'une

---

126 *Expert Meeting on Private Military Contractors : Status and State Responsibility for their Actions*, University Centre for International Humanitarian Law, International Conference Centre, Genève, 29-30 août 2005 aux pp. 5-6, en ligne : ADH <http://www.adh-geneva.ch/docs/expert-meetings/2005/2 rapport_compagnies_privees.pdf> (consulté le 26 janvier 2012) [*Expert Meeting on Private Military Contractors*].

127 Voilà qui rappelle la notion de contrôle effectif tel qu'interprétée par le TPIY en 1999 dans le cadre de l'affaire Tadic :

Pour imputer la responsabilité d'actes commis par des groupes militaires ou paramilitaires à un État, il faut établir que ce dernier exerce un contrôle global sur le groupe, non seulement en l'équipant et le finançant, mais également en coordonnant ou en prêtant son concours à la planification d'ensemble de ses activités militaires. Ce n'est qu'à cette condition que la responsabilité internationale de l'État pourra être engagée à raison des agissements illégaux du groupe.

Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) au para. 131 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf> (consulté le 18 janvier 2012). Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Les États-Unis d'Amérique*), [1986] C.I.J. recueil 14 aux pp. 64-65.

128 Elke Krahmann, *Private Security Companies and the State Monopoly on Violence: A Case of Norm Change?*, Peace Research Institute Frankfurt Reports No. 88, 2009 à la p. 9. Voir aussi Cockayne, « The Global Reorganization of Legitimate Violence », *supra* note 20 à la p. 477:

Although the discussion of mercenarism initiated within the Commission on Human Rights in the mid-1980s developed out of an attempt by anti-market socialist and anti-colonial non-aligned states to portray commercial military entrepreneurialism as a per se human rights violation, discussion within the Commission gradually shifted to focusing on how to ensure military entrepreneurs' protection of human rights and compliance with international humanitarian law. This is the approach which underpins the current Swiss–ICRC initiative […]*, in the ICRC's own work with* […] *PMCs.* [nos soulignements].

129 Magnon-Pujo, *supra* note 9 aux pp. 131-132.

> *reallocation of public ownership, assets, functions, services, management, or tasks to private hands.* [...] *privatization is defined as the deliberate and policy-based transfer of certain public functions, tasks, or services from the state to private actors who then carry them out.*[130]

En définitive, si nous postulons que la « privatisation de la guerre » n'est pas, en soi, totalement nouvelle, devrions-nous nous préoccuper de ce nouvel épisode de privatisation? À première vue, si l'exercice de la violence peut certes être délégué au secteur privé, il reste que d'importantes prises en considération doivent être faites. En effet, les EMSP sont de plus en plus appelées à participer à des tâches de sécurité ainsi qu'à des activités militaires en situation de conflit armé, d'où une présence plus importante de leurs employés dans les opérations militaires et, conséquemment, une multiplication des contacts entre ceux-ci et les personnes protégées par le DIH[131]. En ce sens, les appels à la prudence se multiplient face aux accusations qui sont parfois portées à l'encontre d'EMSP soupçonnées de violations des droits humains. Outre les risques accrus de violations des droits humains et du DIH, la présence de plus en plus marquée des EMSP sur les théâtres d'opérations militaires fait de celles-ci des acteurs incontournables[132], desquels dépendent de plus en plus les États. À cet effet, le général Petraeus déclarait en 2007 devant le Congrès que l'armée américaine serait incapable de fonctionner en Irak sans les EMSP[133]. De façon similaire, le sous-secrétaire du Département d'État américain affirmait, en 2008 que « [i]*f the contractors were removed, we would have to leave Iraq* »[134]. Qui plus est, au regard du contexte international actuel, cette tendance prend une toute autre signification. Maogoto et Benedict s'inquiètent d'ailleurs du fait que

> *unlike past mercenary organizations, they present a disturbing and frightening phenomenon in view of their immense financial, military and political clout. The activities of PMFs, the "clients" they serve and their global insider connections provide an alarming look into the* realpolitik *of the emerging new world order.*[135]

C'est ainsi que certains auteurs, dont Zabci et David J. Francis, s'inquiètent du fait que les EMSP, avec leurs services à la carte, offrent un conduit idéal pour la poursuite d'intérêts néo-coloniaux[136]. Se basant sur l'exemple de l'intervention d'EMSP (dont Gurkha Security Guards Ltd, Executive Outcomes et Sandline International) lors de la guerre civile en Sierra Leone, Francis soutient que

---

130 Antenor Hallo De Wolf, « Modern *Condottieri* in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law » (2006) 13:2 Ind. J. Global Legal Stud. 315 à la p. 317.

131 Emanuela-Chiara Gillard, « Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire » (2006) 863 R.I.C.R. 173 aux pp. 174-175.

132 Anne-Marie Burns, Olivier Delas et Marie-Louise Tougas, « Les compagnies militaires privées : un nouveau défi pour le droit international » (2006) 22 Sécurité mondiale 1 à la p. 2.

133 Dickinson, *Outsourcing War & Peace*, *supra* note 93 à la p. 11.

134 « Blackwater Impunity », *New York Times* (16 mai 2008), en ligne : NYT <http://www.nytimes.com/2008/05/16/opinion/16fri2.html?scp=1&sq=blackwater+impunity&st=nyt > (consulté le 21 janvier 2012).

135 Jackson Nyamuya Maogoto et Benedict Sheehy, « Contemporary Private Military Firms under International Law: an Unregulated "Gold Rush" » (2005) 26 Adel. L.R. 245 à la p. 250.

136 Voir Filiz Zabci, « Private Military Companies: 'Shadow soldiers' of Neo-colonialism » (2007) 31:92 Capital & Class 1. Voir aussi Francis, *supra* note 121.

