L'attaque sur l'hôpital MSF à Kunduz : Quelles voies réalistes pour une justice effective ?

Droit international humanitaire (DIH)

Jelena Aparac

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1785>

DOI : 10.4000/revdh.1785

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Jelena Aparac, « L'attaque sur l'hôpital MSF à Kunduz : Quelles voies réalistes pour une justice effective ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 février 2016, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1785> ; DOI : 10.4000/revdh.1785

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

L'attaque sur l'hôpital MSF à Kunduz : Quelles voies réalistes pour une justice effective ?

Droit international humanitaire (DIH)

Jelena Aparac

- 1 Le 3 octobre 2015 entre 2 heures et 3 heures du matin, l'hôpital des Médecins Sans Frontières (MSF) à Kunduz, Afghanistan a été l'objet d'attaques aériennes. Selon MSF, l'hôpital a été bombardé avec précision et à plusieurs reprises, alors que les bâtiments voisins n'ont pas été touchés¹. Au moment de l'attaque, il y avait 105 patients à l'hôpital et 140 employés de MSF (internationaux et nationaux)². Selon MSF, il n'y avait aucun combattant présent dans l'hôpital³. Rapidement, un avion américain AC-130 a été identifié comme étant à l'origine de cette attaque⁴.
- 2 L'attaque a suscité de vives réactions dans l'opinion publique de par le monde. Elle pose aussi des questions juridiques importantes. La mobilisation, initiée et relayée par MSF, est venue rappeler opportunément le principe selon lequel le droit des conflits armés est applicable même aux nouvelles formes de guerre. Ainsi que le souligne la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits (CIHEF), dans une affirmation reprise par l'appel de MSF : « même la guerre a des règles »⁵. Et ceci, quelle que soit la nature de la guerre⁶ !
- 3 Ceci acquis, il reste à savoir quels éléments du droit trouvent à s'appliquer, et selon quelles modalités. La réponse de MSF à cette double question est connue. Elle repose dans le recours à la Commission d'établissement des faits. Ce choix d'une institution et d'une voie de droit qui n'a jamais fonctionné peut surprendre de prime abord. On peut en effet se demander si, en cherchant à créer un précédent dans un rapport de force défavorable, MSF ne néglige pas des moyens qui auraient de plus grandes chances de prospérer ; autrement dit, si elle ne sacrifie pas à la posture les chances d'une justice effective.
- 4 En droit, et rien qu'en droit, on peut considérer que l'activation de la Commission d'établissement des faits par MSF était quelque peu risquée (1°), et que le recours à ladite Commission ne permet de répondre que partiellement au besoin de justice (2°).

1°/- Une activation de la Commission d'établissement des faits juridiquement risquée

- 5 Risquée, ce choix de recourir à la Commission d'établissement des faits l'était, et l'est pour l'avenir, parce qu'aucun des critères de compétence de cette Commission ne paraît présent, que ces critères tiennent aux parties en conflit (A), à la qualification même du conflit (B), au droit applicable (C) ou encore à la reconnaissance d'un crime de guerre (D).

A - Des parties au conflit en Afghanistan

- 6 La question des parties au conflit est la question centrale, parce que la réponse détermine, non seulement la nature du conflit – et donc le droit applicable – mais aussi la compétence de la Commission d'établissement des faits.
- 7 Le conflit en Afghanistan, qui dure depuis 30 ans, a changé de nature à plusieurs reprises, entre les différentes invasions, les guerres civiles inter-ethniques et la « lutte contre le terrorisme ».
- 8 Le pays a aussi connu une forte présence militaire ces dernières années⁷. Il importe cependant de rappeler que, en application de la stratégie de sortie qu'elle a décidé, l'OTAN a progressivement réduit sa présence militaire et transféré la responsabilité de la sécurité aux forces afghanes à la fin de l'année 2014⁸. Depuis janvier 2015, l'OTAN n'assume donc plus qu'une opération *Resolute Support*, qui est une mission non offensive, impliquant uniquement la formation et le conseil aux forces afghanes⁹. Ainsi, contrairement aux premières réactions rapportées dans la presse, l'OTAN n'a pas utilisé de force militaire propre dans l'attaque de Kunduz.
- 9 Le rôle des Etats Unis est pour sa part très complexe à évaluer. En effet, ce pays occupe une double position dans le conflit en Afghanistan. D'une part, il assure le commandement des forces de l'OTAN et, de ce point de vue, n'est pas impliqué dans les combats, sauf en cas de légitime défense. D'autre part, les forces américaines apportent leur soutien au gouvernement afghan dans son combat contre le terrorisme, et sont amenées dans ce cadre à user de la force militaire en appui de ce gouvernement. C'est ainsi que les Etats-Unis ont signé avec lui, comme à leur habitude, un accord qui précise le cadre juridique du recours à la force américaine sur le territoire de l'Afghanistan. Ce texte prévoit aussi l'immunité totale des soldats américains, que ce soit à l'égard des juridictions afghanes ou à l'égard des instances internationales. On y reviendra.

