

HIN-YAN LIU, *LAW'S IMPUNITY: RESPONSIBILITY AND THE MODERN PRIVATE MILITARY COMPANY*, OXFORD, HART PUBLISHING, 2015

*Alain-Guy Sipowô**

Hin-Yan Liu est professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Copenhague. Il livre, par *Law's Impunity*¹, son premier ouvrage de doctrine en droit international. Il a choisi de traiter de la non moins épineuse et controversée question de l'application du droit aux sociétés militaires privées (SMP)². L'ouvrage est le fruit d'une dissertation de maîtrise, devenue par la suite une thèse de doctorat rédigée à l'école de droit de King's College London, sous la direction de Penny Green et de Christopher Kinsey. Le fait que l'ouvrage s'inscrive dans la continuité des études de maîtrise de l'auteur démontre sa volonté de s'affirmer comme spécialiste en la matière. La recherche a bénéficié de subventions gouvernementales canadiennes et des bourses universitaires. Cela ne permet toutefois pas d'en contester l'originalité et le souci d'objectivité. D'ailleurs, l'approche théorique choisie s'ancre plutôt dans la critique du droit, un effort méthodologique qui donne un élan nouveau à un sujet discuté en droit international³.

L'auteur rend assez bien compte de sa thèse d'entrée de jeu. Sa prise de position est directe, argumentée et articulée. Il s'agit d'une contribution originale qui intéressera les universitaires. Par son approche critique, il est inévitable que Hin-Yan Liu se soit exposé lui-même à la critique des autres. Cet ouvrage intéressera ensuite, sans doute, les décideurs politiques. Ces derniers pourront y trouver cause à envisager la réforme des pratiques et des manières de concevoir la responsabilité des SMP. Les praticiens ne sont, en outre, pas de reste. Ils pourront puiser dans l'ouvrage quelques analyses pointues sur des sujets techniques qui, bien qu'elles ne soient pas toujours approfondies, considérant l'objectif poursuivi, sont abordées sous la perspective du thème central de la responsabilité des SMP. Le sujet est en effet loin d'être obsolète. L'auteur soumet sa thèse alors même que les tribunaux américains rendent un jugement important concernant la responsabilité de dirigeants de sociétés de ce type⁴. Les SMP sont devenues, ces dernières décennies, des compléments efficaces aux armées régulières qui n'attirent plus de nombreux jeunes. D'une utilité peut-être incontestable, cette véritable révolution dans les affaires militaires n'est pas sans poser son lot de difficultés. Hin-Yan Liu relance donc, dans cet ouvrage, le débat

* Stagiaire postdoctoral au Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique de l'Université McGill ; LL.D. (Université Laval).

¹ Hin-Yan Liu, *Law's Impunity: Responsibility and the Modern Private Military Company*, Oxford, Hart Publishing, 2015 [Liu, *Law's Impunity*].

² Pour une contribution similaire en langue française, voir Marie-Louise Tougas, *Droit international, sociétés militaires privées et conflits armés : entre incertitudes et responsabilités*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

³ Voir les références citées par Alexandre Henry, *La privatisation de la sécurité : logique d'intrusion des sociétés militaires privées*, Paris, L'Harmattan, 2012 à la p 13.

⁴ *United States of America v Paul A Slough et al*, 641 F3d 544 (DC Cir 2011).

au sujet de leur soumission au droit international.

L'objectif de l'auteur est, dit-il, de poser des questions sur la capacité et l'efficacité du droit à réguler des pratiques émergentes⁵. Il entend démontrer, à travers les défis suscités par les activités des SMP, que le droit est la source du problème et non la solution. Cette idée traverse l'ensemble de l'ouvrage et justifie le titre *Law's Impunity*, qui met de l'avant le rôle que le droit joue dans la création et le maintien des structures d'impunité des SMP. L'auteur rompt avec l'orthodoxie dominante qui tend à considérer que le problème de ces organisations est celui de l'absence de droit. Il ne pense pas qu'il faille toujours équivaloir impunité à absence de droit. Il croit que le droit est lui-même susceptible d'organiser et de perpétuer des conditions d'impunité. De ce fait, il soutient que ce n'est pas de plus de droit dont on aurait besoin pour traiter de la question de la responsabilité des SMP, mais d'une meilleure compréhension des raisons de l'inefficacité et de l'ineffectivité des règles existantes.