> *this corporate mercenarism – in search of strategic minerals – represent the "new face" of neocolonialism, operating under the guise of neoliberal market policies. Through this privatisation of security, mercenary companies therefore provide viable foreign policy proxies for Western governments in the pursuit of national interests.*[137]

Si une telle affirmation demeure sujette à discussion[138], il reste qu'elle n'en fait pas moins état de préoccupations importantes quant aux motifs sous-jacents aux activités de ces entités, qui ont été fréquemment comparées à des mercenaires.

C. Les EMSP, mercenaires des temps modernes ?[139]

Si une telle comparaison occupe un espace important dans la littérature traitant des EMSP, il reste qu'au niveau juridique, il est difficile d'associer les mercenaires aux EMSP. Soulignons tout d'abord qu'en tant que personne morale, les EMSP ne peuvent se voir attribuer le statut de mercenaire; seules les personnes physiques, donc leurs employés, peuvent remplir les dispositions prévues à l'article 47 du *Protocole additionnel I*. Ceci dit, Tougas souligne que les employés d'EMSP ne pourraient que difficilement remplir l'ensemble des conditions restrictives énoncées au *Protocole additionnel I*, ne serait-ce que parce que, contrairement aux dispositions prévues par celui-ci, ces employés n'œuvrent généralement pas dans un conflit armé spécifique, ne participent pas toujours directement aux hostilités, ne sont pas nécessairement motivés par un avantage personnel et monétaire, et, finalement, ne sont pas nécessairement ressortissants d'une des parties au conflit[140]. En raison du manque d'espace, nous ne nous attarderons toutefois pas à cette distinction mercenaire/EMSP[141] qui, comme le laisse entendre Kinsey, n'est pas à l'abri des interprétations politiques[142]. Shaista Shameen, rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'homme sur la question de l'utilisation des mercenaires, soulignait d'ailleurs que

> la définition légale de la notion de mercenaire ne peut être adoptée que par une décision à caractère politique portant sur la question fondamentale de savoir si les États souhaitent continuer à être les seuls responsables de l'utilisation légitime de la force [...] et de l'utilisation de la force selon

---

137 Francis, *supra* note 121 à la p. 319.

138 James Taulbee affirmait que « *in the current international business environment, even weak governments have leverage. Blaming companies for contracts which enrich the few in power without the benefit for the many misplaces responsibility* ». James L. Taulbee, « Mercenaries, Private Armies and Security Companies in Contemporary Policy » (2000) 37 International Politics 433 à la p. 446.

139 La question de l'attribution du statut de combattant ou de civil au personnel des EMSP est une problématique importante qui ne sera toutefois pas abordée dans le cadre de ce travail. Pour plus d'informations à ce sujet, voir notamment Gillard, *supra* note 131 aux pp. 179-190.

140 Tougas, *La prise en compte normative internationale des activités des SMP*, *supra* note 54 aux pp. 141-142. Voir aussi David Shearer, « Mercenary of Military Company? » (1998) 38:316 Adelphi Papers 11 aux pp. 17-18, en ligne : <http://www.informaworld.com/smpp/title~db=all~content=g791834535> (consulté le 30 mars 2011); Gillard, *supra* note 131 aux pp. 220-222.

141 Pour plus de détails, voir Druetz, *supra* note 24 au chapitre 2. Voir aussi Tanner, *supra* note 90.

142 Kinsey soutient que « *mercenaries are only mercenaries when it suits the political agenda of states to define them in this context, and this is reflected in the international treaties*». Kinsey, « International Law », *supra* note 58 à la p. 2.

certaines règles d'engagement internationalement acceptables.[143]

Ceci étant dit, il est toutefois important de mettre en relief le fait que globalement parlant, les EMSP, au même titre que les mercenaires, constituent une nouvelle génération d'acteurs privés qui, comme le soutient Liu, confrontent la conception wébérienne de l'État-nation[144], conception enchâssée dans le DIH.

D. Le DIH, dépassé par les rapides mutations de la société internationale?

Au regard des informations ci-dessus mentionnées, la question se pose à savoir si le DIH est, dans son cadre actuel, dépassé par les rapides mutations de la société internationale. En d'autres termes, l'absence actuelle d'outils internationaux contraignants traitant explicitement des EMSP constitue-t-elle une lacune à laquelle le droit international et, plus particulièrement, le DIH, devrait répondre ? À cet effet, force est de constater la perception répandue à l'effet que des problématiques importantes existent quant à la justiciabilité des EMSP et de leurs employés. Voilà qui fait dire à Cockayne, qui s'est penché de façon extensive sur la question, que « [w]*hile the veracity of any one of these claims individually is not assessed, their volume and intensity point to a critical lack of effective implementation and enforcement of existing regulation* »[145]. Ainsi, à la lumière de la présence accrue d'EMSP sur les théâtres d'opérations militaires, de la précarité des situations dans lesquelles celles-ci sont appelées à œuvrer, ainsi que de la vulnérabilité des populations qu'elles côtoient, l'adoption d'un outil international contraignant s'avérerait, à notre avis, un instrument plus que pertinent, ne serait-ce que pour clarifier le brouillage conceptuel entourant la définition même d'une EMSP, ainsi que le statut de leurs employés. Le Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires travaille d'ailleurs à l'élaboration d'un projet de convention sur les entreprises militaires et de sécurité privées[146], qui a été présenté au Conseil des droits de l'homme en septembre 2010 et dans le cadre duquel la nécessité de mettre au point des mécanismes « pour amener les États, les organisations intergouvernementales et les SMSP à rendre des comptes »[147] est mise de l'avant. Qui plus est, ce même projet de convention souligne, dans son préambule, que malgré l'adoption de codes de conduite, « l'autorégulation des sociétés militaires et de sécurité privées ne suffit pas à assurer le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme par le personnel de ces sociétés »[148] et que « d'importantes lacunes demeurent dans les régimes juridiques internationaux et nationaux applicables aux SMSP »[149]. Voilà donc

---

143 Shaista Shameen, *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. AG NU, 60e sess., Doc. NU A/60/263 (2005) au para. 51, en ligne : ONU <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2F60%2F263&Submit=Recherche&Lang=F> (consulté le 1er avril 2011).