B - La qualification du conflit en Afghanistan

- 10 La qualification du conflit armé est, comme cela est toujours le cas, une tâche sensible diplomatiquement et complexe juridiquement. La raison principale en est qu'aucune disposition du droit international humanitaire (DIH) ne désigne l'autorité habilitée à qualifier une situation donnée. Cette lacune s'explique par le fait qu'au moment de l'élaboration des normes relatives aux conflits armés, la guerre était perçue comme un affrontement entre deux ou plusieurs Etats¹⁰. Depuis lors, sont apparues et se sont multipliées les guerres civiles (conflits armés non internationaux ou CANI). Pourtant, le DIH ne dit toujours rien sur la qualification des conflits, ce qui constitue l'un de ses points

faibles importants. Certes le CICR, en tant que gardien du DIH, peut qualifier le conflit de CANI. Mais les effets d'une telle entreprise demeurent limités. D'abord parce que, eu égard à la sa sensibilité politique et diplomatique du sujet, cette qualification restera souvent confidentielle, pour permettre au CICR d'avoir la confiance des parties au conflit et de pouvoir conduire des négociations avec elles. Ensuite parce que, à supposer même que le CICR rende publique sa qualification, celle-ci n'a, pour les parties au conflit, aucune portée juridique contraignante. Seule la décision d'un tribunal indépendant ou une résolution du Conseil de sécurité peut être revêtue de cette force contraignante. En leur absence, tous les indices sont pertinents pour qualifier le conflit.

- 11 Pour en revenir à la situation en Afghanistan, il ne fait d'abord pas de doute que l'on se trouve face à un conflit armé. Avec l'appui des forces américaines, et notamment les forces spéciales, qui sont parmi les meilleures du monde, le gouvernement afghan combat un groupe armé animé d'une idéologie terroriste. Ce combat a acquis une intensité telle ces dernières semaines qu'il est difficile de voir dans cette situation autre chose qu'un conflit armé.
- 12 Il peut être aussi considéré comme acquis que ce conflit armé est non international. En effet, il ne s'agit pas de combat entre des Etats, mais plutôt du gouvernement d'un Etat souverain s'opposant à un groupe armé non étatique¹¹ sur son territoire. Ce conflit est donc un conflit armé à caractère non international, une guerre civile. Le fait que les Etats Unis interviennent en appui du gouvernement n'internationalise pas le conflit¹².
- 13 Parce qu'il s'agit d'un conflit armé non international, peu de règles trouvent à s'appliquer.

C - Le droit applicable

- 14 Le DIH contient des règles de droit différentes selon qu'il s'agit d'une guerre entre Etats ou d'une guerre civile. S'agissant de guerre civile, les Conventions de Genève ne s'appliquent pas, à l'exception unique de l'article 3 commun¹³. Le Protocole additionnel n° 1 ne s'applique pas davantage¹⁴.
- 15 Cette précision est importante, notamment en raison du fait que l'article 90 du Protocole additionnel I invoqué pour faire appel à la commission d'établissement des faits est limité dans son application. A cela s'ajoute d'ailleurs le fait que le crime de guerre allégué par MSF, toujours dans la perspective d'une saisine de cette Commission, ne peut pas être défini par rapport aux violations des Conventions de Genève, puisque celles-ci ne sont pas applicables.
- 16 Ainsi, du fait du caractère non international du conflit en Afghanistan, seul l'article 3 commun aux Conventions de Genève est applicable à l'attaque de Kunduz, ainsi que le droit international humanitaire coutumier (DIHC).

