



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 18 novembre 2003

Diffusion restreinte
CDL (2003) 85
Orig. Engl.

Avis n° 245/2003

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

PROJET D'AVIS
SUR LA NECESSITE EVENTUELLE
D'UN DEVELOPPEMENT
DES CONVENTIONS DE GENEVE

sur la base des observations de

M. Christoph GRABENWARTER (Membre suppléant, Autriche)
M. Jan HELGESEN (Membre, Norvège)
M. Georg NOLTE (Membre suppléant, Allemagne)

SOMMAIRE

I.	Introduction	3
II.	Portée de l’avis	3
III.	Différents groupes de personnes susceptibles d’être concernées	5
IV.	Applicabilité du droit international humanitaire, et les normes Internationales en matière de droits de l’homme	6
	<u>A. Nature du conflit armé</u>	6
	<u>B. Catégories de personnes concernées</u>	7
	a) Prisonniers de guerre	8
	<i>i. Forces de gouvernements non reconnus ou illégitimes</i>	8
	<i>ii. Respect des conditions de l’Article 4(2) CG III</i>	8
	b) Procédure pour déterminer le droit au statut de prisonnier de guerre	10
	c) Autres personnes protégées	11
	<i>i. Personnes suspectées d’appartenir à une organisation terroriste</i>	12
	<i>ii. Ressortissants de pays tiers</i>	12
	<i>iii. Combattants non privilégiés ?</i>	13
V.	Applicabilité des traités sur les droits de l’homme	16
VI.	Droits et protection garantis par les CG et les droits de l’homme	17
	<u>A. Relation entre le droit international humanitaire et les droits de l’homme</u>	18
	<u>B. Droits et protection conférés par le droit international humanitaire</u>	19
	a) Droits des prisonniers de guerre	19
	b) Droits des combattants n’ayant pas le statut de prisonnier de guerre	21
	<u>C. Droits et protection conférés par les droits de l’homme</u>	22
	a) Protection substantielle	22
	b) Dérogation aux droits en cas d’urgence	24
VII.	Conclusion	25

I. Introduction

1. Par lettre datée du 11 avril 2003, le Président de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (ci-après « la Commission »), M. Eduard Lintner, a demandé, au nom de la Commission, l'opinion de la Commission de Venise sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève à la lumière des nouvelles catégories de combattants qui ont récemment fait leur apparition.

2. Les rapporteurs nommés par la Commission pour cette question sont MM. Christoph Grabenwarter, Jan Helgesen et Georg Nolte

3. Deux rapporteurs, MM. Grabenwarter et Nolte, ont rédigé un document de base qui a été soumis à la Sous-commission sur le droit international à Venise le 12 juin 2003. Par la suite, les trois rapporteurs se sont réunis à Strasbourg ; ont aussi été invités MM. Hans-Peter Gasser, expert en droit international humanitaire et ancien responsable du Comité international de la Croix Rouge et Jed Rubinfeld, observateur des Etats-Unis. A la suite de cette réunion informelle, MM. Grabenwarter et Nolte ont préparé un projet d'avis (CDL-DI (2003) 2) auquel M. Rubinfeld a soumis des commentaires (CDL-DI (2003) 3). Ces deux textes ont été présentés à la Sous-commission sur le droit international le 16 octobre 2003 et à la réunion plénière, le 17 octobre 2003, à Venise. Conformément à la décision de la Commission, une deuxième réunion informelle s'est tenue à Londres le 7 novembre 2003 ; MM. J. Helgesen, J. Jowell, O. Dutheillet de Lamothe, P. Van Dijk, G. Malinverni, G. Nolte, J. Rubinfeld et H. Vogel y participaient. L'avis ci-après a été adopté par la Commission lors de sa Session plénière (Venise,).

II. Portée de l'avis

4. La requête de la Commission étant formulée en termes assez généraux, la Commission souligne que le présent avis comprend la signification ci-dessous :

- la requête ne soulève que des questions de portée générale et ne s'interroge pas sur la nécessité de développer chacune des dispositions des Conventions de Genève de 1949 (appelées ci-après « Conventions de Genève ») sur la protection des victimes de la guerre ;
- l'expression « les nouvelles *catégories* de combattants qui ont récemment fait leur apparition » doit être comprise de manière purement factuelle au vu de la nouvelle dimension du terrorisme qui est apparue, notamment du fait des attentats du 11 septembre 2001. Elle *n'est pas* censée contenir une déclaration normative en ce sens qu'une nouvelle catégorie *juridique* de combattants aurait fait son apparition ;
- la requête ne cherche pas à susciter un débat exhaustif sur la question générale de la nécessité éventuelle d'une révision du droit international humanitaire (ci-après DIH) à la lumière des nouveaux défis posés par le terrorisme international. Elle se borne plutôt à savoir si les règles du DIH, quand elles concernent la détention et le traitement des personnes qui ont été arrêtées lors d'un conflit armé international, ont besoin d'être encore affinées ;
- comme les Conventions de Genève ne sont pas la seule source de droit international susceptible de s'appliquer aux « nouvelles catégories de combattants », on considère dans cet avis que la demande porte sur la mesure dans laquelle l'ensemble du DIH et aux droits de l'homme (ci-après désignées DH) ont besoin d'être développés ;

- le présent avis porte sur les normes juridiques internationales en général et non sur une question en particulier. Il sera néanmoins fait référence, à titre d'exemple, à la question des personnes détenues par les Etats-Unis en Afghanistan ou dans la baie de Guantanamo (ci-après appelée « la question de l'Afghanistan/de Guantanamo »), qui est l'exemple le plus important au regard de la question générale ;
- enfin, le présent avis ne s'occupe pas des personnes arrêtées en dehors de tout conflit armé au sens des Articles 2 communs des Conventions de Genève, et en particulier ne s'occupe pas des personnes arrêtées hors du territoire des états qui font partie de l'armée internationale en conflit en question. Le statut juridique de ces personnes est déterminé par les DH.

5. Il convient de noter que le Comité international de la Croix Rouge (CICR) réfléchit actuellement sur la nécessité d'une éventuelle clarification de la DH, mais en embrassant un champ plus large que le présent avis. Dans ce contexte, le CICR a rédigé un Rapport sur « le Droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » pour la 28^e Conférence internationale de la Croix Rouge et du Croissant Rouge (décembre 2003)¹.

¹ Le Dr Jakob Kellenberg, Président de la Croix Rouge, a fait la déclaration suivante le 26 mars 2002 à l'occasion de la 58^e Session annuelle de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies : « *on a dit que le monde ne sera plus jamais le même après les crimes haineux du 11 septembre 2001, qui ont choqué la conscience universelle. Les attentats du 11 septembre ont porté un coup sévère aux valeurs les plus fondamentales de la société humaine, en particulier celles qui sont au cœur du droit international humanitaire et de la législation sur les droits de l'homme.*

La crise provoquée par ces attentats a soulevé beaucoup de questions (...). Il semble, selon l'une des argumentations invoquées, que certains individus ne méritent pas la protection de la loi à cause du caractère haineux de leurs actes criminels. Une telle hypothèse doit être rejetée. Du simple fait qu'ils sont humains, les êtres humains ont droit à la protection de la loi. De même qu'aucun Etat, groupe ou individu ne peut se placer au-dessus de la loi, de même aucune personne ne peut être placée hors la loi (...).

Une autre question soulevée tient au fait de savoir si le droit international en général, et plus particulièrement le DIH, est un outil adéquat pour traiter la réalité née du 11 septembre. Ma réponse est que le droit international, s'il est appliqué correctement, est l'un des outils les plus puissants dont dispose la communauté des nations dans ses efforts pour rétablir l'ordre et la stabilité internationaux (...).

Le DIH est l'ensemble des règles qui régissent la protection des personnes et la conduite des hostilités une fois qu'un conflit armé a éclaté. Il a pour finalité d'atténuer les souffrances des individus affectés par la guerre sans considération pour les causes – et donc indépendamment de toute justification – sous-jacentes au conflit. Il n'existe pas de guerre « juste » ou « injuste » au regard du DIH parce que les civils, pour ne citer qu'une catégorie de personnes protégées par ses règles, ont le droit de ne pas être victimes d'assassinat, de torture ou de viol quel que soit le camp auquel ils se trouvent appartenir.

Un autre doute soulevé dans le sillage du 11 septembre concerne l'applicabilité du DIH aux nouvelles menaces que les actes de terrorisme représentent pour la sécurité. Plusieurs ensembles de lois, notamment les règles nationales et internationales du droit pénal, sont pertinents dans la lutte contre le terrorisme. Quant au DIH, c'est cet ensemble de règles qui s'applique toutes les fois que le combat contre le terrorisme équivaut à ou passe par un conflit armé. Il est indéniable que ses normes sont adéquates pour faire face aux menaces contre la sécurité en cas de guerre parce que ses dispositions ont été élaborées précisément en vue de la situation exceptionnelle d'un conflit armé. Les générations d'experts et de diplomates qui ont bâti le DIH depuis deux siècles étaient parfaitement conscientes de l'impératif de trouver un équilibre entre la sécurité de l'Etat et la préservation de la vie, de la santé et de la dignité humaines. Cet équilibre a toujours été au cœur même des lois de la guerre.

Notre conviction que le droit actuel demeure valide ne signifie pas que le DIH soit parfait, car aucune loi ne peut prétendre à la perfection. Ce que nous voulons dire est qu'une quelconque tentative de réévaluer sa pertinence ne pourra être entreprise qu'après qu'il aura été décidé que c'est la loi qui est défailante et non la volonté politique de l'appliquer. Pacta sunt servanda est un adage fondamental et très ancien du droit international qui signifie que les obligations internationales existantes doivent être honorées de bonne foi. Ce

III. Différents groupes de personnes susceptibles d'être concernées

6. Les personnes à l'origine de la demande appartiennent à l'une des trois catégories suivantes :

- a) Les membres des forces dont on peut soutenir qu'elles appartiennent à un Etat, qu'il s'agisse de forces armées régulières ou autres (un exemple avec la 1^{ère} catégorie dans le contexte de l'Afghanistan/Guantanamo seraient « les Talibans », groupe ayant contrôlé la majeure partie de l'Afghanistan jusqu'en octobre 2001) ;
- b) des combattants plus indépendants (dans le cas de la guerre d'Afghanistan, ce groupe généralement appelé « Al-Qaida » est un réseau terroriste international auquel la responsabilité des attentats du 11 septembre 2001 est généralement imputée) ; et
- c) les personnes qui n'appartiennent à aucune des deux catégories précédentes et peuvent même ne s'être livrées à aucun acte d'hostilité que ce soit. Cette troisième catégorie de personnes a aussi son importance dans le contexte actuel.