144 Liu, *supra* note 89 à la p. 141.

145 Pour plus de détails sur les critiques énoncées à l'égard de la justiciabilité des EMSP, voir Cockayne, *Beyond Market Forces*, *supra* note 110 aux pp. 18-20.

146 Pour consulter ce projet de convention, voir A/HRC/15/25*, supra* note 110 aux pp. 20-45.

147 *Ibid*. à la p. 21.

148 *Ibid*. aux pp. 21-22.

149 *Ibid*. à la p. 22.

un ensemble d'objectifs que permettraient, selon nous, de servir un tel document.

Ceci étant dit, il est important de mettre en lumière les possibilités offertes par le DIH quant à l'encadrement des EMSP[150]. Malgré le flou juridique qui entoure les activités des EMSP et les difficultés relatives à l'attribution d'un statut juridique à leurs employés[151], « cela ne signifie pas pour autant que les activités de ces compagnies se retrouvent hors du champ d'application de toute norme juridique »[152]. Ainsi, comme le fait remarquer Druetz, « le droit est bien présent, mais il n'est pas appliqué »[153]. En effet, les EMSP ainsi que leurs employés sont tenus de respecter non seulement le droit en vigueur dans l'État dans lequel ils opèrent, mais également le droit de l'État dans lequel elles sont inscrites[154] ainsi que, de manière générale, le DIH ainsi que le droit international des droits de la personne. L'application de telles règles se bute toutefois à de nombreux obstacles politiques, notamment la promulgation de décrets octroyant une immunité aux employés des EMSP (à l'image du *CPA Order 17* mentionné plus tôt[155]), le système judiciaire parfois défaillant des États où ces sociétés opèrent, ainsi que, à l'occasion, une claire absence de volonté politique de poursuivre[156]. Notons également que la corruption n'est pas étrangère à l'impunité dont peuvent parfois jouir les employés des EMSP, ce que relevait d'ailleurs le Congrès américain dans son rapport concernant l'implication de la firme Blackwater en Irak[157]. De son côté, Dickinson soutient qu'à l'heure actuelle, nul besoin n'est de rédiger de nouveaux traités ou conventions : selon cette auteure, il faut plutôt trouver des solutions afin que les normes imbriquées dans les instruments juridiques existants soient réellement mises en œuvre et aient force de loi sur le terrain[158]. Elle s'appuie notamment sur les dispositions de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève*, qui met en place des règles applicables à « chacune des Parties au conflit »[159], ce qui peut donc inclure les EMSP[160]. De façon similaire,

---

150 Voir James Thuo Gathii, *War, Commerce and International Law*, New York, Oxford University Press, 2010 à la p. 223.. Voir aussi Dickinson, *Outsourcing War & Peace*, *supra* note 93 au chapitre 3.

151 Gillard, *supra* note 131 à la p. 179.

152 Delas et Tougas, *supra* note 5 à la p. 54.

153 Druetz, *supra* note 24 à la p. 84.

154 *Ibid*. à la p. 85.

155 *CPA Order Number 17*, *supra* note 14 à la section 4, para. 2.

156 Druetz, *supra* note 24 aux pp. 84-85.

157 Le Congrès rapportait ainsi que

[i]*n a high-profile incident in December 2006, a drunken Blackwater contractor killed the guard of Iraqi Vice President Adil Abd-al-Mahdi. Within 36 hours after the shooting, the State Department had allowed Blackwater to transport the Blackwater contractor out of Iraq. The State Department Charge d'Affaires recommended that Blackwater make a "sizeable payment" and an "apology" to "avoid this whole thing becoming worse." The Charge d'Affaires suggested a $250,000 payment to the guard's family, but the Department's Diplomatic Security Service said this was too much and could cause Iraquis to "try to get killed." In the end, the State Department and Blackwater agreed on a $15,000 payment.*

É.-U., *Memorandum to the Members of the Committee on Oversight and Government Reform : Additional Information about Blackwater USA*, *supra* note 122 à la p. 2.

158 Dickinson, *Outsourcing War & Peace*, *supra* note 93 à la p. 41.

159 *Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève*, au para. 1, en ligne : CICR <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/article-commun-conventions-120849> (consulté le 1er avril 2011).

160 Pour une étude extensive traitant de l'application du DIH aux EMSP, voir Gillard, *supra* note 131. Voir aussi *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *supra* note 126.

malgré les défis auxquels il est également confronté, le développement du droit pénal international offre des avenues intéressantes en ce qu'il est désormais « largement admis que les dirigeants d'entreprises peuvent faire l'objet de poursuites au niveau international pour des crimes au regard du droit pénal international »[161] et ce, en vertu du principe de complicité qui est fermement ancré en droit pénal international[162]. Ces quelques exemples (qui ne se veulent aucunement exhaustifs) démontrent, à l'instar des propos de Gillard, que le droit international est loin d'être dépourvu de moyens pour responsabiliser et poursuivre les EMSP et leurs employés. Suite à une étude exhaustive traitant de l'état actuel du DIH, le Comité international de la Croix-Rouge en venait d'ailleurs à cette conclusion, affirmant que malgré certaines lacunes et faiblesses (notamment au niveau de la mise-en-œuvre et de la réparation aux victimes), le DIH demeurait « un cadre approprié pour régir le comportement des parties aux conflits armés, y compris les conflits armés non-internationaux »[163]. Ceci dit, il reste que la multiplication des initiatives de réglementation volontaires traitant des entreprises et, plus spécifiquement, des EMSP, démontre selon nous une volonté de répondre à un sentiment répandu (qu'il soit avéré ou non) à l'effet que ces entités bénéficient actuellement d'une justiciabilité largement déficiente. Dans le cadre de la dernière section de ce travail, nous nous pencherons donc sur la multiplication de telles initiatives de réglementation volontaires.