D - La qualification de l'attaque : crime de guerre ?

- 17 Les éléments qui précèdent suffisent en principe à établir l'absence de compétence de la Commission d'établissement des faits, le mandat de celle-ci ne s'étendant pas aux conflits armés non internationaux. Mais pour MSF, l'argument principal pour déclencher la compétence de cette Commission était que l'attaque de Kunduz constituerait un crime de guerre. Il faut donc évaluer cet argument.

- 18 Ce n'est certes pas la première fois qu'il est reproché aux Etats-Unis d'avoir commis des violations du droit international humanitaire en Afghanistan¹⁵. Mais quels sont les critères de ce crime, et sont-ils réunis en l'espèce ?
- 19 La conception du crime de guerre a évolué ces dernières années. Les tribunaux notamment ont reconnu que ce crime pouvait se produire non seulement dans les conflits interétatiques, mais aussi dans les conflits internes¹⁶.
- 20 Comme tout crime international, le crime de guerre comporte deux éléments nécessaires : un comportement et élément psychologique. Le comportement existe lorsqu'il y a une attaque sur une personne ou un objet protégé, présentant une *gravité particulière*. En l'espèce, l'hôpital de Kunduz étant un objet protégé, et ayant un caractère civil, la condition de gravité est remplie. En outre, l'hôpital abritait des personnes protégées : les blessés et malades, le personnel médical et des personnes civiles. Quant à l'élément psychologique de l'infraction, il est constitué lorsqu'il y a *volonté d'attaquer* l'objet protégé. Etant donné que les forces spéciales américaines ont obtenu des coordonnées GPS exactes de l'hôpital et qu'ils ont continué de bombarder, et ceci malgré plusieurs appels de MSF leur demandant d'arrêter, tout laisse à penser que l'attaque avait pu avoir un caractère délibéré. Mais il se peut qu'il s'agisse d'une erreur liée à la chaîne de commandement ou au mauvais travail des services de renseignement. Dans ce cas-là, il ne peut s'agir que de négligence, et le crime de guerre ne peut être avéré, faute de preuve au-delà de doute raisonnable.
- 21 Reste que tous les crimes commis lors des conflits armés ne sont pas des crimes de guerre. Il doit en outre y avoir un lien évident entre le crime et le conflit armé non international. Ainsi, par exemple, il suffit que le crime se soit produit lors des combats¹⁷. Pour qu'il y ait crime de guerre en violation de l'article 3, il faut ainsi vérifier l'existence du conflit armé non international et établir un lien (*nexus*) entre lui et le crime¹⁸. Or, en l'espèce, il peut être affirmé que l'attaque sur l'hôpital s'inscrivait dans le cadre du conflit armé, notamment entre des forces armées américaine et afghanes d'un côté et des forces des Taliban, groupe armé organisé, de l'autre. Le *nexus* entre le conflit armé et le crime soulève naturellement l'applicabilité de l'article 3 commun qui garantit la protection des personnes civiles.
- 22 Dans cette perspective, celle de l'applicabilité *ratione personae* de l'article 3 commun, la victime du crime doit relever de l'une des catégories de civils protégés par cet article. Concrètement, cela inclut le personnel religieux et médical, ainsi que toute personne civile qui ne participe pas ou plus aux combats. Toutefois, si l'article 3 commun couvre des *personnes* protégées, il exclut de son champ d'application des *objets* civils tels que les hôpitaux. Ce sont uniquement des lois et coutumes de la guerre qui couvrent la protection de ces objets civils. En l'occurrence, l'attaque de l'hôpital de Kunduz peut donc être qualifiée de crime de guerre au titre de ces lois et coutumes de la guerre, et non des Conventions de Genève (comme cela est invoqué par MSF et les médias). Seul le personnel médical, ainsi que les blessés et malades sont en effet couverts par l'article 3 commun dans la qualification du crime de guerre¹⁹.