7. On pourrait faire valoir que les terroristes ne méritent aucune protection juridique. Même si l'on peut comprendre que ce point de vue soit séduisant en raison de l'émotion soulevée, la question doit être examinée à la lumière des règles fondamentales du droit et de la prudence. Tout être humain, sans exception, a une dignité inhérente. Ce fait est reconnu par tous les Etats dont la Constitution est conforme à l'état de droit, par tous les traités humanitaires et sur les droits de l'homme et par toutes les grandes religions. Il ne faut pas abandonner des règles et principes d'un tel poids et d'une telle force sous l'empire d'une émotion passagère. En outre, l'une des fonctions les plus importantes de la loi est de distinguer entre ceux qui sont responsables et ceux qui ne le sont pas, de même qu'entre ceux qui sont coupables et ceux qui sont innocents. Les procédures servant à déterminer si un individu est responsable n'ont pas pour seule finalité de protéger les responsables d'éventuels abus d'un Etat, mais aussi d'éviter à ceux qui ne sont pas responsables d'être tenus à tort pour responsables. Bref : la loi protège inévitablement le terroriste du seul fait qu'elle protège ceux qui ne sont pas responsables et, si elle ne protégeait plus le terroriste, toutes les personnes qui ne sont pas responsables seraient aussi privées de protection.

principe suppose qu'il faut tenter de faire face aux défis à l'intérieur d'un cadre légal existant avant de demander qu'il soit modifié. Toute autre attitude risquerait de priver le droit de sa raison d'être, qui est de faciliter la conduite prévisible et ordonnée des relations internationales. Il convient de veiller tout particulièrement à ne pas modifier les règles visant à protéger les individus en temps de crise parce que l'application du droit est leur seule protection contre l'arbitraire et les abus.

A notre avis, on ne peut ni ne doit toucher aux principes fondamentaux de l'humanité qui sous-tendent ces textes. Ils prescrivent que la vie, la santé et la dignité de toutes les personnes qui ne prennent pas ou ne prennent plus part aux hostilités doivent être respectées et que les opérations militaires doivent être menées de manière à minimiser les souffrances causées par la guerre (...).

Enfin, j'aimerais répondre à la crainte que la protection dont jouissent les personnes en vertu du DIH ne fasse obstacle à la justice. Les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels n'empêchent pas la justice mais se bornent à exiger que les règles de procédure soient respectées lorsque les coupables ont à rendre compte de leurs actes (...). Non seulement les Protocoles et Conventions incitent les Etats à traduire les auteurs de crimes de guerre en justice, mais ils l'exigent, y compris par l'exercice d'une compétence universelle ».

IV. Applicabilité du Droit international humanitaire et les normes internationales en matière de droits de l'homme

8. Les Conventions de Genève constituent un système global de traitement des personnes affectées par les conflits armés. La Commission considère que la (Troisième) Convention de Genève relative au Traitement des prisonniers de guerre (ci-après désignée « CG III »), la (Quatrième) Convention de Genève relative à la Protection des civils en temps de guerre (ci-après désignée « CG IV ») et les deux Protocoles Additionnels de 1977 sont pertinents pour le présent avis. En ce qui concerne les Protocoles additionnels, il convient de souligner qu'il est aujourd'hui généralement reconnu que nombre de leurs dispositions fait partie du droit international coutumier qui s'impose à tous les Etats. En sus des Conventions de Genève, les traités sur les droits de l'homme et les DH coutumiers sont aussi pertinents.

A. Nature du conflit armé

9. En général, les Conventions de Genève s'appliquent pendant un « conflit armé ». Elles distinguent entre les conflits armés internationaux et non internationaux. Comme on l'a vu précédemment, le présent avis ne traite que des conflits armés internationaux tels que celui d'Afghanistan depuis l'intervention des troupes américaines en octobre 2001. Les Conventions de Genève s'appliqueront à ces conflits si les parties belligérantes sont des Etats, comme cela était le cas dans le conflit afghan, auquel l'Afghanistan et les Etats-Unis étaient parties. Selon l'interprétation classique des Conventions de Genève, il s'ensuit qu'elles s'appliquent aussi aux personnes qui ont été arrêtées en relation avec le conflit armé, même si elles ne sont ni des membres des forces armées régulières d'un Etat belligérant, ni des civils pacifiques (voir plus bas B. c) iii.).

10. On pourrait se demander si les Conventions de Genève s'appliquent (ou devraient s'appliquer) à une organisation terroriste internationale telle qu'Al-Qaida ou à ses membres. Cette interrogation découle de l'Article commun 2 (3) des Conventions de Genève, qui parle de « Puissances en conflit ». Cet article s'énonce comme suit :

Quoiqu'une des Puissances en conflit puisse ne pas être Partie à la présente Convention, les Puissances qui y sont parties resteront liées par elle dans leurs relations mutuelles. Elles seront en outre liées par la Convention vis-à-vis de ladite Puissance si cette dernière en accepte et applique les stipulations.

11. On pourrait soutenir que, si une organisation terroriste internationale comme Al-Qaida était une « Puissance » au sens des Articles communs 2 (3) des Conventions de Genève, ses membres ne pourraient prétendre à être traités comme des prisonniers de guerre selon la CG III et ils n'auraient même droit à aucune protection en vertu des Conventions de Genève parce que, en tant qu'organisation non étatique, Al-Qaida n'est pas partie aux Conventions et ne les a ni acceptées ni appliquées.

12. Une telle argumentation n'est pas étrangère au point de vue selon lequel, depuis le 11 septembre 2001, il convient de parler de « guerre contre le terrorisme » et donc d'assimiler les organisations terroristes internationales à des Etats. Au vu de la nouvelle dimension du terrorisme attestée par les attentats du 11 septembre 2001, cette position peut sembler séduisante. Elle néglige cependant plusieurs points cruciaux : lorsque les Conventions de Genève parlent de « Puissance », elles sous-entendent un « Etat ». Les autres dispositions des Conventions emploient le terme « Puissance » en relation avec « nationaux »,

« ressortissants » ou « territoire » (voir par exemple les Articles 4 (1), 9 (1) (2), 11 (5), 23 (1), 36 (1) (2), 39 (1) et 48 (1) CG IV). C'est pourquoi la Commission considère que les Conventions de Genève sous-entendent qu'une « Puissance » doit être un « Etat » et ne peut être une simple organisation, aussi puissante soit-elle, de quelque nature que ce soit.

13. Au surplus, on pourrait aussi se demander si les Articles communs 2 (3) des Conventions de Genève reflètent l'idée fondamentale de la réciprocité en ce sens que, si un groupe puissant tel qu'Al-Qaida ne respecte pas les règles minimales des conflits armés en commettant des actes terroristes, il ne devrait pas non plus pouvoir prétendre bénéficier de ces règles. Cette considération n'est toutefois pas entièrement appropriée : dans le DIH, la règle de réciprocité ne s'applique que d'une façon limitée si ce n'est pas du tout. Par exemple, les violations des Conventions de Genève par un Etat qui y est partie ne donnent pas à un autre Etat signataire le droit de violer les siennes en retour. Ainsi, l'interdiction des représailles est expressément stipulée par les Conventions de Genève de telle sorte que les considérations d'humanité élémentaires ne sont pas subordonnées à des décisions politiques irresponsables prises à un quelconque niveau de la hiérarchie d'Etat. De plus, les Etats signataires ne doivent pas appliquer le principe de réciprocité aux individus et sont tenus de les traiter conformément à la loi. Les articles communs 2 (3) doivent être interprétés à la lumière de ces considérations. Le but de ces dispositions est d'amener les Etats à faire partie des Conventions de Genève en rendant leurs bienfaits aussi accessibles que possible. Elles n'ont pas pour finalité d'exclure les acteurs qui relèvent déjà de leur champ d'application (même si ce n'est qu'au titre des « autres personnes protégées », en particulier les civils), au sens de la CG IV, mais de les inclure dans la mesure où cela est approprié (voir plus bas le point ii).

14. Ce n'est que si un Etat y avait intérêt et s'il était probable qu'il accepte qu'une organisation terroriste telle qu'Al-Qaida soit considérée comme une « Puissance » au sens de l'Article commun 2 (3) qu'on pourrait envisager que cette organisation et ses membres soient exclus de la protection conférée par les Conventions de Genève. Cependant, les Etats n'ont jamais accepté, et il est hautement improbable qu'ils l'acceptent à l'avenir, qu'une telle organisation soit qualifiée de « Puissance ». En effet, le principe de réciprocité devrait alors s'appliquer en sens inverse. Si une organisation terroriste internationale était une « Puissance » et si elle décidait réellement « d'accepter et appliquer » les dispositions de la CG III (pour ce qui a trait à ses propres « prisonniers »), comme certains mouvements de libération nationale ont tenté de le faire par le passé, alors cette organisation serait à même de revendiquer tous les droits stipulés par la Convention au profit de ses membres. Elle se trouverait alors sur un pied d'égalité avec les Etats. On pourrait même arguer que les Etats doivent accorder aux membres des organisations terroristes tout le respect qui est dû aux membres des forces armées régulières. On a peine à imaginer qu'une telle conséquence soit dans l'intérêt des efforts internationaux à mettre fin au terrorisme.

B. Catégories de personnes concernées

15. Les Conventions de Genève opèrent une distinction fondamentale quant aux individus arrêtés par une puissance dans le cours d'un conflit armé international : ceux-ci sont protégés soit en tant que prisonniers de guerre (voir plus bas le point a), soit en tant qu'autres « personnes protégées » (en particulier les civils, voir plus bas le point c). La décision sur le statut de prisonnier de guerre ou d'autre « personne protégée » doit être prise, en cas de doute, selon une procédure spécifique (voir plus bas le point b).

16. Quoique les termes « combattant hors la loi », « combattant non privilégié » ou « combattant illégal » n'apparaissent ni dans les Conventions de Genève, ni dans les autres instruments internationaux, on se demandera néanmoins s'ils constituent ou doivent constituer une troisième catégorie de personnes relevant d'un statut juridique différent (voir plus bas le point c) 3). Aux fins du présent avis, on utilisera le terme le plus neutre, à savoir « combattant non privilégié » qui désigne les personnes qui ont activement participé aux hostilités mais n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre selon la CGIII.

a) Prisonniers de guerre

17. L'Article 4.A CG III définit les prisonniers de guerre comme :
les personnes appartenant à l'une des catégories suivantes et qui sont tombés au pouvoir de l'ennemi :

(1) *les membres des forces armées d'une Partie au conflit ainsi que les membres des milices ou corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ;*

(2) *les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisée appartenant à une Partie au conflit et opérant à l'intérieur ou hors de leur territoire, même si ce territoire est occupé, sous réserve que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisée, remplissent les conditions ci-après :*

(a) *être commandés par une personne responsable de ses subordonnés ;*

(b) *porter un signe distinctif fixe reconnaissable à distance ;*

(c) *porter les armes ouvertement ;*

(d) *mener ses opérations selon les lois et coutumes de la guerre ;*

(3) *les membres de forces armées régulières qui professent leur allégeance à un gouvernement ou une autorité qui n'est pas reconnu par la Puissance détentrice.*

i. *Forces de gouvernements non reconnus ou illégitimes*

18. L'article 4 de la CG III stipule expressément que le statut de prisonnier de guerre n'est pas exclu si la Puissance détentrice ne reconnaît pas le gouvernement auquel un membre de forces armées régulières professe son allégeance. Cela signifie, par exemple, que lorsque les Etats-Unis (qui sont Partie à la CG III) ne reconnaissent pas le gouvernement taliban de l'Afghanistan, (lui-même Partie à la CG III), cela ne signifiait pas que les combattants talibans perdaient leur statut de membres de forces armées régulières, et donc celui de prisonniers de guerre. Cette règle est une composante importante du DIH et, en soi, elle n'a pas grand-chose à voir avec les nouvelles formes de terrorisme et les « nouvelles catégories de combattants ».