III. Réflexions sur l'impact de la prolifération des EMSP sur le DIH

A. Le *Document de Montreux*, reflet d'une époque changeante

Le *Document de Montreux*, que nous avons mentionné dans le cadre de l'introduction de ce travail, constitue le dernier aboutissement international relatif aux EMSP. Adopté en 2008, ce document est l'un des rares instruments qui traite directement de la question des EMSP, tout en recevant l'appui (modeste) d'États tels que les États-Unis et la Grande-Bretagne, deux grands fournisseurs (et utilisateurs) d'EMSP. Ce document est effectivement important en ce qu'il réitère la primauté des droits humains et du DIH en situation de conflit, mais également, comme le souligne Cockayne, parce qu'il

---

161 Nicholas Howen, *Complicité des entreprises et Responsabilité juridique, Volume 1. Affronter les faits et établir une voie juridique*, Commission internationale de juristes, Genève, 2008 à la p. 7, en ligne : ICJ <http://www.icj.org/dwn/img_prd/FR-Volume1-ElecDist.pdf>.

162 Pour plus de détails sur le principe de complicité et la responsabilité pénale des personnes morales, voir notamment Magda Karagiannakis et Andrea Shemberg, *Complicité des entreprises et responsabilité juridique*, vol. 2, Commission internationale de juristes, Genève, 2008, en ligne : ICJ <http://www.icj.org/dwn/img_prd/FR-Volume2-ElecDist.pdf>. Voir aussi Wolfgang Kaleck et Miriam Saage-Maaß, « Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and its Challenges » (2010) 8:3 Journal of International Criminal Justice 699.

163 Entrevue de Jakob Kellenberger (21 septembre 2010), *Le droit de la guerre est-il adapté aux conflits actuels ?*, en ligne : CICR <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/ihl-development-interview-210910.htm> (consulté le 24 janvier 2012).

> *reveals the tension between two international regulatory approaches that are increasingly relevant to conflict and security: a state-backed approach that emphasizes a patchwork of hard law obligations; and an industry-backed approach that encourages cross-jurisdictional regulatory harmonization to reduce transaction costs and help secure industry investments.*[164]

En d'autres termes, il symbolise en quelque sorte l'évolution parallèle de deux corpus juridiques, l'un contraignant, et l'autre relevant de la *soft law*. Le *Document de Montreux* relève ainsi d'une combinaison de normes de droit contraignantes, basées sur la prémisse voulant que l'État détienne le monopole de la violence légitime (partie I du document), et de normes souples qui reflètent une prise en compte, par la communauté internationale, de l'utilisation croissante des EMSP sur les théâtres d'opérations militaires ainsi qu'un constat à l'effet que ces entités non-étatiques ne peuvent être régies sans leur consentement (partie II du document). C'est ainsi que dans le but de favoriser le respect, par l'industrie, des droits humains et du DIH, cette dernière a participé aux négociations entourant l'élaboration du *Document de Montreux*.

De façon similaire, on assiste depuis maintenant quelques années à la multiplication des initiatives de règlementation volontaires internationales en ce qui a trait aux activités des entreprises multinationales. En font foi l'adoption de la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*[165] de l'OIT, des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*[166] et, plus récemment, du pacte mondial des Nations unies[167]. Ce dernier document « invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales dans les domaines suivants des droits de l'Homme, des normes du travail et de l'environnement, et de la lutte contre la corruption »[168]. Comme le fait remarquer Tully, « [c]*orporations were additionally encouraged to acknowledge corporate social responsibility* […] *and constructively counter NGO criticism* »[169]. Gagnant en popularité, la responsabilité sociale des entreprises (ci-après « RSE ») à laquelle Tully fait référence ne fait toutefois pas l'objet, à ce jour, d'une définition consensuelle; pour les besoins de ce travail, nous y ferons toutefois référence en tant que « concept qui désigne

---

164 Cockayne, « Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document » (2008) 13:3 J. Confl. & Sec. L. 401 à la p. 404 [Cockayne, « Regulating Private Military and Security Companies »].

165 *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Conseil d'administration du Bureau international du Travail, 204e sess. (1977), en ligne : OIT <http://training.itcilo.it/ils/foa/library/tridecl/text_fr.htm> (consulté le 1er avril 2011).

166 Ce document est un ensemble de recommandations non contraignantes ayant pour but d'aider les multinationales à respecter les politiques gouvernementales. OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2011, en ligne : OCDE <http://www.oecd.org/document/28/0,3746,fr_2649_34889_4880402_1_1_1_1,00.html> (consulté le 1er avril 2011).

167 *Les dix principes*, en ligne : ONU <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/dix_principes.html> (consulté le 1er avril 2011).

168 *Ibid*.

169 Stephen Tully, *Corporations and International Lawmaking*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007 à la p. 61.

l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »[170]. La RSE se veut donc, en quelque sorte, la réponse à une problématique d'actualité, soit la perception (avérée ou non) de plus en plus répandue quant à la justiciabilité déficiente des multinationales au regard du droit international.

Parallèlement à ces développements normatifs, on observe un clair positionnement de l'industrie en faveur de mécanismes d'auto-régulation (codes de conduite ou codes d'éthique, déclarations, etc.). Ces derniers répondent à des impératifs précis qui, selon les hypothèses, varient entre le besoin de promouvoir une image corporative positive et de gagner la confiance du public (ainsi que des investisseurs et actionnaires potentiels), et le désir d'éviter toute intervention étatique dans les affaires de la compagnie[171]. C'est ainsi que certaines EMSP, dont Armor Group International, Control Risks, et Omega Solutions se sont récemment dotées de codes de bonne conduite[172]. De façon similaire, la International Peace Operations Association (ci-après « IPOA »), qui consiste en une association professionnelle d'EMSP, a produit un code de conduite que les entreprises signataires s'engagent à respecter. Destiné à l'industrie toute entière, celui-ci s'appuie notamment sur les principes centraux du DIH, ainsi que sur le *Document de Montreux*[173]. Plus récemment, en novembre 2010, une cinquantaine d'EMSP se réunissaient à Genève afin d'adopter le *International Code of Conduct for Private Security Service Providers*[174], un document ayant pour objectif central le respect du DIH et des droits humains dans le cadre des conflits armés. Ce faisant, les compagnies signataires affirmaient que « *they have a responsibility to respect the human rights of, and fulfill humanitarian responsibilities towards, all those affected by their business activities* »[175].