*

2°/- Un recours à la Commission d'établissement des faits qui ne permet de répondre que partiellement au besoin de justice

- 23 Dans l'attaque de Kunduz, il convient de distinguer deux catégories de victimes : d'une part, les personnes qui ont subi l'attaque directement, c'est-à-dire les blessés, le personnel médical et les ayant-droits et, d'autre part, MSF en tant que personne morale de droit privé protégée à titre d'organisation humanitaire impartiale et neutre. Les intérêts de ces différentes victimes convergent pour partie, lorsqu'il s'agit de faire cesser les attaques et de garantir leur non répétition. La vraie question est de ce point de vue de savoir quelle action en justice est la mieux appropriée, et pour obtenir quelle satisfaction.
- 24 Mais ces intérêts peuvent également diverger. Ainsi, les familles des victimes peuvent avoir un intérêt à se voir reconnaître le statut de victime et à obtenir réparation du préjudice subi, en la perte de personnes proches, tandis que l'intérêt de MSF sera de mettre la lumière sur ce type d'attaque dans le but simplement de rappeler aux parties au conflit le droit existant et les conséquences éventuelles de sa violation. Or, la compétence de la Commission ne permet pas de répondre à l'ensemble de ces intérêts (A), et peut-être faut-il regarder aussi vers d'autres institutions et procédures internationales, telle la Cour pénale internationale (B) ou encore les juridictions américaines (C).

A - La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits (CIHEF)

- 25 La Commission est établie par le Protocole additionnel 1 aux quatre Conventions de Genève. Or, cet instrument ne lie pas les Etats Unis car ils ne l'ont pas ratifié. Parmi les raisons invoquées pour ne pas ratifier, il y a précisément le fait que le Protocole met en place cette Commission. Ceci ne surprend guère puisque les Etats-Unis se sont toujours refusés à soumettre leurs citoyens et leurs militaires à une juridiction autre qu'américaine²⁰. Dans ces conditions, pour que le travail de la Commission puisse prospérer, il est impératif d'obtenir l'accord exprès des Etats-Unis, ce qui est loin d'être acquis.
- 26 A cela s'ajoute le fait que si la Commission s'est, dans son communiqué de presse en date du 14 octobre 2015, déclarée compétente, cette compétence est toute relative. En effet, cette prise de position signifie que la Commission se reconnaîtrait le pouvoir d'enquêter dans le cadre du conflit armé non international (guerre civile) qu'est le conflit afghan. Un tel pouvoir n'est pas expressément prévu par l'article 90²¹. En conséquence, on ne peut interpréter le communiqué du 14 octobre autrement que comme la décision de la Commission de se mettre au service des parties aux conflits. Rien de plus. Il y a là d'ailleurs un enjeu important pour la Commission elle-même. La plupart des conflits armés actuels étant des conflits internes, se reconnaître compétente est une manière pour elle d'élargir ses perspectives d'interventions, lesquelles, faut-il le rappeler, étaient jusqu'à présent cantonnées à l'hypothèse de conflits entre Etats.
- 27 Il convient d'ailleurs de souligner que le pouvoir d'enquête n'est pas automatique, inhérent à l'office de la Commission. Pour qu'elle puisse enquêter sur le bombardement de Kunduz, il faudra un accord de toutes les parties au conflit, ainsi que l'exige l'article 90.

On retrouve ici un des enjeux de l'identification des parties au conflit. S'agissant d'un conflit interne, cela signifie en pratique que l'accord des Talibans est nécessaire (en théorie du moins) pour que la Commission puisse enquêter. Or, et c'est une évidence, une telle perspective est politiquement inacceptable pour les Etats Unis, sans compter qu'elle peut aussi heurter MSF et certaines victimes individuelles.

- 28 Dans cette affaire, force est aussi de constater qu'en espérant de l'activation de la Commission que justice soit rendue aux victimes, MSF a surestimé les prérogatives de ladite Commission, en confondant par la même occasion enquête (moyen de contrôle de mise en œuvre du DIH) et procès (moyen de répression de la violation du DIH). La Commission n'a que la compétence d'enquêter, et encore, sous les réserves mentionnées plus haut. Elle n'a pas celle de juger. C'est dire que si les victimes entendent que justice leur soit rendue et que réparation soit faite, il leur faudra engager un procès devant un tribunal, qu'il soit national ou international.
- 29 Et ceci sans compter que le rapport de la Commission est confidentiel, et qu'il ne pourra être remis qu'aux *parties au conflit*, les mêmes qui ont accepté l'enquête de la Commission. Ce qui signifie, non seulement que même MSF ne pourra pas y avoir accès, mais également que le constat, qu'exige MSF, d'un éventuel crime commis par les forces américaine ne serait même pas public.
- 30 Plutôt que la voie ainsi empruntée, peut-être eut-il été plus judicieux de saisir le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies²². Outre que cette institution a une solide expérience dans le domaine du contrôle de la mise en œuvre du DIH et des missions d'enquête sur les violations des droits de l'homme dans les conflits armés²³, ses rapports sont publics. Cela aurait permis d'atteindre au moins un des objectifs poursuivis par MSF, à savoir exposer devant l'opinion publique internationale le constat que les Etats-Unis violent délibérément le DIH, et condamner publiquement l'attaque de Kunduz. Il n'est d'ailleurs pas trop tard pour engager une telle action.