19. On pourrait se demander si le fait qu'un gouvernement ne soit pas reconnu ou qu'il soit désigné comme Etat paria à cause de son implication dans le terrorisme (ou de nouvelles formes de terrorisme) devrait constituer une exception à cette règle. Une telle exception offrirait cependant aux Etats une échappatoire facile et inappropriée pour priver beaucoup de personnes couvertes par la CG III de leurs droits.

ii. *Respect des conditions de l'Article 4 (2) CG III*

20. Une autre interrogation porte sur le fait de savoir si les détenus qui appartiennent à des forces armées régulières ne peuvent ou ne devraient pas pouvoir prétendre au statut de

prisonnier de guerre si les conditions de l'Article 4 A (2) CG III relatives aux « Membres des autres milices... » n'ont pas été respectées, à savoir

1. être commandés par une personne responsable de ses subordonnés ;
2. porter un signe distinctif fixe reconnaissable à distance ;
3. porter les armes ouvertement ;
4. et mener ses opérations selon les lois et coutumes de la guerre.

21. La façon même dont l'Article 4 CG III est rédigé suggère que ce n'est pas le cas. Il convient cependant de distinguer plusieurs ensembles de faits dans ce contexte :

- premièrement : si certains individus appartenant à des forces armées régulières ne respectent pas les conditions (b) à (d), cela ne constitue pas une raison valide pour déclarer la CG III inapplicable aux forces armées en général ;
- deuxièmement : on peut en revanche arguer (mais cela n'est pas admis par tous) que les soldats qui, dans le cours de leurs opérations, n'ont pas respecté *toutes* les conditions stipulées par l'Article 4 A (2) (b)-(d) CG III (par exemple en posant secrètement une bombe destinée à frapper des civils alors qu'eux-mêmes étaient habillés en civil) peuvent ipso facto perdre leur (éventuel) statut de prisonnier de guerre². Il faudrait cependant décider s'il y a lieu de les priver *individuellement* de ce statut en suivant les procédures appropriées qui sont décrites dans l'Article 5 CG III (voir plus bas III. 2. b).
- troisièmement, il n'est pas interdit de se demander si les critères d'un commandement responsable (a), d'un signe distinctif (b) et du port d'armes ostensible (c) devraient s'appliquer au moins de manière générale aux forces armées régulières pour que la CG III leur soit applicable.

22. La réponse à cette dernière interrogation est néanmoins sans grand rapport avec le sujet de la demande, qui concerne « la nécessité de développer les Conventions de Genève à la lumière des nouvelles catégories de combattants qui ont récemment fait leur apparition ».

23. Ces « nouvelles catégories de combattants » sont les membres d'organisations terroristes internationales telles qu'Al-Qaida qui, en règle générale, ne sont pas membres de forces armées régulières « ou ne font pas partie de ces forces armées ». La question de leur statut est examinée plus bas (III. 2. c)). 21. En revanche, des forces telles que les talibans sont des armées classiques (en ce sens qu'elles sont les forces armées régulières d'un Etat), même si certains de leurs membres ont opéré d'une manière qui contrevient à certaines des conditions énoncées dans l'Article 4 A (2) (b)-(d) CG III.

24. Il n'appartient pas à la Commission de statuer sur des faits. Si néanmoins des forces régulières se sont généralement distinguées (par exemple les forces talibanes en portant des turbans noirs) et ont effectué des efforts coordonnés pour défendre ouvertement leur territoire, il est incontestable qu'elles doivent être reconnues comme des prisonniers de guerre lorsqu'elles sont arrêtées par les forces d'une partie au conflit. Le simple fait que leurs chefs soient associés, ou même coopèrent, avec les membres d'un réseau terroriste international tel qu'Al-Qaida ne saurait constituer un motif suffisant pour priver collectivement les membres de forces armées régulières de la protection à laquelle ils ont droit en vertu de la CG III. Si c'était le cas, la protection de groupes composés de nombreuses

² Voir le jugement du Conseil privé de la Chambre des Lords rendu dans l'affaire Mohamed Ali contre ministère public (1968) [1969] 1 AC 430.

personnes pourrait être entièrement subordonnée aux faits allégués par un Etat intéressé qui, dans la plupart des cas, peuvent être contredits par d'autres Etats.

b) Procédure pour déterminer le droit au statut de prisonnier de guerre

25. L'Article 5 (2) CG III stipule plusieurs règles de procédure pour déterminer le statut d'un individu. Il s'énonce comme suit :

Si un quelconque soupçon se fait jour quant au fait que des personnes ayant commis un acte de guerre et tombées aux mains de l'ennemi appartiennent à l'une quelconque des catégories énumérées dans l'Article 4, ces personnes jouiront de la protection conférée par la présente Convention [ce qui signifie qu'elles doivent être traitées comme si elles étaient des prisonniers de guerre] jusqu'à ce qu'un tribunal compétent ait déterminé leur statut.

26. Cette règle s'applique dans le cas de personnes qui sont arrêtées en tant que combattants sur le champ de bataille, notamment celles qui ont été arrêtées en Afghanistan, indépendamment du fait qu'elles aient été transférées à Guantanamo Bay ou non. On pourrait cependant faire valoir qu'il n'existe aucune obligation de respecter la règle de l'Article 5(2) CG III si la puissance détentrice déclare qu'elle – c'est-à-dire la puissance détentrice elle-même – n'a aucun doute sur le statut de l'individu qu'elle détient. Cependant une telle interprétation réduirait considérablement l'effet protecteur de l'Article 5 de la CG III. Elle donnerait à la puissance détentrice un moyen commode de contourner les obligations qui lui incombent en vertu de l'Article 5 en déclarant tout simplement qu'elle ne doute nullement que les conditions de l'Article 5 de la CG III ne soient pas satisfaites.

27. Par le passé, les Etats-Unis ont, au contraire, été l'un des pays qui ont le plus insisté, et ce à plusieurs reprises, sur le fait que la simple affirmation d'un *individu* suffit à rendre la décision d'un tribunal nécessaire en vertu de l'Article 5 de la CG III³. Ce point de vue est conforme à la fonction protectrice de l'Article 5 de la CG III. C'est pourquoi la présomption du statut de prisonnier de guerre s'applique non seulement lorsque la personne capturée revendique elle-même ce statut, mais aussi lorsque cette revendication est effectuée par l'Etat qui est Partie à la Convention et dont dépend cette personne. De plus, l'Article 5 (2) de la CG III crée une présomption qu'un combattant capturé est un prisonnier de guerre, sauf si un tribunal compétent en décide autrement au cas par cas.

28. Il existe de bonnes raisons de s'en tenir à cette interprétation traditionnelle de l'Article 5 de la CG III, en particulier si l'on garde présents à l'esprit les intérêts du personnel des Etats qui se livrent à des opérations anti-terroristes transfrontalières et qui risquent de tomber aux mains de leurs adversaires. C'est pourquoi l'Article 5 de la CG III devrait s'appliquer au moins lorsqu'un nombre substantiel d'autres Etats, ou le CICR, exprime des doutes quant au statut accordé à certains individus par la Puissance détentrice. On peut difficilement concevoir qu'il existe de quelconques nécessités d'une politique moderne de lutte contre le terrorisme qui militent contre la formation d'un tribunal compétent en vue de déterminer le statut d'une personne qui a été capturée sur le champ de bataille dans une situation telle que celle de l'Afghanistan. En tout cas, il n'a pas été fait état de telles raisons jusqu'à présent. Au

³ Cette position a été confirmée par les décisions des tribunaux nationaux, par le Règlement de l'US Army traitant des prisonniers de guerre, et enfin par la présomption du statut de prisonnier de guerre énoncée dans l'Article 75 (1) PI, qui exprime une règle correspondante du droit international coutumier.

contraire, des considérations d'humanité pressantes exigent qu'il existe une procédure pour déterminer le statut d'une personne détenue. Dans la mesure où autrement, cette dernière resterait dans un vide juridique. Il est possible de déterminer ce statut puisque la définition du prisonnier de guerre demeure raisonnablement claire, même si certaines techniques de guerre clandestine ou asymétrique sont prises en compte. Les tribunaux compétents (au sens de l'Article 5 (2) de la CG III) peuvent partir de l'hypothèse qu'il doit exister des preuves suffisamment claires pour qu'une personne bénéficie du statut de prisonnier de guerre.

29. L'Article 5 de la CG III ne spécifie pas les caractéristiques de ce « tribunal compétent ». La formation d'un tel tribunal reste, dans une large mesure, de la responsabilité du droit national. Le terme « tribunal compétent » désigne « un forum de jugement autorisé, qui n'aura pas obligatoirement un caractère judiciaire »⁴. La pratique des Etats dans la composition des tribunaux aux fins de l'Article 5 (2) de la CG III montre que les Etats concernés⁵ respectent une garantie minimale d'indépendance et de caractère judiciaire de l'organe décideur. En général, les Etats ont considéré les exigences de l'Article 5 (2) de la CG III comme une protection minimum. L'Article 5 (2) de la CG III n'exige pas de procédure longue ni de possibilité d'appel.

c) Autres personnes protégées

30. La distinction entre les prisonniers de guerre et les « autres personnes protégées » (en particulier les civils) procède des dispositions ci-après des Conventions de Genève : l'Article 4 de la CG III définit les prisonniers de guerre, tandis que l'Article 4 de la CG IV définit les autres « personnes protégées » (notamment les civils). La simple formulation des Article 4 (1) et (4) de la CG IV montre clairement qu'il ne doit exister aucune catégorie de personnes ne jouissant d'aucune protection :

(1) Les personnes protégées par la Convention sont celles qui, à un moment donné et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, aux mains d'une Partie au conflit ou de la Puissance occupante dont elles ne sont pas des ressortissants (...)

(4) Les personnes protégées par la Convention de Genève du 12 août 1949 sur l'amélioration de la condition des blessés et des malades faisant partie des forces armées en campagne ou par la Convention de Genève sur l'amélioration de la condition des membres blessés, malades ou naufragés de forces armées en mer datant du 12 août 1949, ou par la Convention de Genève relative au Traitement des prisonniers de guerre datant du 12 août 1949 ne seront pas considérées comme des personnes protégées au sens de la présente Convention.

⁴ Y.Naqvi, Doubtful Prisoner-of-War Status (Doutes sur le statut de prisonnier de guerre) (2002) 84 RICR 571-595, 577.

⁵ Par exemple, les Règlements de l'US Army spécifient qu'un tribunal compétent doit être composé de trois officiers brevetés dont l'un doit être un officier supérieur, et que les droits fondamentaux au respect de la procédure doivent être garantis (par exemple, les personnes seront conseillées sur leurs droits au début de l'audience ; les personnes seront autorisées à convoquer des témoins s'ils sont raisonnablement disponibles et à questionner ceux qui sont convoqués par le tribunal ; les personnes auront le droit de témoigner). Des dispositions similaires ont été adoptées par le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Israël (ce dernier Etat possédant une expérience considérable des occupations militaires, de la détention de combattants et des nouvelles formes de terrorisme).