La multiplication de ces codes de conduite pose inévitablement la question de leur respect, question hautement discutable. Pour Nevers, le succès de telles initiatives repose à prime abord sur l'utilisation qu'elles font de cinq éléments précis, soit les standards qui y sont énoncés, ainsi que les mécanismes de rapport, de suivi, de sanctions et de récompenses qui y sont prévus[176]. Ce dernier point soulevé par Nevers,

---

170 CE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Bruxelles, Commission européenne, 2011 à la p. 4, en ligne : EC <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/csr/new-csr/act_fr.pdf> .

171 Renée de Nevers, « The Effectiveness of Self-Regulation by the Private Military and Security Industry » (2010) 30:2 Journal of Public Policy 219 aux pp. 222-223.

172 Stéphanie Jung, « Les nouveaux entrepreneurs de guerre : Défis juridiques et implications politiques du recours aux sociétés militaires privées », mémoire de 4e année en Études européennes, Université Robert Schuman – Institut d'Études Politiques, 2006 [non publiée] à la p. 16.

173 *ISOA Code of Conduct*, 12e version (29 février 2009), en ligne : ISOA <http://stability-operations.org/printableversions/Code_of_Conduct_ISOA_v12.pdf> (consulté le 1er avril 2011).

174 *International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, Genève, 9 novembre 2010, en ligne : Confédération Suisse <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/21141.pdf> (consulté le 1er avril 2011).

175 *Ibid*. au para. 4.

176 Nevers, *supra* note 171 à la p. 223.

qui soutient que « [*b*]*oth carrots and sticks are also critical to self-regulation* »,[177] n'est d'ailleurs pas sans rappeler les dispositions prévues au paragraphe 17 du *Document de Montreux*. L'auteur souligne d'ailleurs que les « *industry associations* […] *try to provide "club" benefits to companies participating in self-regulation, and to make the benefits excludable, so that only participating companies complying with standards can gain the carrots to be had* »[178]. Ceci étant dit, après une analyse extensive des codes de conduites mis en place par l'IPOA et sa consœur anglaise la British Association of Private Security Companies, Nevers en vient à la conclusion que l'évaluation même de leur respect est minée en ce qu'aucun de ceux-ci ne prévoit de mécanismes d'évaluation, que ce soit par l'association même ou par toute autre organisation extérieure indépendante[179]. Elle maintient toutefois que l'efficacité de tels mécanismes auto-régulatoires ne doit pas pour autant être rejetée du revers de la main ; leur réussite dépend, selon elle, d'un engagement citoyen prononcé[180]. En l'absence d'un tel engagement, certains auteurs, dont Eric Engle, font toutefois preuve de pessimisme face à de telles initiatives. Ce dernier souligne ainsi que les codes de conduite et plus largement, la RSE « *is usually nothing more than a public relations exercise, at best intended to improve the image of the corporation and at worst to whitewash corporate exploitation and delay the establishment of binding legal norms* »[181]. En somme, sans renier l'utilité potentielle de ces instruments, il reste pour l'instant extrêmement difficile d'en évaluer l'impact concret.

B. Le DIH est-il appelé à se modeler aux exigences d'un marché de la guerre ?

Face à la multiplication des instruments de *soft law* traitant de façon plus ou moins explicite des problématiques engendrées par l'utilisation croissante des EMSP dans les situations de conflits armés, il importe de se questionner sur le rôle qu'est appelé à jouer le DIH dans l'encadrement de ces entités. Voilà pourquoi, à l'heure actuelle, l'on assiste à un branlebas de combat chez les académiciens et juristes qui tentent, par divers moyens, de réconcilier ce droit stato-centré aux réalités des théâtres d'opérations militaires, où les employés des EMSP sont de plus en plus présents. Toutefois, l'adoption récente du *Document de Montreux* laisse prévoir beaucoup plus qu'une simple évolution parallèle de principes de *soft law* et de droit contraignant. En effet, comme nous l'avons mentionné en introduction, certains détails présents dans ce document font directement référence aux mécanismes contractuels qui lient les EMSP aux États, encourageant ces derniers à y intégrer des incitatifs à respecter le DIH. Qui plus est, Magnon-Pujo souligne que cette initiative suisse

> introduit un élément nouveau en inscrivant ses travaux dans le cadre de réflexions [...] qui conçoivent la « gouvernance », les « délibérations

177 *Ibid*.
178 *Ibid*. à la p. 224.
179 *Ibid*. à la p. 235.
180 *Ibid*. à la p. 236.
181 Eric Engle, « Corporate Social Responsibility (CSR): Market-Based Remedies for International Human Rights Violations? » (2004) 40:1 Willamette L. Rev. 103 aux pp. 112-113.

> globales » et les processus de décision « multipartites » comme des modes efficaces et légitimes de régulation. Plus que d'une simple reprise de l'idéologie du marché, cette initiative l'articule donc à une autre logique qui va finir par pointer les limites du passage par le seul marché comme stratégie de régulation[182].

Ainsi, parallèlement à la « privatisation de la guerre », les rapports collectifs sur le respect du DIH suivent une pente privatiste. En invitant l'industrie à siéger à la table des négociations, les médiateurs internationaux ouvrent la voie à une infiltration du droit contractuel dans le droit international public. Au regard des évènements analysés précédemment, comment doit-on interpréter cette situation? Le DIH est-il appelé à se modeler progressivement aux exigences d'un marché de la guerre?