B - Cour pénale internationale

- 31 Une autre voie possible d'action est l'enclenchement d'une enquête par la Cour pénale internationale. Il faut rappeler, en effet, que l'Afghanistan est partie au Statut de Rome depuis le 10 février 2003, date de la ratification dudit Statut. De sorte que cette juridiction est compétente à l'égard des crimes visés par le Statut *commis sur le territoire afghan* ou par des ressortissants de ce pays à compter du 1er mai 2003²⁴.
- 32 Reste qu'une action devant la CPI connaîtra des limites importantes. Car s'il est vrai, en principe, que la Cour est compétente pour les crimes commis sur ce territoire quel que soit leur auteur (ce qui inclut les membres de l'armée américaine), des obstacles ont été mis en place par les Etats-Unis. Fidèles à leur politique, ils ont en effet signé le 30 septembre 2014 un accord avec le gouvernement afghan qui accorde toute immunité au personnel américain au plan national (immunité vis-à-vis tant de la justice civile que de la justice militaire), mais aussi qui protège ce personnel contre le transfert vers les tribunaux internationaux ou ceux d'autres Etats.

C - Action devant les tribunaux américains

- 33 Pourquoi ne pas d'ores et déjà tirer les conséquences de ces blocages, et recourir sans plus tarder à d'autres moyens, plus efficaces dans l'optique de l'intérêt des victimes et leurs

familles ? Parmi ces moyens, et en plus de ceux déjà évoqués, il y a le recours aux tribunaux civils américains. Ceux-ci sont, à ce jour, les seuls à pouvoir reconnaître aux familles le statut de victime et à leur attribuer une compensation.

- 34 Mais là encore, la procédure nécessitera sans aucun doute l'accès aux documents militaires confidentiels, ce qui limitera la possibilité de poursuite des affaires devant les tribunaux civils.
- 35 Seuls les tribunaux militaires, juridictions d'exception, pourraient avoir la compétence de juger les responsables de l'attaque de l'hôpital MSF. En effet, le système judiciaire militaire américain comprend des cours martiales et commissions militaires qui ont la compétence d'enquêter et de juger des combattants et le personnel militaire pour la violation du droit de la guerre, soit le droit international humanitaire. Mais l'*Uniform Code of Military Justice* (UCMJ), le droit applicable dans ces procédures d'exception, ne fait aucune référence aux crimes internationaux, en particulier le crime de guerre...

*

* *

- 36 En définitive, la Commission établie par l'article 90 du Protocole additionnel 1 apparaît comme une voie inadaptée pour poursuivre les buts que s'est assigné MSF.
- 37 La solution la plus efficace sera sans doute politique et non juridique. Car, à un an des élections présidentielles, les commissions d'enquêtes du Sénat américain pourraient trouver un intérêt politique à enquêter sur l'attaque de Kunduz.
- 38 Cet événement de Kunduz soulève plus globalement la question de l'impunité des attaques contre les hôpitaux en zone de conflit. Car, à ce jour aucune poursuite devant les tribunaux internationaux n'a été menée pour ce type d'exactions²⁵. Pourtant, selon le CICR, pas moins que 2 398 d'attaques contre des établissements de santé ont été enregistrées entre 2012 et 2014²⁶.