31. L'Article 4 de la CG IV stipule clairement que, en principe, toutes les personnes (en particulier les civils) qui ne sont pas des ressortissants de la Puissance détentrice ou ne sont pas protégées par les autres Conventions seront des « personnes protégées » en vertu de la CG IV. Les membres d'un réseau terroriste international tel qu'Al-Qaida qui ont été arrêtés en relation avec un conflit armé entreront pour la plupart dans cette catégorie des autres « personnes protégées » puisqu'ils n'ont généralement pas droit au statut de prisonnier de guerre (a). Dans certains cas, les nationaux d'un Etat qui n'est pas partie au conflit armé relèvent d'un régime différent, mais eux non plus ne restent pas sans protection (b).

i. Personnes suspectées d'appartenir à une organisation terroriste (et statut de prisonnier de guerre)

32. Les personnes soupçonnées d'être membres d'un réseau terroriste international tel qu'Al-Qaida pourraient rarement se prévaloir du statut de prisonnier de guerre parce qu'elles ne sont pas simultanément membres (ou « ne font pas partie ») des forces armées régulières d'un Etat (voir l'Article 4 A (1) de la CG III). Même si c'était le cas pour certains membres du réseau, ils seraient passibles de poursuites pour comportement criminel commis avant ou après leur arrestation. De plus, ces membres d'organisations terroristes internationales n'auront généralement pas respecté les conditions auxquelles le statut de prisonnier de guerre est subordonné telles qu'elles sont mentionnées dans l'Article 4 A (2) de la CG III – pour les « Membres d'autres milices... », c'est-à-dire (a) qui sont commandés par une personne responsable de ses subordonnés, (b) portent un signe distinctif fixe reconnaissable à distance ; (c) portent les armes ouvertement ; et (d) mènent leurs opérations selon les lois et coutumes de la guerre. L'interprétation exacte de l'Article 4 A (2) de la CG III a toujours été controversée et cette disposition a été l'objet de réformes en vertu du Premier Protocole Additionnel aux Conventions de Genève datant de 1949 qui a trait à la Protection des victimes des conflits armés internationaux (ci-après désigné « PI »). Cependant, ces questions d'interprétation et de réforme ne concernent guère l'interrogation sur la « nécessité éventuelle de développer les Conventions de Genève à la lumière des nouvelles catégories de combattants qui ont récemment fait leur apparition ».

33. Puisque, en conséquence, les « nouvelles catégories de combattants qui ont récemment fait leur apparition » n'ont généralement pas droit au statut de prisonnier de guerre, il n'est point nécessaire de développer les règles de la CG III concernant ledit statut. Il convient cependant de rappeler à ce stade que l'Article 5 de la CG III prévoit une procédure obligatoire pour déterminer formellement si une personne donnée peut ou non prétendre au statut de prisonnier de guerre et que, tant que cela n'a pas été fait, cette personne doit se voir reconnaître les droits d'un prisonnier de guerre (voir plus haut le point a).

ii. Ressortissants de pays tiers

34. L'Article 4 (2) (2) de la CG IV prévoit une exception à la règle générale selon laquelle toutes les personnes qui ne sont pas des ressortissants de la Puissance détentrice ou ne sont pas protégées par l'une des autres Conventions de Genève seront des « personnes protégées » en vertu de la CG IV. Cette exception concerne

« les ressortissants d'un Etat neutre qui se trouvent dans le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat co-belligérant [qui] ne seront pas considérés comme des personnes protégées tant que l'Etat dont ils sont les ressortissants dispose

d'une représentation diplomatique normale dans l'Etat entre les mains duquel ils se trouvent.

35. Cette disposition ne signifie néanmoins pas que les Conventions de Genève laissent cette catégorie de personnes sans protection. En fait, la protection dont elles bénéficient opère à deux niveaux :

36. Le premier est formé par les règles de la protection diplomatique. La meilleure protection dont une personne puisse se prévaloir vis-à-vis d'un Etat étranger est traditionnellement la protection diplomatique exercée en son nom par son pays. Le système de la protection diplomatique ne peut toutefois pas fonctionner entre des Etats qui sont des parties opposées dans un conflit armé. C'est pourquoi les Conventions de Genève prévoient un système de protection spécial pour les personnes qui sont des ressortissants des parties au conflit. Les auteurs des Conventions de Genève n'ont cependant pas jugé nécessaire d'étendre le système de protection spécial stipulé par les Conventions aux ressortissants des pays tiers, c'est-à-dire aux catégories de personnes pour lesquelles les procédures normales de la protection diplomatique restent disponibles.

37. Le deuxième niveau de la protection offerte aux ressortissants de pays tiers qui sont arrêtés en relation avec un conflit armé international sont l'Article 75 P I, l'article 3 commun aux CG ayant été déclaré par la Cour internationale de Justice dans son arrêt dans l'affaire Nicaragua comme étant applicable à tout type de conflit armé, ainsi que les DH dans la mesure où il n'a pas été dérogé aux droits garantis. L'Article 75 P I stipule expressément que ses règles s'appliquent aussi aux « Ressortissants des Etats qui ne sont pas partie au conflit ».

38. Ces règles reposent sur l'hypothèse que les ressortissants des Etats qui ne sont pas partis au conflit ou les ressortissants des états co-belligérants n'ont pas besoin de la protection pleine et entière de la CG IV puisque, normalement, ils sont encore mieux protégés par les règles sur la protection diplomatique. Cependant, si cette protection diplomatique n'était pas (correctement) exercée au profit de ces ressortissants de pays tiers, les DIH leur accordent une protection en vertu de l'Article 75 P I et l'article 3 commun aux CG, de telle sorte que ces personnes ne seraient pas privées de certains droits minimum.

39. Ce statut juridique demeure approprié à ce jour. Premièrement, il tient compte de la situation spéciale des ressortissants des pays tiers et leur assure aussi les garanties minimum auxquelles a droit tout être humain. En outre, il est aussi approprié pour les ressortissants des pays tiers qui sont réputés être des combattants non privilégiés tels que les membres d'organisations terroristes internationales.

iii. « Combattants non privilégiés » ?

40. Le fait qu'une personne ne remplissant pas les critères de l'Article 4 de la CG III (qui lui permettrait de prétendre au statut de prisonnier de guerre) ait participé aux hostilités ne constitue pas un motif propre à exclure l'application de la CG IV à condition que la personne concernée remplisse les critères de nationalité spécifiés par l'Article 4 de la GC IV. Si une telle personne ne remplit pas le critère de nationalité, elle jouira au minimum des droits garantis par l'article 45 (3) PI et l'article 3 commun aux CG. Cette position est confirmée par l'Article 45 (3) P I qui a été adopté par consensus et est généralement considéré comme étant le droit international coutumier. Cette disposition s'énonce comme suit :

« Toute personne qui a pris part aux hostilités, qui n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre et qui ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable conformément à la Quatrième Convention aura droit à tout instant à la protection de l'Article 75 de ce Protocole. Dans un territoire occupé, toute personne de cette sorte, à moins d'être détenue en tant qu'espion, aura aussi droit, nonobstant l'Article 5 de la Quatrième Convention, au droit de communication qui lui est reconnu par cette Convention ».

41. Cette disposition présuppose que la CG IV s'applique aux personnes ne remplissant pas les critères de l'Article 4 de la CG III (par exemple les « combattants hors la loi »), faute de quoi l'expression « et qui ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable conformément à la Quatrième Convention » serait dépourvue de sens ou superflue ⁶. Cette analyse textuelle des Conventions de Genève est confirmée par l'analyse des *travaux préparatoires* pertinents, des écrits universitaires et des pratiques passées ⁷.

42. L'historique de la rédaction des textes montre aussi clairement que la question du statut juridique des « combattants hors la loi » devait être résolue par l'Article 5 de la CG IV. Ce dernier s'énonce comme suit :

« (1) Si, dans le territoire d'une Partie au conflit, cette dernière est convaincue qu'une personne protégée est soupçonnée sans aucun doute de s'être livrée à ou a commis des activités hostiles à la sécurité de l'Etat, cette personne ne pourra invoquer les droits et privilèges stipulés par la présente Convention qui, s'ils étaient exercés en faveur de cette personne, seraient préjudiciables à la sécurité de cet Etat.

(2) Si, dans un territoire occupé, une personne protégée est détenue en qualité d'espion ou de saboteur, ou en tant que personne soupçonnée sans aucun doute d'une activité hostile à la sécurité de la Puissance occupante, cette personne, dans les cas où l'impératif d'une sécurité militaire absolue l'exige, sera considérée comme ayant perdu le droit de communication stipulé par la présente Convention.

⁶ Ce point de vue a été confirmé par les Manuels Militaires. Par exemple, le Manuel Militaire des Etats-Unis FM 27-10, *The Law of Land Warfare*, 1956, pp. 31, 98 *et suivantes* (La loi de la guerre terrestre), énonce la loi comme suit :

« 73. Les personnes commettant des actes hostiles n'ont pas le droit d'être traitées comme des prisonniers de guerre. Si un tribunal compétent agissant conformément à l'Article 5 [de la CG III] décide qu'une personne ne rentre dans aucune des catégories énumérées dans l'Article 4 de la CG III, cette personne n'a pas le droit d'être traitée comme un prisonnier de guerre. Elle est cependant une « personne protégée » au sens de l'Article 4 [de la CG IV] ».

⁷ Knut Dörmann, conseiller juridique à la Division des affaires juridiques du Comité international de la Croix Rouge, décrit l'histoire de cette rédaction dans *"The Legal Situation of "unlawful/unprivileged Combatants"* (« Le statut juridique des combattants hors la loi/non privilégiés »), publié dans *l'International Review of the Red Cross* (Revue internationale de la Croix Rouge) vol. 85 (2003) pp. 45-73 (aux pp. 52-58) : « Si certaines délégations ont considéré que la CG IV ne doit pas protéger les personnes violant les lois de la guerre, les saboteurs et les espions (...), d'autres délégations ont adopté le parti contraire. Comme l'a dit le délégué australien, « il est devenu évident au cours des débats qu'il existait deux écoles de pensée : celle des délégations qui souhaitaient une Convention large et « élastique » et celle des délégations qui voulaient une Convention restrictive ». Afin de surmonter les divergences de vues, le Comité, à titre de compromis, a adopté le projet d'Article 3A (qui est devenu l'Article 5 de la CG IV). Cette disposition traitait les personnes violant les lois de la guerre, les saboteurs et les espions comme des « personnes protégées », mais autorisait les Etats, dans certaines circonstances, à les priver de certaines des protections accordées par la CG IV. Cette solution de compromis a été adoptée à une large majorité par la Conférence Diplomatique.

(3) Dans tous les cas, ces personnes seront néanmoins traitées avec humanité et, en cas de procès, elles ne seront pas privées des droits à un jugement équitable et régulier prescrits par la présente Convention. Elles se verront aussi reconnaître l'intégralité des droits et privilèges d'une personne protégée en vertu de la présente Convention à la date la plus précoce qui sera compatible avec la sécurité de l'Etat ou, le cas échéant, de la Puissance occupante ».

43. Quoiqu'il ne parle pas expressément des « combattants hors la loi », l'Article 5 de la CG IV précise sans ambiguïté que les personnes fortement soupçonnées de s'être livrées à des activités hostiles contre la puissance détentrice ou occupante sont, en principe, des personnes protégées, mais qu'elles peuvent dans le même temps être privées de certains (mais non de la totalité) des droits qui leur sont reconnus par la CG IV. La plupart des auteurs se rallient à ce point de vue et le petit nombre de ceux qui ne le partagent pas n'indiquent pas les raisons spécifiques de leur désaccord⁸.