S'il est impossible de répondre à une telle question de façon catégorique, il reste qu'il nous semble juste de postuler que face à l'externalisation croissante des fonctions militaires, le DIH n'offre pas, à l'heure actuelle, de réponse juridique qui soit entièrement satisfaisante[183]. D'où la multiplication des initiatives de règlementation volontaires, qui rivalisent de souplesse (ou de laxisme) avec le DIH. Ces développements, eux, correspondent pourtant bel et bien à la diffusion d'une logique néolibérale, voulant qu'à travers l'auto-régulation, les mécanismes de l'offre et de la demande se chargent d'éliminer progressivement toute EMSP possédant un mauvais historique de respect du droit international. Un document publié par la feu Sandline International arguait ainsi qu'une EMSP impliquée dans des violations de droits humains « *would find that its future potential client base would seriously diminish and the chances of the company's corporate survival would melt away* »[184]. Il semble toutefois qu'une telle observation ne tienne pas toujours la route face aux aléas de la réalité. C'est ainsi que, à titre d'exemple, malgré l'implication marquée de *Dyncorp* dans le scandale du trafic sexuel en Bosnie, le Pentagone lui attribuait, quelques années plus tard, le mandat de former les forces policières iraquiennes. Voilà qui fait dire à Roseman que « *the absolution of responsibility causes the absence of institutional memory* »[185]. Le risque est donc ici que les valeurs fondamentales imbriquées dans le DIH se voient graduellement attribuer (par les EMSP ou leurs employés) une valeur tributaire de considérations monétaires ou contractuelles. De plus, comme le note Tully, « [*i*]*t may be feared that the proliferation of "soft" legal sources* […] *and compliance reviews substituting for*

---

182 Magnon-Pujo, *supra* note 9 à la p. 142.

183 En 2010, suite à une étude de deux ans sur l'état actuel du DIH, le président du CICR, Jakob Kellenberger, affirmait que cette étude avait montré que le DIH dans son état actuel, en particulier dans les situations de conflits armés non internationaux, n'offrait pas toujours de réponses juridiques satisfaisantes aux besoins humanitaires observés sur le terrain. Plus précisément, nous sommes parvenus à la conclusion que de nouvelles réponses doivent être élaborées en vertu du droit international humanitaire [...] pour mieux appliquer le droit international humanitaire et faire réparation à ceux qui subissent les effets des violations. Kellenberger, *supra* note 163.

184 Sandline International, *Private Military Companies – Independent or Regulated?*, 1998 à la p. 2, en ligne : Private Military <http://www.privatemilitary.org/publications/Sandline-PMCsIndependentor Regulated.pdf> (consulté le 13 avril 2011).

185 Nils Rosemann, « The Privatization of Human Rights Violations – Business' Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq » (2005) 5:1 Non-State Act. & Int'l L. 77 à la p. 82.

enforcement mechanisms may lead to a gradual weakening of international law »[186].

Pour certains auteurs, tel Dickinson, il semble toutefois que là ne soit pas la question. Selon elle, il faut plutôt voir la privatisation comme une tendance inéluctable avec laquelle il faut désormais jongler :

> *Resisting privatization in the foreign affairs context is probably no longer an option. Indeed, if anything the scope and pace of privatization in the international arena is increasing. Moreover, it will not be sufficient merely to tweak existing international law treaties or doctrines (or even invent new ones) in order to bring private contractors within the ambit of formal international law.*[187]

Suivant cette logique, le développement d'outils contractuels visant à faire respecter le DIH et les droits humains dans le cadre de conflits armés est une solution non seulement envisageable, mais potentiellement efficace. En incluant les normes et valeurs diffusées par le DIH et les droits humains dans les contrats, l'on favoriserait, toujours selon Dickinson, la justiciabilité de ces droits puisque ces derniers seraient plus aisément à la portée des juridictions locales et des organes d'arbitrage privés[188]. Ce faisant, cette auteure se penche de façon extensive sur un champ jusqu'alors relativement peu abordé par la littérature académique, soit la possible imbrication de normes de droit international public à l'intérieur même de l'outil privé par excellence, soit le contrat. À ce titre, elle souligne que loin d'être irréelle, une telle pratique est déjà chose courante en droit interne où, à titre d'exemple, les contrats liant les gouvernements aux entités privées en charge de la gestion de prisons nationales contiennent des clauses types spécifiant l'application, à l'intérieur de ces bâtiments, de standards constitutionnels et fédéraux[189]. De la même façon, ces contrats contiennent une clause « standard » exigeant que la compagnie fournisse la preuve que son personnel a reçu une formation comparable à celle des employés de l'État[190]. Or, qu'en est-il des contrats qui lient les EMSP aux États ? Dans le cadre de son analyse, Dickinson a épluché un total de soixante de ces contrats pour conclure qu'aucun ne contenait de clauses traitant du respect, par les employés des EMSP, des droits humains ou du DIH, ou bien à fournir une preuve comme quoi le personnel contractant avait reçu une formation pré-départ adéquate[191]. C'est notamment le cas du contrat liant CACI Inc. au gouvernement américain, qui se contente d'énumérer les tâches à accomplir (« *debriefing of personnel, intelligence report writing, and screening/interrogation of detainees at established holding areas* »[192]) sans pour

---

186 Tully, *supra* note 169 à la p. 341.

187 Laura A. Dickinson, « Public Law Values in a Privatized World » (2006) 31:2 Yale J. Int'l L. 383 à la p. 422 [Dickinson, « Public Law Values »].

188 *Ibid*. à la p. 388.

189 *Ibid*. à la p. 403.

190 *Ibid*. à la p. 404.

191 Dickinson, *Outsourcing War & Peace*, *supra* note 93 à la p. 79. Pour plus d'informations à ce sujet, voir également les analyses proposées par le International Consortium of Investigative Journalists : Center for Public Integrity, *Windfalls of war*, en ligne : ICIJ <http://www.icij.org/project/windfalls-war> (consulté le 16 juin 2012).