*

- 39 **Médecins sans frontières (MSF), Dossier « Attaque de l'hôpital de Kunduz en Afghanistan » - Factsheet**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Voir MSF fact-sheet (visité le 22 janvier 2016).
2. *Idem*.
3. *Idem*. A noter qu'un combattant blessé est considéré comme étant hors combat par le droit international humanitaire, et il est protégé en tant que tel.
4. Voir notamment article de *The Guardian* : "Kunduz hospital attack : US forces did not act on MSF warnings for 17 min", 25 novembre 2015 (visité le 22 janvier 2016).
5. Voir notamment le document explicatif du travail de la Commission (visité le 22 janvier 2016).
6. Le Droit international humanitaire prévoit plusieurs principes qui s'appliquent dès le début des hostilités, qu'il s'agisse d'un conflit armé international ou non international. Ces principes, reconnus comme coutumiers par la Cour internationale de justice dans son *Avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* de 1996, comprennent les principes de distinction et d'humanité, l'interdiction de causer des maux superflus, ainsi que les principes de précaution et de proportionnalité lors des attaques (avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996). Voir également l'analyse de Louise Doswald-Beck, « Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », RICR, no 823 (1997) (visité le 22 janvier 2016).
7. En octobre et novembre 2001. Etats-Unis : plusieurs milliers de soldats et membres des forces spéciales ; Royaume-Uni : environ deux cents commandos ; Allemagne : 4000 hommes ; Italie : 2700 ; France : 2000 ; Canada : 2000 ; Australie : 1500. L'Accord à Kaboul du 31 décembre 2001 sur le déploiement d'une force internationale (Force internationale d'assistance pour la sécurité en Afghanistan (ISAF) devant compter 4500 hommes de 17 pays. En plus des américains et britanniques, les principaux contributeurs de la force seront le Canada, la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Danemark. A terme, plus de 40 pays participeront à cette force, avec des effectifs plus ou moins importants ; Cette force a été autorisée par le Conseil de Sécurité dans sa résolution 1386 du 20 décembre 2001. Voir aussi l'Accord sur l'Afghanistan signé à Bonn le 5 Décembre 2001, En octobre 2011. Etats-Unis : 90 000 hommes ; Royaume-Uni : 9 500 ; Allemagne : 4 920 ; France : 3 800 ; Italie : 3 770 ; Canada : 2 905 ; Pologne : 2490 ; Turquie : 1825, etc. Au total, près de 130 000 hommes. Pour plus de détails sur l'évolution des troupes étrangères en Afghanistan, voir les archives de l'OTAN, ISAF (visité le 22 janvier 2016).
8. Cette décision est suivie par le lancement du processus de transfert de la sécurité du pays aux forces afghanes par Hamid Karzaï le 22 mars 2011.
9. Voir le site de l'OTAN (visité le 22 janvier 2016).
10. A l'époque, la déclaration de guerre que les Etats se faisaient marquait le début des hostilités et déclenchait l'application de droit des conflits armés (DIH), voir l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949.
11. Voir l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, article 1 du Protocol additionnel II de 1977, *Procureur c. Dusko Tadic*, TPIY, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, affaire n° IT-94-1-AR72, en date du 2 octobre 1995, § 70 ; *Procureur c. Haradinaj*, TPIY, jugement, affaire n° IT-04-84-T en date du 3 avril 2008, par. 60.
12. Dans le même sens, la Cour pénale internationale (CPI) conduit actuellement des enquêtes pour des crimes commis sur le territoire d'Afghanistan ou par ses ressortissants entre le 1 juin 2006 et le 30 septembre 2012 ; l'OTP a qualifié le conflit de non international. Voir Le Rapport sur

les activités menées en 2012 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire, Cour pénale internationale, novembre 2012, pp. 7-11 (visité le 22 janvier 2016).

13. L'article 3 commun est le fruit de difficiles négociations lors des conférences de Genève. Il est un résultat d'un compromis, il est commun aux quatre Conventions de Genève, mais la seule prévision applicable en conflit armé non international. L'article 3 commun a été reconnu comme ayant un caractère *erga omnes*, il s'applique à tous les Etats.

14. La condition supplémentaire exigée par le Protocole Additionnel 2 pour qu'il puisse s'appliquer, le critère de contrôle de territoire n'est pas clairement établi. Il convient d'écarter le Protocole additionnel 2.