44. Le débat sur l'existence, au regard des Conventions de Genève, d'une catégorie de « combattants hors la loi » ne jouissant pas d'une protection juridique a été très bien résumé par le commentaire ci-dessous :

*« En 1949, la CG IV a été adoptée en sachant les problèmes liés aux combattants hors la loi (...). A notre avis, la position consistant à soutenir que les combattants hors la loi étaient généralement exclus du champ d'application de la CG IV, contrairement à la formulation assez exhaustive de l'Article 4 de la CG IV, n'est donc guère tenable. Il en va de même pour l'assertion selon laquelle il existe un droit international coutumier co-existant qui couvrirait intégralement les combattants hors la loi et constituerait une sorte de branche spécialisée du droit (...). A ce propos, on rappellera également que les rédacteurs de P I [en 1977] comprenaient apparemment le champ d'application de la CG IV de telle manière qu'il inclue au moins certains types de combattants hors la loi »*⁹

45. On pourrait cependant soutenir qu'une interprétation des Conventions de Genève accordant à tout individu le statut soit de prisonnier de guerre selon la CG III, soit de « personne protégée » (et en particulier de civil) selon la CG IV « irait à rebours du raisonnement simple » qui veut que les *combattants* qui n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre (parce qu'ils ont violé l'Article 4 de la CG III, voir plus haut) doivent être traités moins favorablement que les prisonniers de guerre alors que ce ne serait pas le cas s'ils étaient traités comme des « civils », lesquels, pour leur part, sont « mieux traités que les prisonniers de guerre ». Cet argument ne résiste toutefois pas à l'examen pour deux raisons :

- premièrement, s'il est vrai que les combattants qui ne peuvent se prévaloir du statut de prisonnier de guerre en vertu de l'Article 4 de la CG III devraient être traités moins favorablement que les prisonniers de guerre, il n'est nullement assuré que l'application de la CG IV aux combattants ne pouvant prétendre à ce statut les place réellement dans une

⁸ Ce point de vue dominant a été en grande partie confirmé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Delalic (TPIY, jugement ministère public contre Delalic et al. IT-96-21-T, 16 novembre 1998, paragraphe 271). Les pratiques ambiguës des Etats qui ont été interprétées de façon contraire (voir en particulier *Ex parte Quirin*, Cour suprême des Etats-Unis, 317 U.S. 1, 63 (1942)) sont antérieures à l'élaboration des Conventions de Genève.

⁹ Dörmann, voir supra la note 7 à la p. 60.

situation plus favorable que celle des prisonniers de guerre. Le statut de prisonnier de guerre comme celui de « personne protégée » (en particulier de civil) (selon la CG IV) ne se prêtent pas aisément à une comparaison entre leurs avantages respectifs. Par exemple, le statut de prisonnier de guerre est « meilleur » que celui de « personne protégée » (en particulier de civil) au regard de la CG IV pour ce qui a trait à l'immunité contre les poursuites pour les actes de violence antérieurs (qui ont été commis conformément aux lois de la guerre) ou au droit de recevoir de la nourriture, de bénéficier de certaines formes de distractions et de possibilités de communication avec les détenus se trouvant dans la même situation. Une personne détenue en tant que « personne protégée » (en particulier pour un civil) au titre de la CG IV est, de ce fait, privée de nombreux privilèges auxquels ont droit les prisonniers de guerre, notamment le droit d'être libéré ;

- deuxièmement, l'argument susmentionné néglige le fait que la CG IV ne se borne pas à accorder un ensemble invariant de droits aux civils mais couvre intégralement les autres « personnes protégées » (Article 4 de la CG III). Ces autres « personnes protégées » (notamment les civils) ne doivent pas nécessairement bénéficier toutes des mêmes droits. En particulier, l'Article 5 de la CG IV stipule que certains « individus ne pourront se prévaloir, en vertu de la présente Convention, des droits et privilèges qui, s'ils étaient exercés en leur faveur, porteraient préjudice à la sécurité de cet Etat » (paragraphe (2)) ou « ont perdu le droit de communication en vertu de la présente Convention » (paragraphe (3)). C'est précisément cette disposition qui a pour but de donner à la puissance détentrice la possibilité d'accorder aux « combattants non privilégiés » des droits plus restreints que ceux dont ils jouiraient s'ils étaient des civils pacifiques.

46. C'est pourquoi, en principe, les « combattants non privilégiés » bénéficient de la protection de la CG IV en tant qu'autres « personnes protégées » indépendamment du fait que, du point de vue technique, ils soient qualifiés de civils. L'Article 5 de la CG IV donne à la puissance détentrice certaines prérogatives lui permettant de restreindre les droits des « combattants illégaux » par rapport à ceux des autres « personnes protégées » (et notamment des civils), mais uniquement dans la mesure où les impératifs de sa sécurité l'exigent et sous réserve de limitations strictes, en particulier le respect des droits minimum stipulés par l'Article 5 (3) de la CG IV.

47. Cette situation juridique est appropriée, en particulier pour ce qui a trait aux nouvelles formes de terrorisme qui ont récemment fait leur apparition. D'un côté, la loi est suffisamment ouverte et souple pour tenir compte des impératifs de sécurité et, de l'autre, elle oblige la puissance détentrice à justifier de manière spécifique tout écart par rapport aux règles de la CG IV. Jusqu'à présent, aucun des Etats concernés n'a fourni une telle justification spécifique pour des « combattants non privilégiés » à propos d'un quelconque écart par rapport à ces règles.

48. Le système exhaustif des Conventions de Genève, qui évite qu'il y ait des personnes qui échapperaient à toute protection accordée par les GC III et IV obéit à une logique humanitaire bien fondée et est suffisamment souple pour tenir compte des préoccupations légitimes en matière de sécurité, en particulier celles qui naissent des nouvelles formes de terrorisme international.

V. Applicabilité des traités sur les droits de l'homme

49. En plus du DIH des Conventions de Genève, les traités sur les droits de l'homme s'appliquent, en principe, à toutes les personnes soumises à l'autorité et au contrôle d'un

Etat¹⁰. La nationalité d'un individu ou son affiliation à une partie au conflit ne sont pas pertinentes pour l'application des DH. Il en va de même pour les cas dans lesquels des terroristes ont commis des actes criminels sur le territoire d'un Etat donné. L'Article 2 du Pacte international sur les droits civils et politiques ou PIDCP et l'Article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) fournissent des réponses claires pour ces cas de figure. Cela est aussi vrai de certains actes des Etats qui sont effectués hors de leur propre territoire ; d'après l'Article 2 (1) du PIDCP, chaque Etat signataire s'engage à respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant « dans son territoire et soumise à sa juridiction » les droits consacrés par la Convention. La première restriction – territoriale – ne figure pas dans l'article correspondant (Article 1) de la CEDH. Malgré cette différence de formulation, l'écart est plus faible qu'il n'y paraît à première vue. Dans un cas comme dans l'autre, l'Etat peut être tenu pour responsable même en cas d'extraterritorialité¹¹. De toute manière, les garanties du PIDCP sont – sous réserve de restrictions acceptables et expressément déclarées – applicables dans tous les cas où un Etat signataire a placé des individus en détention dans le cours d'actions de guerre et les a délibérément amenés dans un territoire se trouvant sous son contrôle de fait nonobstant le fait que ce territoire n'appartienne pas à cet Etat.

50. Savoir si les droits et obligations découlant des traités sur les droits de l'homme sont modifiés du fait de l'applicabilité du DIH est une question de droit positif qui sera traitée ci-dessous.

VI. Droits et protection garantis par les Conventions de Genève et les droits de l'homme

51. Le statut de prisonnier de guerre est lié à certains droits et privilèges bien définis en vertu de la CG III. Les civils sont également protégés en vertu de la GC IV. Toute personne ayant participé aux hostilités mais qui ne bénéficie ni du statut de prisonniers de guerre, ni du traitement plus favorable en vertu de la GC IV est néanmoins protégée en particulier par l'article 75 PI qui est généralement reconnu (y compris par les Etats-Unis) comme faisant partie du droit coutumier.

52. Les règles substantielles des Conventions de Genève relatives à la protection des prisonniers de guerre et des « personnes protégées » sont fort élaborées et complexes. Il n'est pas nécessaire de les analyser toutes en détail. Nul ne conteste que les personnes se trouvant entre les mains d'une partie à un conflit armé international (ou d'une puissance occupante) ont droit à un certain niveau de protection minimum qui est décrit, au niveau d'abstraction le plus élevé, comme les exigences de l'humanité. Par conséquent, la question n'est pas de savoir si toutes les règles relatives aux prisonniers de guerre ou aux autres « personnes protégées » (en particulier aux civils) sont raisonnables, mais plutôt comment certaines questions cruciales sont résolues.

¹⁰ Voir, entre autres, UNHRC (Haut commissariat aux réfugiés des Nations Unies), Lopez Burgos, Communication n° 52/1979, paragraphe 12.3.

¹¹ Voir Appl. n° 52/1976, § 12.3 – Lopez Burgos ; Appl. n° 56/1979, § 10.3 – Celiberti ; voir aussi T. Meron, 'Extraterritoriality of Human Rights Treaties' (Extraterritorialité des traités sur les droits de l'homme), (1995) 89 *AJIL* 78-82.

A. Relation entre le Droit international humanitaire et les droits de l'homme

53. Le DIH des Conventions de Genève et les DH ont leur source dans les mêmes racines morales. Les deux domaines du droit « contiennent des règles sur le traitement et la protection des êtres humains sur des considérations d'humanité »¹². Tous deux exigent que la protection de la loi soit accordée sans discrimination d'aucune sorte. Tous deux s'appliquent en cas de conflit armé.

54. Les DH complètent le DIH et, ensemble, les DH et le DIH établissent des normes minimales de traitement des personnes impliquées dans un conflit armé¹³. Alors que le DIH règle le comportement des parties à un conflit armé, les DH, en principe, s'appliquent en tous temps, que ce soit en temps de paix ou dans le cas d'un conflit armé, à toutes les personnes soumises à l'autorité et au contrôle d'un Etat (« juridiction »).

55. La relation exacte entre ces deux ensembles de règles est sujette à controverse et dépend des particularités du cas concerné et des droits en question. Dans son Avis consultatif sur la légalité de la menace de recourir aux armes nucléaires ou de leur emploi, la CIJ a statué que la protection des droits de l'homme ne cesse pas en temps de guerre, sauf du fait du fonctionnement de dispositions autorisant certaines dérogations en un temps où une nation est confrontée à l'urgence¹⁴. Par exemple, la *Clause Martens'* (Article 1 (2) P I) met l'accent sur la proximité des deux domaines du droit. L'Article 60 (5) de la Convention de Vienne sur le droit des traités intègre les deux concepts dans le terme de « traités à caractère humanitaire ». On notera que les deux domaines du droit contiennent des dispositions appelées clauses « les plus favorables à l'individu ». Ainsi, conformément à l'Article 5 (2) du PIDCP et à l'Article 75 (8) P I, les autres dispositions favorables ou plus extensives qui concernent les droits de l'homme et dont un individu peut se prévaloir en vertu de la législation ou des pratiques nationales ou internationales ne peuvent être limitées par des dérogations ni d'une quelconque autre manière.

56. En règle générale, une fois qu'un conflit armé a éclaté, le DIH, plus spécifique, se substitue partiellement aux DH. Toutefois cela ne signifie pas que les DH cessent entièrement de s'appliquer en temps de guerre. Celles de ses règles auxquelles il ne peut être dérogé et les règles auxquelles il n'a pas été dérogé conformément au mécanisme de dérogation prévu par le traité correspondant s'appliquent aussi en temps de guerre. Il existe aussi des situations dans lesquelles la DH fait référence aux dispositions plus spécifiques du DIH. Par exemple, le droit à la vie est l'une des garanties fondamentales instaurées par la DH et il ne peut y être porté atteinte que dans des cas exceptionnels (Article 6 (2) du PIDCP et Article 2 (2) de la

¹² K.J. Partsch, "Human Rights and Humanitarian Law" (Les droits de l'homme et le droit humanitaire), texte paru dans R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law II* (Amsterdam, Lausanne et New York et al. 1995), 910.

