



Strasbourg, le 17 décembre 2003
Avis n° 245 / 2003

CDL-AD(2003)018
Or. Engl.

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

AVIS

**SUR LA NÉCESSITÉ ÉVENTUELLE
D'UN DÉVELOPPEMENT
DES CONVENTIONS DE GENÈVE**

**Adopté par la Commission de Venise
lors de sa 57^e session plénière
(Venise, 12-13 décembre 2003)**

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	6
A.	<u>Nature du conflit armé</u>	6
B.	<u>Catégories de personnes concernées</u>	7
a)	Prisonniers de guerre	8
i.	<i>Forces de gouvernements non reconnus ou illégitimes</i>	8
ii.	<i>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
ii.	<i>Ressortissants de pays tiers</i>	12
iii.	<i>« Combattants non privilégiés » ?</i>	13
V.	Applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme	17
VI.	Droits et protection garantis par les Conventions de Genève et les droits de l'homme	17
A.	<u>Relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme</u>	18
B.	<u>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
C.	<u>Droits et protection conférés par le droit international des droits de l'homme</u>	23
a)	Règles de protection	23
b)	Dérogation aux droits en cas d'urgence	24
VII.	Conclusion	25
	Annexe	27

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 eu égard aux nouvelles catégories de combattants apparues récemment ».

2. Les rapporteurs nommés par la Commission de Venise 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, auquel M. Jed Rubenfeld a présenté une réponse. Les deux documents ont 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 Rubenfeld (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. Rubenfeld 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 session 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. Jan Helgesen, Jeffrey Jowell, Olivier Dutheillet de Lamothe, Pieter Van Dijk, Giorgio Malinverni, Georg Nolte, Jed Rubenfeld et Hans Heinrich Vogel y participaient. L'avis ci-après a été adopté par la Commission lors de sa 57^e Session plénière (Venise, 12-13 décembre 2003).

II. Portée de l'avis

4. La requête de la Commission étant formulée en termes assez généraux, la Commission de Venise souligne que, dans le présent avis, elle croit devoir lui donner 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 sur la protection des victimes de la guerre (appelées ci-après « Conventions de Genève ») ;
- l'expression « les nouvelles catégories de combattants apparues récemment » est 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 ne comprend pas de déclaration normative en ce sens qu'une nouvelle catégorie juridique de combattants aurait fait son apparition ;
- la requête ne cherche pas à aborder d'une manière exhaustive la question générale de la nécessité éventuelle d'une révision du droit international humanitaire à la lumière des nouveaux défis posés par le terrorisme international. Elle se borne plutôt à savoir si les règles du droit international humanitaire, lorsqu'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 », le présent avis considère que la demande porte sur la question de savoir dans laquelle mesure l'ensemble du

droit international humanitaire et les instruments pertinents du droit de l'homme ont besoin d'être développés ;

- le présent avis porte sur les standards juridiques internationaux 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 États-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 sont parties au conflit armé international en question. Le statut juridique de ces personnes est déterminé par les droits de l'homme.

5. Il convient de noter que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) réfléchit actuellement sur la nécessité d'une éventuelle clarification du droit international humanitaire, ayant toutefois un champ plus large que le présent avis. Dans ce contexte, le CICR a établi un rapport sur « Le Droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » en vue de 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 odieux 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 des 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 monstrueux 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 État, 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 droit international humanitaire, est un outil adéquat pour traiter la réalité de l'après 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 droit international humanitaire 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 indépendamment de ses causes – et donc de toute justification – sous-jacentes au conflit. Il n'existe pas de guerre « juste » ou « injuste » au regard du droit international humanitaire 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 droit international humanitaire 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 droit international humanitaire, c'est cet ensemble de règles qui s'applique toutes les fois que le combat contre le terrorisme peut être assimilé ou donne lieu à 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 droit international humanitaire depuis deux siècles étaient parfaitement conscientes de l'impératif de trouver un équilibre entre la sécurité de l'État 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 droit international humanitaire soit parfait, car aucun ensemble de règles juridiques ne peut prétendre à la perfection. Ce que nous voulons dire est que