Il s'agit incontestablement d'une prise de position rafraîchissante, tant la rationalisation de la production normative semble faire défaut dans l'ordre international⁶. Il faut dire qu'une tendance s'est consolidée ces dernières décennies : celle de vouloir toujours beaucoup plus de droit, même lorsque les États se montrent incapables à appliquer celui qui est déjà en vigueur. Selon l'auteur, il ne serait pas judicieux de créer de nouvelles normes si elles ne peuvent être mises en œuvre ou si elles ne peuvent avoir la portée suffisante pour capter le comportement que le droit vise à réguler. Il ne croit d'ailleurs pas que le phénomène des SMP soit si nouveau qu'il faille adopter de nouvelles normes. Les règles sur la prohibition du mercenariat auraient pu, si elles avaient été mieux définies, contribuer à y répondre. L'idée est d'ailleurs fort courante dans la doctrine⁷.

La méthodologie de l'auteur est de type déductif. Il procède de l'analyse du concept d'impunité pour construire le cadre théorique de la confrontation des pratiques des SMP et du droit. L'objet du premier chapitre consiste ainsi à définir ce concept central d'impunité du droit (*Law's Impunity*), qui comporterait, selon lui, deux acceptions. D'une part, le droit peut organiser l'impunité en ne définissant pas de manière appropriée le comportement qu'il entend régenter. C'est ce que qualifie l'auteur d'impunité passive (*passive impunity*). Il donne en exemple, dans un chapitre postérieur consacré à cette forme d'impunité⁸, la définition étroite du mercenariat qui a rendu la répression de ce phénomène inefficace. Pour l'auteur, en effet, les pratiques des sociétés militaires privées ne constituent rien de moins que du mercenariat⁹.

⁵ Liu, *Law's Impunity*, *supra* note 1 à la p vii.

⁶ Carlo Focarelli, *International Law as Social Construct: the Struggle for Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 461.

⁷ Franck Boulot, *Mercenaires et sociétés militaires privées : l'histoire est un éternel recommencement : analyse juridique et propositions quant à l'externalisation dans l'armée française*, Paris, Publibook, 2010 ; Alexandre Henry, *La privatisation de la sécurité: logiques d'intrusion des sociétés militaires privées*, Paris, L'Harmattan, 2012.

⁸ Liu, *Law's Impunity*, *supra* note 1 ch 4.

⁹ *Ibid* aux pp 123-25.

En outre, il considère que l'étroitesse du droit se manifeste dans le fait que le comportement des SMP a été jusqu'ici uniquement étiqueté comme relevant du *jus in bello*. Pourtant, il est incontestable que ces entités peuvent déclencher des guerres en violation des règles du *jus ad bellum*. Il en veut pour preuve le fait que le crime d'agression sous le Statut de Rome¹⁰ ne vise que le comportement des individus et exclut les personnes morales¹¹.

D'autre part, le droit organiserait l'impunité en posant des obstacles à la conduite de procédures judiciaires lorsqu'elles sont prévues par la loi. C'est ce que l'auteur appelle l'impunité active. Cette forme d'impunité se manifeste lorsqu'il existe une cause d'aller en justice, c'est-à-dire lorsque le droit définit la règle juridique de manière à reconnaître une possibilité d'engager un recours en justice. L'impunité active fonctionne alors comme circonstance ou moyen de faire échec à la poursuite. De nombreuses situations relevant de l'impunité active sont identifiées par l'auteur. Il cite, entre autres, l'impossibilité de responsabilité criminelle des personnes morales dans certains systèmes de droit et les questions de recevabilité et de compétence qui minent les recours en responsabilité civile. Il faut ajouter à cela des obstacles pratiques tenant à diverses considérations, dont la dimension transnationale des litiges, les coûts onéreux des poursuites pour les victimes, la forte tendance au règlement à l'amiable ainsi que les interprétations juridiques très peu progressistes¹².

Deux autres sujets accessoires à la question de l'impunité autant active que passive, mais liées à ce problème font l'objet d'un traitement dans l'ouvrage de Liu : d'une part, la question de la modernité des SMP¹³, et d'autre part, la question de leur régulation par des codes de conduite¹⁴. Pour l'auteur de l'ouvrage, ces deux sujets confortent l'argument de l'impunité.