192 *Agreement Between the Department of the Interior and CACI Premier Technology Inc.*, No. NBCHA010005, 2000, Work Order no. 000071/0001, tel que cité dans Dickinson, « Public Law Values », *supra* note 187 à la p. 404.

autant exiger que ces dernières soient accomplies en concordance avec les droits et obligations énumérés aux différentes conventions internationales[193]. Si de telles lacunes relèvent certes de plusieurs facteurs, il semble, à prime abord, que la culture de l'armée « *does not sufficiently value or recognize the importance of contracting, contract management, and contractors in expeditionary operations. Without the necessary contracting leadership, the necessary change cannot be achieved* »[194]. Certes, des mesures ont été prises par le gouvernement américain afin d'améliorer le piètre rendement des contrats en matières de respect des droits fondamentaux. Toutefois, à ce jour, les possibilités offertes par de tels instruments juridiques demeurent peu utilisées.

À ce constat s'ajoutent toutefois de nombreux obstacles et questions entourant l'utilisation des contrats en tant qu'outils de diffusion et de respect des normes publiques. De prime abord, malgré l'enthousiasme de Dickinson quant aux avantages offerts par l'outil contractuel, il reste que les normes de droit international public (et donc du DIH) sont clairement applicables dans les États parties aux traités dans lesquels elles sont énoncées et n'ont, en ce sens, aucunement besoin d'être transcrites à l'intérieur d'un contrat afin de faire valoir leur caractère obligatoire. En d'autres termes, la transcription de normes de droit international public à l'intérieur d'un contrat ne peut avoir pour effet de rendre celles-ci « plus » justiciables. Au contraire, il ne s'agit que d'un pur exercice clérical, qui n'a pour effet que de traduire en langage corporatif des normes fondamentales de droit international et qui, à terme, peut donner la fausse impression que l'entreprise partie au contrat n'est soumise qu'à un nombre restreint (préalablement choisi) d'obligations internationales relativement aux droits humains et/ou au DIH. La tentative de relier le corpus de DIH à des normes contractuelles emprunte le chemin glissant sur lequel nous conduit l'article 17 du *Document de Montreux*. En effet, ce dernier vient tirer un lien direct entre les clauses contractuelles relatives au salaire d'un employé d'une EMSP et le respect, par ce dernier, des droits humains et du DIH, venant ainsi fausser la nature foncièrement fondamentale de ces droits, dont le respect ne peut et ne doit être soumis à aucune considération pécuniaire.

L'analyse de Dickinson comporte de plus un angle mort important, en ce sens que les relations de force et de pouvoir sont peu mises de l'avant à l'intérieur de son argumentaire, centré principalement sur les États-Unis. Pourtant, en tant qu'outil juridique, le contrat est loin d'être immunisé face à une telle réalité, particulièrement lorsque l'une des parties au contrat est une entreprise qui génère des revenus substantiels. Comme le fait remarquer Deborah Avant :

> *Strong states that are coherent, capable, and legitimate to begin with are best able to manage the risks of privatization and harness the PSCs to produce new public goods* […]. *Weak states with ineffective and corrupt forces potentially have the most to gain (or the least to lose) from*

[193] Dickinson, « Public Law Values », *supra* note 187 à la p. 405.

[194] É.-U., Commission on Army Acquisition and Program Management in Expeditionary Operations, *Urgent Reform Required : Army Expeditionary Contracting*, 2007 à la p. 9, en ligne : U.S. Army <http://www.army.mil/docs/Gansler_Commission_Report_Final_071031.pdf> (consulté 13 avril 2011).

> *privatization, but also are the least able to manage private forces for the public good – efforts to harness the private sector for state building in weak states are often desperate gambles.*[195]

Qui plus est, l'aura de secret et de confidentialité entourant les contrats (qui sont octroyés non pas par appels d'offre, mais bien sur une base discrétionnaire) se doit d'être mentionnée[196]. À ce titre, l'*Accord sur les marchés publics*[197] de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC »), auxquels sont notamment parties les États-Unis et le Canada, trouve tout son intérêt[198]. Basé sur des principes tels que l'ouverture, la transparence et la non-discrimination, cet outil juridique est le seul accord contraignant de l'OMC portant sur les marchés publics[199]. Or, dans son travail portant sur le sujet, Kinsey met en évidence une opacification marquée du processus d'attribution des contrats par le gouvernement américain et ce, depuis le début des années quatre-vingt-dix[200]. Elle explique ainsi que

> [t]*o justify these reforms, supporters have argued that although transparency may have been somewhat sacrificed, beneficial trade-offs have resulted. In exchange for the transparency, contractors are more efficient and can be more profitable, thus stimulating the U.S. economy.*[201]

C'est ainsi, sous couvert de motifs sécuritaires[202] ou de secret commercial[203], que la grande majorité des contrats ayant été conclus entre le gouvernement américain et les EMSP œuvrant en Irak sont hors de portée pour le grand public, qui ne peut les consulter[204]. De façon similaire, Dickinson relève qu'un tel manque de transparence est aggravé du fait des nombreux conflits d'intérêts relevés dans le domaine[205]. À cet effet, elle cite un rapport du Center for Public Integrity, lequel mentionne que

> [*n*]*early 60 percent of the companies had employees or board members who either served in or had close ties to the executive branch for Republican and Democratic administrations, for members of Congress of both parties, or at the highest levels of the military.*[206]

---

195 Avant, *supra* note 115 à la p. 7.

196 Dickinson, « Public Law Values », *supra* note 187 à la p. 402.

197 *Accord sur les marchés publics*, 15 avril 1994, 1915 R.T.N.U. 150 (entrée en vigueur : 1er janvier 1996) [*AMP*].

198 Le premier *Accord sur les marchés publics* est entré en vigueur en 1981, avant d'être modifié en 1987 puis en 1994. Figurant à l'annexe 4 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, l'*AMP* ne s'applique qu'aux parties contractantes. Ceci étant dit, l'article 1 de l'*AMP* de 1994 spécifie que « [l]e présent accord s'applique aux marchés passés par tout moyen contractuel ». *Ibid.*, art. 1(2).

199 *Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP)*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/ gproc_f/gp_gpa_f.htm> (consulté le 12 avril 2011).

200 Megan A. Kinsey, « Transparency in Government Procurement: An International Consensus? » (2004) 34:1 Pub. Cont. L.J. 155 à la p. 161.