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 État, qu'il s'agisse de forces armées régulières ou autres (un exemple de la 1^{ère} catégorie dans le contexte de l'Afghanistan/Guantanamo seraient « les Taliban », 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 quel qu'il 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 ce point de vue est compréhensible étant donné sa portée émotionnelle, 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. Ceci est reconnu par tous les États dont la Constitution est fondée sur la primauté du droit, par tous les traités humanitaires et les traités relatifs aux 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 le choc du moment. 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 État, 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.

toute tentative faite pour réévaluer sa pertinence ne pourra l'être qu'après qu'il aura été établi que c'est la loi qui est défaillante 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 principe suppose qu'il faut tenter de relever les 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 limiter autant que possible les souffrances causées par la guerre (...).

Enfin, j'aimerais répondre à la crainte que la protection dont jouissent les personnes en vertu du droit international humanitaire 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 États 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

8. Les Conventions de Genève constituent un système global de traitement des personnes touchées 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 admis que nombre de leurs dispositions font partie du droit international coutumier que tous les États sont tenus à respecter. En sus des Conventions de Genève, les traités des droits de l'homme et le droit coutumier des droits de l'homme sont aussi pertinents.

A. Nature du conflit armé

9. En général, les Conventions de Genève s'appliquent pendant un « conflit armé ». Elles établissent une distinction 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'appliquent à ces conflits si les parties belligérantes sont des États, comme cela était le cas dans le conflit afghan, auquel l'Afghanistan et les États-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 État 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 :

Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions.

11. On a soutenu que, si une organisation terroriste internationale telle qu'Al-Qaida était une « Puissance » au sens de l'article commun 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 États. 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 « État ». Les autres dispositions des

Conventions emploient le terme « Puissance » en relation avec « nationaux » 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 « État » et ne peut être une organisation, aussi puissante soit-elle, de quelque nature que ce soit.

13. On s'est également demandé si l'article commun 2 (3) des Conventions de Genève reflète 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 à bénéficier de ces règles. Cette considération n'est toutefois pas appropriée : les violations des Conventions de Genève par un État qui y est Partie ne donnent pas à un autre État Partie le droit de violer ses obligations en retour (voir article commun 1 des Conventions de Genève). Si la question du statut coutumier de l'interdiction des représailles reste ouverte, les traités relevant du droit international humanitaire interdisent expressément les représailles contre les personnes et les objets protégés. De telle interdiction de représailles est stipulée par les Conventions de Genève de manière à ce que les considérations d'humanité élémentaires ne soient pas subordonnées à des décisions politiques irresponsables prises à un quelconque niveau de la hiérarchie de l'État. De plus, les États Parties ne doivent pas appliquer le principe de réciprocité aux individus et sont tenus de les traiter conformément à la loi. L'article commun 2 (3) doit être interprété à la lumière de ces considérations. Le but de ces dispositions est d'amener les États à devenir Parties aux 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 B. c)].

14. Ce n'est que si les États avaient intérêt et s'il était probable qu'ils acceptent 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. Or, les États 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, 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 États. On pourrait même soutenir que les États 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 de l'action internationale entreprise pour 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 de savoir si une personne est considérée comme prisonnier de guerre ou comme 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 illégal », « combattant non privilégié » ou « combattant illicite » 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) iii). 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 CG III.

a) Prisonniers de guerre

17. L'article 4 A CG III définit les prisonniers de guerre comme :
- les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi :*
- (1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des 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 organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :*
 - a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;*
 - b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;*
 - c) de porter ouvertement les armes ; d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ;*
 - (3) les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus 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 États-Unis (qui sont Partie à la CG III) ne reconnaissaient pas le gouvernement taliban de l'Afghanistan, (lui-même Partie à la CG III), cela ne signifiait pas que les combattants taliban perdaient leur statut de membres de forces armées régulières, et donc celui de prisonniers de guerre. Cette règle est une composante importante du droit international humanitaire 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 État 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 États un moyen facile et inapproprié de priver de leurs droits beaucoup de personnes couvertes par la CG III.