En premier lieu, les SMP poseraient des difficultés de qualification au regard des concepts juridiques existants. En raison des conditions historiques de la répression du mercenariat, elles ne sauraient être considérées comme procédant de ce type d'activité, qui est rarement sanctionnée. De même, les SMP combinent des caractéristiques civiles et militaires qui font d'elles un objet juridique inconnu du droit des conflits armés, qui est habitué à la dichotomie entre objet de caractère civil et de caractère militaire. Enfin, alors que les structures militaires classiques fonctionnent d'une manière verticale, les SMP s'en écartent de par leur organisation horizontale. Par-dessus tout, leur personnalité morale les exempte d'office de toute

¹⁰ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002).

¹¹ Liu, *Law's Impunity*, *supra* note 1 à la p 179. Selon certaines doctrines, en effet, il est possible d'imputer le crime d'agression à des dirigeants d'entreprises. Voir par ex Thomas M Schmidt, *Crimes of Business in International Law: Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, Hart Publishing, 2015, en ligne : SSRN <<http://ssrn.com/abstract=2739036>> ; Caspar Plomp, « Aiding and Abetting: the Responsibility of Business Leaders under the Rome Statute of the International Criminal Court » (2014) 30:79 *Utrecht J Int'l Eur L* 4.

¹² Liu, *Law's Impunity*, *supra* note 1 ch 4 aux pp 246, 263.

¹³ *Ibid* ch 2.

¹⁴ *Ibid* ch 6.

responsabilité pénale en droit international, comme dans la plupart des juridictions nationales à travers le monde. L'auteur voit dans la modernité des SMP un moyen d'écarter l'application du droit.

En second lieu, les codes de conduite développés pour réguler les SMP ne répondent pas plus aux exigences de la lutte contre l'impunité¹⁵. L'auteur évalue les forces et les faiblesses de ces régimes. S'il reconnaît que de tels instruments peuvent permettre d'établir des lignes de conduite pour l'avenir, il émet un sérieux doute sur leurs capacités à sanctionner les écarts et à assurer le respect des normes qu'ils prescrivent. Il considère que les codes de conduite échouent à établir des cadres de responsabilité et de reddition de compte nécessaires pour combattre l'impunité. Cet échec persistera si l'industrie doit continuer de dicter les conditions de sa soumission au droit. Il recommande d'imposer des régimes de responsabilité collective de *due diligence* aux organisations qui surveillent le respect des codes internationaux de conduite.

Law's Impunity brille par la maturité intellectuelle de son auteur, la solidité de son argumentation et sa grande érudition. Il est incontestable que Hin-Yan Liu possède une solide compétence en théorie du droit international. Il démontre une capacité phénoménale de recherche et d'analyse juridique. La proportion des sources citées par rapport à la réflexion sur celles-ci est raisonnable. Il renvoie aux sources pertinentes uniquement. *Law's Impunity* apporte indiscutablement un éclairage nouveau sur un problème qui a été assez débattu. La contribution de l'auteur est loin d'être surabondante. Au contraire, à tout bien considérer, si elle est jugée à sa juste valeur, elle aurait dû constituer le point de départ de la plupart des recherches qui ont porté sur la problématique de la responsabilité des SMP. Ces recherches, pour l'essentiel des études prescriptives, ont souvent péché de ne pas poser la question préalable de savoir si nous avons besoin de plus de droit pour réguler le comportement des SMP. La question valait d'autant plus d'être posée qu'il ne faut pas toujours équivaloir l'absence de règle internationale à l'absence de droit. Sujets de droit interne en effet, les sociétés sont soumises au droit de l'État qui les crée ou de l'État où elles mènent leurs activités. Autant dire que des règles existent et qu'il ne faut pas d'emblée attribuer l'impunité à l'absence de droit.

Cela étant, l'œuvre de Liu soulève deux interrogations qu'il convient de creuser. D'une part, on reste sur sa faim quant à savoir quelle serait l'ampleur réelle de l'impact des agissements des SMP sur les droits humains. Il cite trois cas qu'il juge les plus médiatisés et pour lesquels il est possible de faire la preuve d'une atteinte aux droits humains¹⁶. Les trois impliquent des sociétés américaines et deux des trois

¹⁵ Voir à propos des codes de conduite Comité international de la Croix-Rouge et Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, *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*, Genève, CICR, 2009 ; Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, *Briefing n°4 : The International Code of Conduct for Private Security Providers*, Genève, Geneva Academy, août 2013 ; Simon Chesterman et Chia Lehnardt, *From Mercenaries to Market : the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹⁶ Liu, *Law's Impunity*, *supra* note 1 aux pp 73-84.