¹³ Dans sa Décision du 12 mars 2002 sur la demande de mesures de précaution pour les détenus de la baie de Guantanamo, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a rappelé que, en cas de conflit armé, les sauvegardes prévues par les droits de l'homme et la législation des droits de l'homme internationale peuvent se compléter et se renforcer mutuellement car les droits de l'homme et la législation des droits de l'homme internationale ont en commun un noyau de droits auxquels il ne peut être dérogé et le but de promouvoir la vie et la dignité humaines (HRLJ, 30 septembre 2002, Vol. 23, n°1-4, p.16).

¹⁴ Comptes rendus de la CIJ (ICJ Reports) 1996, p. 265 (paragraphe 24).

CEDH). En vertu du DIH, tuer un combattant n'est pas interdit en principe bien que, normalement, on considère qu'il ne peut être dérogé au droit à la vie.

57. Les dispositions relatives aux droits de l'homme ne tiennent pas spécifiquement compte du régime et du statut des prisonniers de guerre. L'Article 9 du PIDCP n'est pas conçu pour les conflits armés internationaux. C'est pourquoi il n'est pas déterminant pour la question de savoir si la détention d'un combattant pendant un conflit armé international est arbitraire ou illégale par ailleurs. Les règles de Genève pour les prisonniers de guerre font en grande partie office de branche spécialisée du droit (*lex specialis*) en ce qui concerne les règles relatives à la détention faisant partie des dispositions générales sur les droits de l'homme. Les dispositions du DIH autorisent la détention de personnes pour certains motifs et sous réserve de certaines conditions. La CG III autorise l'internement prolongé des prisonniers de guerre faisant l'objet d'une procédure pénale pour un délit susceptible de donner lieu à inculpation jusqu'à la fin de cette procédure et, si nécessaire, jusqu'à l'accomplissement de la peine. Des dispositions analogues existent pour des civiles détenus en vertu de l'article 133 (2) de la GC IV et pour des personnes qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable garanti par la GC IV mais sont protégées par l'article 75 PI (qui fait partie du droit coutumier). Il en va de même pour les garanties *d'un procès équitable* dans la mesure où il existe des règles plus spécifiques en vertu du DIH. Dans ces cas, les normes de la DH doivent être interprétées en se référant au DIH.

58. Cela ne veut néanmoins pas dire que les DH perdent toute signification dans des situations où le DIH s'applique en tant que *lex specialis*. Les deux domaines demeurent autonomes, ils se complètent et ils assurent une double protection. C'est pourquoi la DH peut s'appliquer dans des situations où le DIH n'accorde pas une protection suffisante.

B. Droits et protection conférés par le Droit international humanitaire

59. S'agissant de la protection substantielle prévue par le DIH, il suffit de distinguer entre les droits des prisonniers de guerre (a) et les Droits des combattants ne pouvant prétendre au statut de prisonnier de guerre (b).

a) Droits des prisonniers de guerre

60. Les dispositions sur la procédure pénale et la détention préventive relatives aux prisonniers de guerre sont incorporées dans l'Article 103 de la CG III. Ce dernier stipule en particulier certains délais et restrictions pour la détention provisoire. L'Article 104 de la CG III prévoit que le jugement sera notifié dès que possible à la Puissance protectrice en cas d'ouverture d'une procédure contre un prisonnier de guerre et, en tout état de cause, au moins trois semaines avant l'ouverture du procès. D'après l'Article 84 de la CG III, seule une cour martiale peut juger un prisonnier de guerre, à moins que la législation existante de la Puissance détentricrice permette expressément aux tribunaux civils de juger un membre des forces armées de la Puissance détentricrice pour le délit dont le prisonnier de guerre est accusé.

61. Un prisonnier de guerre ne peut en aucun cas être jugé par un tribunal, de quelque sorte que ce soit, qui n'offre pas les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité telles qu'elles sont généralement reconnues et, en particulier, dont la procédure ne reconnaît pas à l'accusé les droits et moyens de défense prévus par l'Article 105 de la CG III. L'Article 105 de la CG III prévoit l'assistance de ses camarades et la défense par un avocat ou conseil qualifié.

62. Le principe d'un jugement équitable est garanti, de manière plus générale, par l'Article 99 (3) de la CG III (« *Aucun prisonnier de guerre ne pourra être condamné sans avoir eu l'occasion de présenter sa défense et avoir bénéficié de l'assistance d'un avocat ou conseil qualifié* »).

63. Le principe *nulla poena sine lege* est reflété dans l'Article 99 (1) de la CG III. Aucun prisonnier de guerre ne peut être jugé ou condamné pour un acte qui n'est pas prohibé par la législation de la Puissance détentrice ou par le droit international en vigueur au moment où ledit acte a été commis.

64. Enfin, le principe *nemo tenetur* s'applique aussi aux prisonniers de guerre. Selon l'Article 99 (2) de la CG III, aucun moyen de coercition morale ou physique ne peut être exercé sur un prisonnier de guerre afin de l'amener à se reconnaître coupable d'un acte dont il est accusé. Toutes ces règles sont en soi plausibles et l'on voit mal quelles raisons pourraient justifier qu'elles ne soient pas appliquées aux prisonniers de guerre dont les chefs se sont associés à ou ont même coopéré avec une organisation terroriste internationale.

65. L'Article 102 de la CG III exige que les prisonniers de guerre soient poursuivis devant « *les mêmes tribunaux et selon la même procédure que les membres des forces armées de la Puissance détentrice* ». On pourrait faire valoir que, comme certains Etats ont établi des normes de respect de la procédure beaucoup plus rigoureuses que d'autres pour les poursuites exercées par un tribunal militaire contre les membres de leurs propres forces armées et comme ils seraient donc tenus d'accorder aux prisonniers de guerre des procédures plus protectrices et plus coûteuses que d'autres Etats, il pourrait en résulter des situations inappropriées et il conviendrait d'envisager la suppression de l'obligation pour la Puissance détentrice de faire juger les prisonniers de guerre par « *les mêmes tribunaux et selon la même procédure* ». Cependant, après mûre réflexion, il convient de rejeter cette suggestion. Les Etats partis à la CG III ont effectivement décidé que tout Etat doit appliquer sa propre procédure à tout prisonnier de guerre sous réserve de certaines exigences minimum et ils ont donc accepté consciemment que cette obligation coûte plus cher à certains d'entre eux que si les Conventions de Genève avaient prévu une procédure standard pour tous les prisonniers de guerre dans tous les Etats. La règle énoncée dans l'Article est fondée solidement sur des considérations de certitude juridique (parce que chaque armée est habituée à ses propres procédures) et de respect mutuel et de réciprocité. Par conséquent, la seule question qu'il y a lieu de se poser consiste à savoir si une modification de l'article 102 de la CG III doit être envisagée « à la lumière des nouvelles catégories de combattants qui ont récemment fait leur apparition ». L'Article 102 de la CG III ne s'applique néanmoins pas aux terroristes, qui dans la pratique ne font généralement pas partie de forces armées régulières (voir plus bas le point d)). Cependant, dès lors que l'on accepte qu'il est possible de distinguer entre les combattants réguliers et irréguliers et une fois que cette distinction a été opérée, la règle de l'Article 102 de la CG III garde sa pertinence même si elle implique des coûts plus élevés pour les Etats des pays développés.

66. La CG III n'interdit pas à la Puissance détentrice de prendre des mesures de sécurité raisonnables et nécessaires pour ses prisonniers de guerre, en particulier celles qui visent à assurer la sécurité de la Puissance détentrice. Il est possible que des raisons à sécurité pourraient, par exemple, justifier un accès restreint des prisonniers de guerre à certains objets normalement prévu par l'article GC III, s'il y a lieu de penser que ces objets puissent être détournés de leur usage courant pour commettre une agression physique ou un suicide. Il se

peut que des considérations de sécurité justifient que ces objets ou privilèges ne soient pas accordés aux personnes qui n'ont généralement pas droit au statut de prisonnier de guerre (associés d'Al-Qaida, voir plus bas le point d)) car elles pourraient en abuser et amener des prisonniers de guerre à en abuser. On notera aussi que, bien que l'Article 17 régit les interrogatoires des prisonniers de guerre, il ne les interdit pas en tant que tels.

67. Pour ces raisons, il n'est guère nécessaire de développer ultérieurement les règles de la Troisième Convention de Genève.

b) Les droits des combattants n'ayant pas le statut de prisonnier de guerre

68. La personne qui ne remplit pas les conditions requises pour prétendre au statut de prisonnier de guerre a néanmoins droit, même si elle est un « combattant illégal », à une protection en tant qu'autre « personne protégée » au titre de la CG IV (voir plus haut III. d)). Cela signifie que, en règle générale, cette personne jouit de tous les droits reconnus aux civils par la CG IV sous réserve de certaines restrictions. S'agissant des « combattants non privilégiés », ces conditions reposent sur l'Article 5 de la CG IV :

« (1) Si, dans le territoire d'une Partie au conflit, cette dernière est convaincue qu'une personne protégée s'est livrée à des activités hostiles à la sécurité de l'Etat ou est soupçonnée sans aucun doute de s'y être livrée, cette personne ne pourra, au titre de la présente Convention, se prévaloir des droits et privilèges qui, s'ils étaient exercés en faveur de cette personne, porteraient préjudice à la sécurité de cet Etat.

(2) Si, dans un territoire occupé, une personne protégée est détenue en qualité d'espion ou de saboteur, ou en tant que personne s'étant livrée à des activités hostiles à la sécurité de la Puissance occupante ou soupçonnée sans aucun doute de s'y être livrée, cette personne, dans les cas où les impératifs d'une sécurité militaire absolue l'exigent, sera considérée comme ayant perdu son droit de communication en vertu de la présente Convention ».

69. Les deux paragraphes de cette stipulation donnent à la Puissance détentrice des pouvoirs plus étendus l'autorisant à restreindre les droits des personnes protégées pour des considérations de sécurité dans le cas où ces personnes se trouvent dans son propre territoire plutôt que dans un territoire occupé. Les motifs de cette distinction ne sont pas parfaitement clairs et les Conventions de Genève ont peut-être besoin d'être clarifiées sur ce point. On pourrait soutenir que les personnes raisonnablement suspectées de terrorisme international relèvent de la règle plus générale de l'Article 5 (1) de la CG IV.

70. En supposant que l'Article 5 (1) de la CG IV sert de base à la restriction des droits des « combattants non privilégiés » en vertu de la CG IV, ce pouvoir est soumis à plusieurs limitations importantes. Ces dernières sont énumérées dans l'Article 5 (3) de la CG IV et l'Article 75 P I (voir l'Annexe).