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. *avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;*
2. *avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;*
3. *porter ouvertement les armes ; et*
4. *se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.*

21. La rédaction de l'article 4 CG III 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 soutenir (mais cela n'est pas généralement reconnu) que les soldats individuels 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. La question de la perte de ce statut devrait cependant être tranchée *au cas par cas* conformément aux procédures appropriées prévues dans l'article 5 CG III [voir plus bas IV. B. b)].
- troisièmement, on peut se demander si les critères d'un commandement responsable (a), d'un signe distinctif (b) et de l'obligation de porter les armes ouvertement (c) devraient s'appliquer au moins de manière générale aux forces armées régulières afin que la CG III leur soit applicable.

22. La réponse à cette dernière question 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 apparues récemment ».

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 [IV. B. c)]. En revanche, des forces telles que celles des Taliban sont des armées classiques (en ce sens qu'elles sont les forces armées régulières d'un État), même si certains de leurs membres ont opéré d'une manière qui contrevenait 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 des Taliban en portant des turbans noirs) et ont effectué des efforts coordonnés pour défendre ouvertement leur territoire, il est incontestable que leurs membres doivent être reconnus comme des prisonniers de guerre lorsqu'ils sont arrêtés 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 personnes pourrait être entièrement

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.

subordonnée aux faits allégués par un État intéressé qui, dans la plupart des cas, peuvent être contredits par d'autres États.

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

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

S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention [c'est-à-dire qu'elles doivent être considérées comme des prisonniers de guerre] en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent.

26. Cette règle s'applique dans le cas de personnes qui sont arrêtées en tant que combattants sur le champ de bataille, comme 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 se dérober aux 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 remplies.

27. Par le passé, les États-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'État 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 États 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 États, ou le CICR, exprime des doutes quant au statut accordé à certains individus par la Puissance détentrice. On peut difficilement concevoir qu'il existe des exigences pour une politique moderne de lutte contre le terrorisme qui pourraient militer 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, aucune raison de ce type n'a été avancée jusqu'à présent. Au contraire, des considérations d'humanité pressantes exigent qu'il existe une procédure pour

³ Cette position a été confirmée par les décisions des tribunaux nationaux, par le Règlement de l'Armée des États-Unis (1997) 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.

déterminer le statut d'une personne détenue. Autrement, le statut de cette dernière resterait incertain. 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 États dans la composition des tribunaux aux fins de l'article 5 (2) de la CG III montre que les États concernés⁵ respectent une garantie minimale d'indépendance et de caractère judiciaire de l'organe appelé à statuer. En général, les États ont considéré les exigences de l'article 5 (2) de la CG III comme une protection minimale. 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). Le texte de l'article 4 (1) et (4) de la CG IV montre à l'évidence qu'il ne doit exister aucune catégorie de personnes ne jouissant d'aucune protection :

(1) Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes.

(4) Les personnes protégées par la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, ou par celle de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, ou par celle de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 ne seront pas considérées comme personnes protégées au sens de la présente Convention.

31. L'article 4 de la CG IV stipule clairement que, en principe, toutes les personnes (en particulier les civils) qui ne sont pas ressortissantes de la Puissance détentrice ou ne sont pas protégées par les autres Conventions seront des « personnes protégées » en vertu de la CG IV.

⁴ Y. Naqvi, *Doubtful Prisoner-of-War Status* (2002) 84 RICR 571-595, 577.

⁵ Par exemple, le Règlement de l'Armée des Etats-Unis (1997) spécifie 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 interroger 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 État possédant une expérience considérable en matière d'occupation militaire, de détention de combattants et de formes nouvelles de terrorisme).

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 (i). Les nationaux d'un État qui n'est pas partie au conflit armé relèvent d'un régime différent, mais eux non plus ne restent pas sans protection (ii).

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 pourront 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 État (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 à raison d'infractions pénales – y compris d'actes de terrorisme – commises 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 des autres milices... », à savoir le fait, pour ces milices, a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés, (b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; (c) de porter ouvertement les armes ; et (d) de se conformer, dans leurs opérations, aux 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 apparues récemment ».

33. Puisque, en conséquence, les « nouvelles catégories de combattants apparues récemment » 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 b).

ii. Ressortissants de pays tiers

34. L'article 4 (2) de la CG IV prévoit une exception à la règle générale selon laquelle toutes les personnes qui ne sont pas ressortissantes 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 État neutre se trouvant sur le territoire d'un État belligérant et les ressortissants d'un État co-belligérant [qui] ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent.