201 *Ibid*.

202 5 U.S.C. § 552 (b)(c)(1) (2000).

203 *Ibid*., § 552 (b)(c)(4).

204 Dickinson, « Public Law Values », *supra* note 187 à la p. 402.

205 *Ibid*.

206 Maud Beelman et al., « Winning Contractors : U.S. Contractors Reap the Windfalls of Post-war Reconstruction », *Center for Public Integrity* (30 octobre 2003), en ligne : CPI <http://www.iwatchnews.org/2003/10/30/5628/winning-contractors> (consulté le 12 avril 2011).

En somme, voilà qui questionne non seulement les bénéfices de l'utilisation de mécanismes contractuels dans l'encadrement des EMSP, mais également les conséquences potentielles d'une telle façon de faire sur l'évolution future du droit international public et des normes qu'il promeut.

***

Au final, la place importante qu'occupe la question des EMSP dans la littérature dénote non seulement la prise en compte de l'utilisation accrue de ces dernières sur les théâtres d'opérations militaires, mais également un questionnement quant aux modalités de l'encadrement juridique de ces acteurs. Comme le note Avant,

> [*w*]*hy should we worry – or even care – about this market? The answer is simple, private security may affect how and whether people can control violence. The effort to contain violence within collective structures – rules, laws, norms, and institutions – has been an ongoing struggle throughout human history.*[207]

En ce sens, il n'est pas étonnant que ce sujet suscite de multiples débats, et ce autant au niveau juridique que politique ou moral.

Dans le cadre de ce travail, nous avons tenté de positionner cette problématique dans un cadre historique plus large, non seulement afin de souligner la présence intermittente d'acteurs privés au sein des conflits armés, mais également afin de mettre en lumière les fluctuations de la réponse étatique face à cette présence. Ce faisant, force est de constater que le DIH, construit autour du postulat du monopole souverain de la violence légitime, fait face à des défis importants lorsque vient le temps de traiter la problématique des EMSP et du respect, par ces dernières, du droit international. Pour ce qui est du *Document de Montreux*, il sera intéressant de voir, au cours des prochaines années, l'utilisation que les États et l'industrie en feront, notamment en ce qui a trait au respect des droits humains et du DIH. Une analyse des négociations ayant précédé l'adoption du document laisse toutefois planer certains doutes à cet effet. Cockayne met ainsi en lumière la dilution massive dont a été victime le document au niveau du langage des droits humains, qui s'est vu, au fil des versions préliminaires, relégué graduellement à l'arrière-plan. En effet, cet auteur note que les versions préliminaires du *Document de Montreux* comportaient la présence d'un langage des droits humains beaucoup plus fort. Toutefois, au regard de l'opposition d'États tels que le Canada, la Grande-Bretagne, l'Australie et les États-Unis, cette présence a été passablement réduite[208]. L'auteur rapporte notamment que

> *the 15 September 2008 version turned out to contain a number of further linguistic changes designed to again underscore the merely hortatory nature of much of the Document, and rolling back the human rights perspective in the text even further. The term 'should' was removed almost completely from the document. Passages were introduced at the beginning of each section of the document emphasizing its non-binding nature. And*

---

[207] Avant, *supra* note 115 à la p. 3.

[208] Cockayne, « Regulating Private Military and Security Companies », *supra* note 164 aux pp. 421-423.

> *repeated caveats were introduced on the extent of states' treaty and customary obligations ('within their power', 'as widely as possible', 'effective' [control], 'specific circumstances') in order 'to make clear that States are not obliged to do what they are unable to do'. Other changes introduced at this point had an even more significant impact. The words 'to prevent' were deleted from a statement of home states' obligation to 'take measures [to prevent and] suppress violations of [IHL] committed by the personnel of PMSCs through' effective administration and regulation. Similarly, part one, paragraph 18, which addresses the obligations of all states, was revised to remove language indicating an obligation to 'exert their influence, to the degree possible, to prevent and end violations, either individually or through multilateral mechanisms, in accordance with international law'.*[209]

De la même façon, l'ouverture ambigüe du paragraphe 7, qui stipule que

> [b]ien que, en soi, le fait de nouer des relations contractuelles avec des EMSP n'engage pas la responsabilité des États contractants, ces derniers sont responsables des violations du droit international humanitaire, des droits de l'homme ou d'autres règles de droit international commises par les EMSP ou par les membres de leur personnel lorsque ces violations sont imputables à l'État contractant conformément au droit international coutumier [nos soulignements].[210]

n'est certainement pas, comme l'affirme Cockayne, fortuite[211]. Ceci étant dit, outre les questions juridiques que pose l'existence des EMSP, un ensemble de considérations morales et éthiques doivent être soulevées à leur sujet. En effet, tout semble laisser croire que l'industrie privée de la guerre, celle-là même qui fut invitée à la table des négociations du *Document de Montreux*, dispose d'une marge de manœuvre relativement confortable parmi le cercle des États. Plus encore, l'idéologie marchande qui sous-tend ces mêmes entités semble vouloir se diffuser au travers d'un droit international qui se veut pourtant public, ce qui appelle, à notre avis, à une sérieuse remise en question. Ainsi, face à un tel constat, il apparaît évident que la question à la base de ce travail (« à quoi sert le droit international ») se doit d'être examinée en convergence avec une seconde question, tout aussi pertinente, soit « à qui sert le droit international ». Qui plus est, au regard des pages précédentes, une dernière question mérite, selon nous, une considération toute particulière. Face à la participation de l'industrie privée aux négociations entourant le respect du droit international, assisterons-nous à une marchandisation de la règlementation des ESMP? En somme, la privatisation a-t-elle une limite, et si oui, quelle est-elle?

---

209 *Ibid.* aux pp. 423-424.

210 *Document de Montreux*, *supra* note 3, art. 7.

211 Cockayne, « Regulating Private Military and Security Companies », *supra* note 164 aux pp. 423-424.