71. L'Article 75 P I couvre expressément les « combattants non privilégiés » en tant que « personnes se trouvant au pouvoir d'une Partie au conflit et ne bénéficiant pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions ou du Protocole ». Comme il a été déjà mentionné auparavant, il s'agirait des personnes ne jouissant pas d'un statut de prisonniers de guerre et qui ne remplissent pas le critère de nationalité prévu par l'article 4 CG IV. Il est généralement reconnu que, en raison de leur caractère fondamental, les stipulations de l'Article 75 P I font partie du droit international coutumier. Par le passé, les Etats-Unis ont reconnu que les Articles 45 et 75 font partie des nombreux Articles du P I qui « sont soit

juridiquement contraignants en tant que droit international coutumier, soit constituent des pratiques acceptables quoique juridiquement non contraignantes »¹⁵. Il est admis, et les Etats-Unis l'ont fait par le passé, que, en raison de leur caractère fondamental, les stipulations de l'Article 75 font partie du droit international coutumier¹⁶. On ne voit pas, et d'ailleurs aucune raison de cette sorte n'a été spécifiquement invoquée, pourquoi l'Article 5 (3) de la CG IV et l'Article 75 P I ne devraient pas constituer la norme minimum de protection applicable à toutes les personnes, y compris les « combattants non privilégiés ».

72. Toutefois on pourrait aussi soutenir qu'il n'est pas toujours possible, pour des raisons juridiques ou pratiques, de poursuivre les « combattants non privilégiés » devant une juridiction pénale si un grand nombre de ces combattants font leur apparition sur la scène des conflits internationaux et sont capturés en grand nombre, alors qu'il n'existe pas de preuves individualisées d'une conduite criminelle (en dehors de leur association aux autres combattants appartenant à une organisation terroriste internationale telle qu'Al-Qaida). Cet argument méconnaît le fait que le DIH n'exclut pas la possibilité de recourir à la détention administrative (internement ou assignation à résidence, voir l'Article 78 de la CG IV) en sus des procédures pénales mais sous réserve de certaines conditions.

73. Pour une Puissance occupante, il pourrait donc être justifié de détenir les « combattants non privilégiés » pendant le temps nécessaire pour tirer leurs circonstances au clair (ce qui peut prendre du temps s'ils sont capturés en grand nombre), notamment pour trouver la preuve qu'ils sont effectivement associés à une organisation terroriste internationale et font peser une menace permanente. Cependant, si des preuves suffisantes ne peuvent être présentées dans un délai raisonnable, soit pour justifier le maintien en détention administrative, soit pour ouvrir une procédure pénale, alors le fait qu'une personne a été arrêtée au cours d'un conflit armé dans lequel une organisation terroriste internationale était impliquée ne justifie pas son maintien en détention pour une durée indéterminée. Il en va de même pour les autres formes de traitement motivées par la présomption qu'un individu est coupable ou dangereux. Les preuves qui justifieraient le maintien en détention administrative doivent être soumises à un contrôle périodique (voir l'Article 78 de la CG IV)¹⁷.

C. Droits et protection conférés par les normes internationales en matière de droits de l'homme

a) Protection substantielle

74. D'après l'Article 9 du PIDCP, toute personne a droit à la liberté et à la sécurité. Les arrestations arbitraires sont exclues, nul peut être privé de sa liberté, sauf pour des motifs et

¹⁵ US Army, Operational Law Handbook (Manuel de droit opérationnel) (2002), International and Operational Law Department (Service du droit international et opérationnel), The Judge Advocate General's School (Ecole du chef de la justice militaire), US Army, Charlottesville, Virginie, publié le 15 juin 2001, Chapitre 2 p. 5.

¹⁶ Voir Goldman & Tittmore, supra 65, p. 38.

¹⁷ En ce qui concerne la détention des personnes soupçonnées de terrorisme, on se reportera aux jugements instructifs rendus par la Cour suprême d'Israël en 2003 à propos de la détention par les Forces de défense israélienne de nombreuses personnes sur la Rive Ouest du Jourdain en relation avec l'Opération Defensive Wall (Marab et al. contre le Commandant des Forces de défense israéliennes sur la rive Ouest, jugement prononcé le 5 février 2003, HCJ 3239/02) et en 1999 au sujet de ceux qu'on appelle les détenus libanais (C.F.H. 7048/97 Anonymus (Plonim) contre le ministre de la Défense P.D.54 (1) 721).

selon des procédures qui sont établis par la loi. Quiconque est arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des motifs de son arrestation et il sera promptement informé de toute accusation portée contre lui. Quiconque est arrêté ou détenu en raison d'une charge pénale sera promptement déféré devant un juge ou un autre fonctionnaire habilité par la loi à exercer des compétences judiciaires et il aura le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou d'être libéré. La détention provisoire des personnes en attente d'un jugement ne sera pas la règle générale, mais leur libération pourra être subordonnée à des garanties de comparution au jugement afin qu'il soit exécuté. Quiconque est privé de sa liberté par son arrestation ou sa détention aura le droit d'intenter une action en justice afin qu'un tribunal puisse statuer sans délai sur la légalité de sa détention et ordonner son élargissement si la détention est illégale. Quiconque a été victime d'une arrestation ou détention illégale pourra faire valoir son droit à indemnisation. L'Article 5 de la CEDH énonce les droits correspondants à l'échelon européen.

75. L'Article 10 du PIDCP est la garantie principale relative au traitement des personnes détenues quelle que soit la catégorie juridique à laquelle elles appartiennent. Toutes les personnes privées de liberté seront traitées avec humanité et respect en raison de la dignité inhérente à la personne humaine. L'Article 3 de la CEDH est plus général dans sa formulation. Cependant, d'après la jurisprudence de Strasbourg, les règles ne sont guère différentes.

76. L'Article 14 du PIDCP garantit une procédure équitable. Toutes les personnes sont égales devant les tribunaux. Lors de la détermination d'une quelconque charge pénale à son encontre, toute personne aura le droit d'être entendue de façon équitable et publique par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi. En outre, les accusés bénéficient de plusieurs garanties spécifiques. L'une d'entre elles est la présomption d'innocence. L'Article 14 (5) du PIDCP prévoit un double degré de juridiction dans les affaires pénales : quiconque est convaincu d'un crime aura le droit de faire contrôler son jugement et sa condamnation par un tribunal de degré supérieur conformément à la loi. Le principe *ne bis in idem* est consacré par l'Article 14 (7) : nul ne peut être jugé ou puni deux fois pour un délit pour lequel une condamnation pénale définitive a déjà été prononcée à son encontre ou pour lequel il a été acquitté conformément à la législation et à la procédure pénale de chaque pays. L'Article 6 de la CEDH et son Protocole n° 7 instaurent le même droit au niveau de l'Europe.

77. Le principe « nulle poena sine lege » fait partie intégrante de tout instrument international sur les droits de l'homme. L'Article 15 du PIDCP et l'Article 7 de la CEDH sont deux exemples remarquables de ce principe qui se trouve au cœur de l'état de droit. Dans le PIDCP comme dans la CEDH, ce droit fait partie des droits auxquels il ne peut être dérogé en vertu des clauses dérogatoires.

78. L'énoncé des garanties relatives aux droits de l'homme montre que les exigences du DIH sont moins strictes qu'elles ne le sont selon les traités généraux sur les droits de l'homme. Elles forment cependant une base solide pour assurer une protection contre les procédures arbitraires devant des organes ne méritant pas d'être qualifiés de « tribunal indépendant » ou de « cour ». Plusieurs protections fondamentales spécifiées par l'Article 14 du PIDCP ne sont pas expressément énumérées dans l'Article 75 P I, notamment le droit à l'assistance gratuite d'un interprète, le droit pour l'accusé de se défendre lui-même ou par le truchement d'un avocat de son propre choix et d'être informé de ce droit s'il ne dispose pas d'un avocat. Cependant, d'après l'Article 75 (8) P I, aucune autre disposition plus favorable

ne peut être exclue du seul fait qu'elle n'est pas incluse en vertu des droits visés à l'Article 75 P I.

79. C'est pourquoi, en principe, les protections plus larges de l'Article 14 du PIDCP s'appliquent aussi aux combattants non privilégiés tels que ceux qui sont détenus à Guantanamo Bay.

b) Dérogation aux droits en cas d'urgence

80. Les traités sur les droits de l'homme prévoient généralement une possibilité de dérogation à certains droits spécifiques en vertu des Conventions concernées. L'Article 4 du PIDCP, selon lequel les Parties étatiques peuvent, « en temps d'urgence menaçant la vie de la nation » et dont l'existence est officiellement proclamée, prendre des dispositions dérogeant aux obligations qui leur incombent en vertu de la Convention dans la mesure strictement nécessaire aux exigences de la situation, sous réserve que ces dispositions ne soient pas incompatibles avec leurs autres obligations au regard du droit international et n'entraînent pas de discrimination fondée uniquement sur des critères de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale¹⁸. Cependant, il ne peut être dérogé aux articles 6, 7, 8 (paragraphe 1 et 2), 11, 15, 16 et 18 en vertu de cette stipulation¹⁹.

81. L'Article 4 (3) du PIDCP prévoit une procédure spéciale. Tout Etat qui est Partie à la présente Convention et se prévaut du droit de dérogation informera immédiatement les autres Etats Parties à ladite Convention par l'intermédiaire du Secrétaire Général des Nations Unies des dispositions auxquelles il a dérogé et des motifs de sa décision. Une autre notification sera effectuée, toujours par le truchement du Secrétaire Général des Nations Unies, à la date à laquelle cette dérogation prend fin.

82. Ce régime légal de dérogation à l'Article 4 (3) du PIDCP et à l'Article 15 de la CEDH peut donner lieu à des réactions dans certains cas exceptionnels. Un contrôle international minimum continue à s'exercer afin d'apprécier si les limites prévues pour les dérogations n'ont pas été franchies. Il convient de mentionner que le Royaume-Uni a fait une déclaration en vertu de l'Article 15 de la CEDH lors de l'adoption de la nouvelle législation faisant suite

¹⁸ A cet égard, on se reportera au Commentaire général 29 du PIDCP, qui souligne « qu'une exigence fondamentale pour toutes mesures dérogeant à la Convention, telle qu'elle est stipulée dans l'Article 4.1, est que ces mesures soient limitées dans la mesure strictement nécessaire pour faire face aux exigences de la situation. Cette règle porte sur la durée, l'extension géographique et le champ d'application de l'état d'urgence ainsi que sur toutes mesures dérogatoires auxquelles il est recouru du fait de l'urgence. Une dérogation à certaines obligations stipulées par la Convention dans le cadre de l'état d'urgence se distingue clairement des restrictions ou limitations autorisées en temps normal par plusieurs stipulations de la Convention. Néanmoins, l'obligation de limiter toute dérogation à ce qui est strictement nécessaire pour faire face aux exigences de la situation reflète le principe de proportionnalité qui est commun aux pouvoirs de dérogation et de limitation (paragraphe 4, pp. 139-140). Au surplus, l'Article 4.1 exige qu'aucune mesure dérogeant aux dispositions de la Convention ne soit incompatible avec les autres obligations incombant à l'Etat partie à la Convention du fait du droit international, en particulier les règles du DIH. L'Article 4 de la Convention ne peut être invoqué pour justifier une dérogation à la Convention si cette dérogation implique un manquement aux autres obligations internationales de l'Etat, que celles-ci résultent d'un traité ou de l'ensemble du droit international (paragraphe 9, p. 141) ».

¹⁹ *Il est précisé que certaines des dispositions de la Convention recensées dans l'Article 4.2 ne peuvent faire l'objet d'une dérogation, mais cela ne signifie pas que l'on puisse déroger à volonté aux autres articles de la Convention, même si une menace pèse sur la vie de la nation (Commentaire général 29 du PIDCP, paragraphe 6, p. 140).*

aux attentats du 11 septembre 2001. Il semble que ce pouvoir de dérogation soit conforme aux obligations des Etats se trouvant dans une situation où il semble impossible de réagir efficacement au terrorisme dans les limites prescrites par les garanties des droits de l'homme²⁰.