35. Cette disposition ne signifie néanmoins pas que les Conventions de Genève laissent cette catégorie de personnes sans protection. 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 État étranger est traditionnellement la protection diplomatique exercée en sa faveur par son pays. Le système de la protection diplomatique ne peut toutefois pas fonctionner entre des États 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 ressortissantes 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, que la Cour internationale de Justice⁶ a, dans l'arrêt rendu dans l'affaire Nicaragua, considéré comme étant applicable à tout type de conflit armé, ainsi que le droit de l'homme 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 États qui ne sont pas partie au conflit ».

38. Ces règles reposent sur l'hypothèse que les ressortissants des États qui ne sont pas parties 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 de la protection diplomatique. Cependant, si cette protection diplomatique n'était pas (correctement) exercée en faveur de ces ressortissants de pays tiers, le droit international humanitaire leur accorde une protection en vertu de l'article 75 P I et l'article 3 commun aux CG, de telle sorte que ces personnes ne sont pas privées de certains droits minimaux.

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 minimales 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 75 (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 relevant du droit international coutumier. Cette disposition s'énonce comme suit :

⁶ CJ Rep. 1986, 114 (par. 218).

« Toute personne qui, ayant pris part à des hostilités, n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre et ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable conformément à la IVe Convention a droit, en tout temps, à la protection de l'article 75 du présent Protocole. En territoire occupé, une telle personne, sauf si elle est détenue pour espionnage, bénéficie également, nonobstant les dispositions de l'article 5 de la IVe Convention, des droits de communication prévus par ladite 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 illégaux »), faute de quoi l'expression « et ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable conformément à la IVe Convention » serait dépourvue de sens ou superflue⁷. Cette analyse textuelle des Conventions de Genève est confirmée par l'analyse des travaux préparatoires pertinents, de la doctrine et de la pratique antérieure⁸.

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

« (1) Si, sur le territoire d'une Partie au conflit, celle-ci a de sérieuses raisons de considérer qu'une personne protégée par la présente Convention fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État ou s'il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, ladite personne ne pourra se prévaloir des droits et privilèges conférés par la présente Convention qui, s'ils étaient exercés en sa faveur, pourraient porter préjudice à la sécurité de l'État.

(2) Si, dans un territoire occupé, une personne protégée par la Convention est appréhendée en tant qu'espion ou saboteur ou parce qu'elle fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de la Puissance occupante, ladite personne pourra, dans les cas où la sécurité militaire

⁷ Ce point de vue a été confirmé par les Manuels militaires. Par exemple, le Manuel militaire des États-Unis FM 27-10, *The Law of Land Warfare*, 1956, pp. 31, 98 et suivantes, 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 relève d'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] ».

⁸ Knut Dörmann, conseiller juridique à la Division des affaires juridiques du Comité international de la Croix-Rouge, décrit l'historique de la rédaction de cette Convention in *“The Legal Situation of “unlawful/unprivileged Combatants”* (« Le statut juridique des combattants illégaux/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 États, 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. »

l'exige absolument, être privée des droits de communication prévus par la présente Convention.

(3) Dans chacun de ces cas, les personnes visées par les alinéas précédents seront toutefois traitées avec humanité et, en cas de poursuites, ne seront pas privées de leur droit à un procès équitable et régulier tels qu'il est prévu par la présente Convention. Elles recouvreront également le bénéfice de tous les droits et privilèges d'une personne protégée, au sens de la présente Convention, à la date la plus proche possible eu égard à la sécurité de l'État ou de la Puissance occupante, suivant le cas ».

43. Quoiqu'il ne parle pas expressément de « combattants illégaux », 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 désaccord⁹.

44. Le débat sur l'existence, au regard des Conventions de Genève, d'une catégorie de « combattants illégaux » 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 alors que l'on connaissait les problèmes liés aux combattants illégaux (...). A notre avis, la position consistant à soutenir que les combattants illégaux 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 illégaux et constituerait une sorte de branche spécialisée du droit (...). A ce propos, on rappellera également que les rédacteurs de P I [en 1977] considéraient apparemment que le champ d'application de la CG IV couvrait au moins certains types de combattants illégaux »¹⁰.