situations relèvent de la guerre en Irak, la troisième s'étant déroulée lors de la guerre en Bosnie-Herzégovine. Le schéma des violations est plus ou moins le même d'un cas à l'autre : une société est recrutée contractuellement par un gouvernement pour offrir des services logistiques ou assurer la sécurité du personnel ou des installations ; les personnes qui travaillent pour ces sociétés portent souvent un armement en tout point identique à l'armement militaire ; leurs exactions (torture, exploitation sexuelle ou massacre de personnes) sont commises sur les personnes civiles ou détenues loin des opérations militaires. Or, l'auteur fait très peu cette mise en perspective, donnant à croire à un phénomène qui toucherait toutes les armées. La référence au droit international humanitaire, qui régit les conflits armés, suscite la confusion. L'appellation SMP peut laisser croire à l'engagement direct de ces sociétés dans les hostilités. On peut pourtant douter de la correspondance qu'il établit tout au long de l'ouvrage, entre les mercenaires et ces sociétés, qui seraient au mieux des sociétés privées de sécurité.

Le problème crucial est sans doute la qualification que l'on peut attribuer aux comportements de ces sociétés. Il faut là encore rappeler que ce n'est pas leur caractère militaire qui rendrait n'importe lequel de leur geste contraire au droit international humanitaire. Les crimes de guerre, infractions au droit des conflits armés, sont susceptibles d'être commis par un civil ou par un militaire. C'est le contexte qui détermine la qualification, et non la qualité du sujet agissant. Il y a sans doute une nouveauté à vouloir tenir les sociétés, personnes morales, directement responsables de violations du droit international. Il semble admis qu'elles sont liées par le droit de la guerre d'après Régis Bismuth¹⁷. Ce qui n'est pas établi, ce sont les mécanismes pour mettre en œuvre leur responsabilité. À tout le moins, ces instruments n'existent pas dans l'ordre international et ne semblent pas assez répandus dans les juridictions internes où il est encore très largement considéré que les sociétés ne peuvent pas commettre de faute. L'auteur pose un diagnostic similaire à ce qui vient d'être dit. Il nous apparaît donc paradoxal de soutenir que de nouvelles normes ne soient pas nécessaires.

D'autre part, le lecteur est frappé par les attributs presque surnaturels que Liu confère à la notion même de droit (*law*), notamment lorsqu'il identifie le problème de la responsabilité des SMP comme trouvant son origine dans l'impunité du droit (*Law's Impunity*). Il se dégage ainsi l'impression que le droit possède une volonté propre, indépendante de ses architectes naturels que sont les États (en droit international) et les législateurs (en droit interne). C'est donc ce droit qu'il conviendrait de blâmer et non le défaut ou la faible volonté politique des États. Pourtant, à longueur de pages, le lecteur sent bien que des forces politiques et économiques opèrent pour faire échec à tout système véritable de responsabilité applicable aux agissements des SMP. Le chapitre six sur les codes de conduite démontre en effet combien les acteurs économiques jouent un rôle crucial dans la limitation des potentialités du droit en choisissant l'autorégulation à la normativité rigide.

¹⁷ Régis Bismuth, « Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and domestic Legal Orders » (2010) 38:2 *Denv J Int'l & Pol'y* 203, à la p 205.

Il est aussi paradoxal de présenter les limites du droit à se saisir de la responsabilité des SMP et prétendre ensuite que de nouvelles règles ne sont pas nécessaires. Sans verser dans l'hypernormativité, il nous semble qu'un meilleur droit est désirable. À partir du moment où l'on s'intéresse à la responsabilité des sociétés comme sujet de droit, il n'est pas inapproprié de vouloir de plus de droit pour y donner suite. C'est le problème des règles secondaires de responsabilité, qui sont du reste au cœur du débat relatif à l'attribution d'une compétence sur les personnes morales à la Cour pénale internationale. Le silence du Statut de Rome à ce sujet n'est pas le fruit du hasard. Les rédacteurs étaient conscients que la responsabilité des organisations était très peu connue des traditions juridiques nationales. Comment pourrait-on répondre à cela autrement que par une production normative ? Que dire des moyens de répondre aux lacunes des mécanismes de responsabilité civile ? Nous avons d'autant besoin de droit que l'impunité des SMP trouve son fondement dans des lois injustes et inadaptées. La question n'est pas dès lors celle de savoir s'il y a abondance normative, mais si les règles existantes sont efficaces et justes.