15. 22 août 2008 : plus de 90 civils, dont une cinquantaine d'enfants sont tués lors d'un bombardement américain dans la province d'Hérat. Le président afghan dénonce les "bavures" de l'OTAN. Le 21 février 2010 : une bavure de l'OTAN dans la province de Daykundi (centre) fait 33 victimes civiles. Le 10 septembre 2014 : Une frappe de l'aviation américaine a tué 11 civils et fait une dizaine de blessés, mardi 9 septembre, dans l'est de l'Afghanistan, selon les informations reçues du gouverneur [de la province de Kunar]. Le président de l'Afghanistan, Hamid Karzaï, a accusé à plusieurs reprises au cours des dernières années les forces américaines d'avoir tué des civils, ce qui a contribué à la dégradation des relations entre Washington et Kaboul à l'approche du retrait des forces de l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN), qui devrait avoir lieu d'ici à la fin de l'année.

16. TPIY, Tadic, 1995.

17. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T, 16 Nov. 1998, para. 193.

18. *Procureur c. Kunarac et autres*, TPIY, arrêt de la Chambre d'appel, Affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-A, 12 juin 2002. La Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire Kunarac a clarifié le lien entre le crime et le conflit armé en disant que : « les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis — le conflit armé —, ou en dépendent. Le crime de guerre n'est pas nécessairement un acte planifié ou le fruit d'une politique quelconque. Un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis. Partant, s'il peut être établi, comme en l'espèce, que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés au dit conflit. », para. 58 ; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgment Case No. ICTR-95 1 -T ICTR Trial Chamber 21 May 1999, paras. 185-189.

19. Voir aussi l'article 8-2-c et 8-2-e du Statut de la Cour pénale internationale.

20. Les américains ne soumettent non plus leur soldats à un commandement militaire autre qu'américain. C'est notamment la raison pour laquelle les américains ne contribuent jamais aux opérations de maintien de la paix, alors qu'ils participent à l'OTAN qui est toujours sous leur commandement militaire.

21. La Commission a, en effet, déjà interprétée l'article 90 du Protocole additionnel I pour l'élargir sa compétence aux conflits armés non internationaux moyennant les consentements des parties aux conflits (visité le 22 janvier 2016).

22. Voir le communiqué de presse de Haut-Commissaire aux droits de l'Homme (visité le 24 janvier 2016).

23. Commission d'enquête pour Gaza, pour la RCA, pour la Syrie.

24. Au 1er juin 2013, le Bureau du Procureur avait reçu, au titre de l'article 15 du Statut de Rome, 92 communications relatives à la situation qui prévalait en Afghanistan entre le 1er juin 2006 et le 30 septembre 2012. L'examen préliminaire de cette dernière a été rendu public en 2007.

25. Dans les quelques affaires qu'ils ont eu à traiter, les procureurs poursuivaient soit les exécutions des personnes qui se trouvaient à l'hôpital, voir l'affaire *Procureur c. Mrksic* et autres, TPIY jugement, affaire n° IT-95-13/1-T en date du 27 septembre 2007 (l'affaire hôpital de Vukovar), soit l'attaque de l'hôpital s'inscrivant dans une stratégie plus large de destructions, voir *Procureur c. Galic*, TPIY, Chambre d'appel, jugement, affaire n° IT-98-29-A, en date du 30 novembre 2006 (l'hôpital de Kosevo à Sarajevo).

26. Voir l'étude menée par le CICR dans le cadre du projet Healthcare in Danger (visité le 24 janvier 2016).

RÉSUMÉS

L'attaque de l'hôpital des Médecins Sans Frontières (MSF) à Kunduz, en Afghanistan, le 3 octobre 2015 a suscité de vives réactions dans l'opinion publique mondiale. Mais elle pose aussi des questions juridiques importantes, en particulier concernant l'applicabilité du droit des conflits armés même aux nouvelles formes de guerre. En effet, la nature du conflit – et donc le droit applicable – en Afghanistan, qui dure depuis 30 ans, a changé à plusieurs reprises, entre les différentes invasions, les guerres civiles inter-ethniques et la « lutte contre le terrorisme ». En outre, ce drame interroge quant à l'action en justice la mieux appropriée pour faire cesser les attaques et garantir leur non répétition. Or, à cet égard, le choix de MSF de recourir à une Commission d'établissement des faits est risqué, car elle ne permettra de répondre que partiellement au besoin de justice effective.

AUTEUR

JELENA APARAC

Doctorante en droit international public, ATER à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, chargée d'enseignement en droit international humanitaire, droit international public et libertés fondamentales.