VII. Conclusion

83. La nouvelle dimension du terrorisme international qui est apparue notamment à l'occasion des attentats du 11 septembre 2001 soulève la question cruciale de l'aptitude du DIH à apporter une réponse adéquate aux nouvelles formes de violence terroriste.

84. Il ressort de l'analyse qui précède que, en tant qu'il concerne les règles sur la détention et le traitement des personnes qui ont été arrêtées au cours d'un conflit armé international, le DIH offre un cadre juridique généralement approprié. En effet :

- les personnes soupçonnées d'appartenir à un réseau terroriste international tel qu'Al-Qaida et qui sont des ressortissants d'une partie à un tel conflit tombent dans la catégorie des autres « personnes protégées » selon la CG IV bien qu'elles ne puissent généralement pas prétendre au statut de prisonnier de guerre
- et, bien que la CG IV exclue les ressortissants d'un Etat qui n'est pas partie au conflit, ces derniers bénéficient de la protection de l'Article 75 du Premier Protocole Additionnel aux Conventions de Genève de 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (qui reflète une règle du droit international coutumier), des DH ainsi que des règles sur la protection diplomatique.

85. Il apparaît donc que, s'agissant de ces matières, il n'existe pas de vide juridique dans le droit international et qu'il n'est nullement nécessaire de développer ultérieurement les Conventions de Genève. Il est toutefois capital que les règles du DIH et des DH soient correctement appliquées.

86. Cela dit, et en ce qui concerne la question générale des « nouvelles catégories de combattants » et l'évolution récente du terrorisme international, la Commission n'entend pas fermer la porte à un développement progressif du droit international. Le droit international, à l'instar de toute branche du droit, est perfectible et doit s'adapter à de nouvelles conditions. Les Conventions de Genève, élaborées en 1949 dans le contexte de la situation prévalant après la Deuxième Guerre mondiale, ont été constamment perfectionnées depuis lors, notamment par les deux Protocoles de 1977. Depuis le 11 septembre 2001, le terrorisme international a pris une nouvelle dimension avec l'émergence d'organisations terroristes internationales à caractère militaire dont il n'existe pas de précédent. Les membres de ces

²⁰ « Dans les dispositions de la Convention qui ne sont pas recensées dans l'Article 4.2, il existe des éléments qui, aux yeux de la Commission, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation licite en vertu de l'Article 4. On en trouvera plusieurs exemples ci-dessous : a) toute personne privée de sa liberté sera traitée avec humanité et respect en raison de la dignité inhérente à la personne humaine. Quoique ce droit, prescrit par l'Article 10 de la Convention, ne soit pas mentionné séparément dans la liste des droits auxquels il ne peut être dérogé qui figure dans l'Article 4.2, la Commission pense qu'ici la Convention énonce une norme du droit international qui ne peut faire l'objet d'une dérogation. Ce point de vue est corroboré par la référence à la dignité inhérente à la personne humaine figurant dans le préambule de la Convention et par le lien étroit existant entre les Articles 7 et 10 /.../ » (Commentaire général 29 du PIDCP, Paragraphe 13, p. 142).

organisations ne connaissent pas de frontières. Leurs buts sont souvent diffus. Ils ont attaqué divers types de cibles, individuelles ou collectives, dans différents pays. Leurs méthodes ne sont pas conventionnelles et ils sont capables de causer des destructions massives.

87. La Commission recommande de poursuivre l'effort de réflexion pour se demander si des instruments supplémentaires pourraient être nécessaires à l'avenir en vue de contrer ou prévenir ces menaces nouvelles sur la paix et la sécurité internationales. Cependant, toute tentative effectuée à cet égard doit veiller à ne pas affaiblir par inadvertance la protection garantie par le droit international humanitaire et les normes internationales en matière de droits de l'homme.

ANNEXE

Article 5 (3) de la Quatrième Convention de Genève :

« Article 5 (3)

Dans tous les cas, ces personnes seront néanmoins traitées avec humanité et, en cas de jugement, elles ne seront pas privées du droit à un jugement équitable et régulier qui est prescrit par la présente Convention. Elles se verront aussi reconnaître l'intégralité des droits et privilèges d'une personne protégée par la présente Convention dès que cela sera possible sans porter atteinte à la sécurité de l'Etat ou, le cas échéant, de la Puissance occupante ».

Article Commun 3 des Conventions de Genève :

« Article 3

En cas de conflit armé n'ayant pas de caractère international et se produisant dans le territoire de l'une des Hautes Parties Contractantes, chaque Partie au conflit sera tenue d'appliquer au minimum les dispositions ci-après :

1. Les personnes ne prenant pas de part active aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et ceux qui ont été mis hors de combat par la maladie, par des blessures, par leur détention ou par toute autre cause, seront en toutes circonstances traitées humainement sans être soumises à aucune distinction adverse fondée sur la race, la couleur, la religion ou la foi, le sexe, la naissance ou la fortune, non plus que sur un quelconque autre critère similaire. A cette fin, les actes suivants sont et demeureront prohibés à tout instant et en quelque lieu que ce soit pour ce qui a trait aux personnes susmentionnées :
 - a) les violences exercées sur la vie et la personne, en particulier le meurtre de quelque sorte que ce soit, la mutilation, les traitements cruels et la torture ;
 - b) la prise d'otages ;
 - c) les outrages à la dignité personnelle, en particulier les traitements humiliants et dégradants
 - d) la prononciation de condamnations et les exécutions sans jugement préalable ordonnées par un tribunal qui n'aurait pas été régulièrement constitué et n'offrirait pas toutes les garanties judiciaires qui sont reconnues comme indispensables par les personnes civilisées.
2. Les blessés et les malades seront ramassés et soignés.

Un organisme impartial tel que le Comité international de la Croix Rouge pourra offrir ses services aux Parties au conflit.

En outre, les Parties au conflit devront essayer de donner effet, au moyen d'accords spéciaux, à tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

L'application des dispositions qui précèdent n'affectera pas le statut juridique des Parties au conflit.

Article 75 du Premier Protocole Additionnel à la Convention de Genève :**« Article 75. – Garanties fondamentales**

1. Dans la mesure où elles sont affectées par une situation à laquelle il est fait référence dans l'Article 1 du présent Protocole, les personnes qui se trouvent au pouvoir d'une Partie au conflit et ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions ou de ce Protocole seront traitées avec humanité en toutes circonstances et jouiront au minimum de la protection offerte par le présent Article sans qu'il soit pratiqué une quelconque distinction adverse fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou les croyances, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou un autre statut, non plus que sur de quelconques autres critères similaires. Chaque Partie respectera la personne, l'honneur, les convictions et les pratiques religieuses de toutes ces personnes.
2. Les actes ci-après sont et demeureront prohibés à tout instant et en quelque lieu que ce soit, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires :
 - (a) violence sur la vie, la santé ou le bien-être physique ou mental des personnes, et en particulier :
 - (i) assassinat ;
 - (ii) torture de quelque sorte que ce soit, qu'elle soit physique ou mentale ;
 - (iii) punitions corporelles ;
 - (iv) et mutilation.
 - (b) outrages à la dignité de la personne, en particulier les traitements humiliants ou dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur ;
 - (c) prise d'otages ;
 - (d) punitions collectives ;
 - (e) et menace de commettre l'un quelconque des actes qui précèdent.
3. Toute personne arrêtée, détenue ou internée pour des actions liées au conflit armé sera informée promptement, dans une langue qu'elle comprend, des raisons pour lesquelles ces mesures ont été prises. Sauf en cas d'arrestation ou de détention pour un délit passible de sanctions pénales, ces personnes seront libérées le plus tôt possible et, en tout état de cause, dès que les circonstances justifiant leur arrestation, leur détention ou leur internement auront cessé d'exister.
4. Aucune condamnation ne pourra être infligée et aucune sanction ne pourra être appliquée à une personne reconnue coupable d'un délit passible de sanctions pénales lié au conflit armé, sauf si la condamnation est prononcée par un tribunal impartial et régulièrement constitué respectant les principes de procédure judiciaire généralement reconnus, qui incluent les règles ci-après :
 - (a) la procédure prévoira que l'accusé soit informé sans délai des détails du délit allégué à son encontre et accordera à l'accusé tous les droits et moyens nécessaires à sa défense avant et pendant son procès ;
 - (b) nul ne pourra être condamné pour un délit si sa responsabilité pénale individuelle n'a pas été établie ;
 - (c) nul ne sera accusé ou condamné pour un délit passible de sanctions pénales du fait d'un quelconque acte ou omission qui ne constituait pas un délit passible de

- sanctions pénales selon le droit national ou international auquel il était soumis au moment où ce délit a été commis ; en outre, il ne sera pas infligé de sanction plus lourde que celle qui était applicable au moment où le délit passible de sanctions pénales a été commis ; si, après que le délit a été commis, la loi stipule l'imposition d'une sanction plus légère, l'accusé en bénéficiera ;
- (d) tout accusé sera présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit prouvée conformément à la loi ;
 - (e) quiconque est accusé d'un délit aura le droit d'être jugé en sa présence ;
 - (f) nul ne pourra être contraint de témoigner contre soi-même ou de reconnaître sa culpabilité ;
 - (g) quiconque est accusé d'un délit aura le droit d'examiner ou de faire examiner les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'examen de témoins à sa décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
 - (h) nul ne sera poursuivi ou sanctionné par la même Partie pour un délit au sujet duquel un jugement définitif l'acquittant ou le condamnant a été précédemment rendu selon la même législation et la même procédure judiciaire ;
 - (i) quiconque est poursuivi pour un délit aura le droit d'obtenir que le jugement soit prononcé publiquement ;
 - (j) et, au moment où elle est condamnée, toute personne condamnée sera conseillée sur les recours, judiciaires ou autres, dont elle dispose et les délais dans lesquels ils peuvent être exercés.
5. Les femmes dont la liberté a été soumise à des restrictions pour des raisons liées au conflit armé seront détenues dans des quartiers séparés de ceux des hommes. Elles seront placées directement sous la surveillance de femmes. Cependant, dans le cas où des familles sont détenues ou internées, elles seront détenues en un même lieu et logées en tant qu'unités familiales toutes les fois que ce sera possible.
6. Les personnes qui sont arrêtées, détenues ou internées pour des raisons liées au conflit armé jouiront de la protection offerte par le présent Article jusqu'à leur libération, leur rapatriement ou leur rétablissement définitifs, même après que le conflit armé aura pris fin.
7. Afin d'éviter qu'il existe un quelconque doute quant à la condamnation et au jugement de personnes accusées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, les principes ci-après s'appliqueront :
- (a) les personnes accusées de tels crimes devront être soumises aux règles applicables du droit international aux fins des poursuites et du jugement ;
 - (b) et toutes personnes de cette sorte qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions ou de ce Protocole se verront accorder le traitement prévu par le présent Article indépendamment du fait que les crimes dont elles sont accusées constituent ou non de graves violations des Conventions ou de ce Protocole.
8. Aucune disposition du présent Article ne pourra être interprétée comme limitant ou enfreignant une quelconque autre disposition plus favorable accordant aux personnes couvertes par le paragraphe 1 une protection plus étendue en vertu de quelconques règles en vigueur du droit international ».