45. On a cependant soutenu 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 :

⁹ Ce point de vue dominant a été récemment 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 États qui ont été interprétées de façon contraire (voir en particulier *Ex parte Quirin*, Cour suprême des États-Unis, 317 U.S. 1, 63 (1942)) sont antérieures à l'élaboration des Conventions de Genève.

¹⁰ Dörmann, voir supra la note 7, à la p. 60.

- 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 est clair que l'application de la CG IV aux combattants ne pouvant prétendre à ce statut ne les met pas en fait dans une situation plus favorable que celle des prisonniers de guerre. D'une façon générale, le statut de prisonnier de guerre et celui de « personne protégée » (en particulier de civil) (selon la CG IV) ne se prêtent pas facilement à une comparaison de leurs avantages respectifs. Mais à envisager les choses d'une façon plus concrète, le statut de prisonnier de guerre est « meilleur » que celui de certaines catégories de « personnes protégées » au regard de la CG IV, telles que les combattants non privilégiés, par exemple 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 à certaines formes de distractions et aux possibilités de communication avec les détenus se trouvant dans la même situation ;
- deuxièmement, l'argument susmentionné néglige le fait que la CG IV ne se borne pas à accorder un ensemble fixe 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 certaines personnes « ne pourr[ont] se prévaloir des droits et privilèges conférés par la présente Convention qui, s'ils étaient exercés en [leur] faveur, pourraient porter préjudice à la sécurité de l'État » [paragraphe 2)] ou « [seront] privée[s] des droits de communication prévus par 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 », qu'ils soient, d'un point de vue technique, qualifiés de « civils » ou non. L'article 5 de la CG IV donne à la puissance détentrice certaines prérogatives lui permettant de restreindre les droits des « combattants non privilégiés » 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 de strictes limitations, en particulier le respect des droits minimaux stipulés dans 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. Il est vrai que la loi est suffisamment ouverte et souple pour tenir compte des impératifs de sécurité, mais il est également vrai qu'elle oblige la puissance détentrice à justifier de manière spécifique toute dérogation aux règles de la CG IV. Jusqu'à présent, aucun des États concernés n'a fourni de justification spécifique de ce genre pour une dérogation quelle qu'elle soit à ces règles dans le cas de « combattants non privilégiés ».

48. Le système exhaustif des Conventions de Genève, qui ne permet pas qu'il y ait des personnes qui puissent être privées de la protection offerte par l'une ou l'autre des 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 relatifs aux droits de l'homme

49. Outre le droit international humanitaire des Conventions de Genève, les traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent, en principe, à toutes les personnes soumises à l'autorité et au contrôle d'un État¹¹. La nationalité d'un individu ou ses liens avec une partie au conflit ne sont pas pertinents pour l'application des droits de l'homme. Il en va de même pour les cas dans lesquels des terroristes ont commis des actes criminels sur le territoire d'un État donné. L'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après le PIDCP) et l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après le CEDH) fournissent des réponses claires pour ces cas de figure. Cela est également vrai de certains actes que des États accomplissent hors de leur propre territoire ; d'après l'article 2 (1) du PIDCP, tous les États Parties s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant « sur leur territoire et relevant de leur juridiction » les droits reconnus dans le Pacte. La première restriction – territoriale – ne figure pas dans l'article correspondant (article 1) de la CEDH. Malgré cette différence de formulation, la différence est moindre qu'il n'y paraît à première vue. Dans un cas comme dans l'autre, l'État peut être tenu pour responsable même en cas d'extraterritorialité¹². De toute manière, les garanties du PIDCP sont – sauf réserves expresses admissibles – applicables dans tous les cas où un État signataire a placé des individus en détention dans le cours d'actions de guerre et les a délibérément amenés dans un territoire se trouvant de facto sous son contrôle nonobstant le fait que ce territoire n'appartienne pas formellement à cet État.

50. Savoir si les droits et obligations découlant des traités relatifs aux droits de l'homme sont modifiés du fait de l'applicabilité du droit international humanitaire est une question de droit matériel 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 par la CG III. Les civils, de leur côté, sont protégés par un ensemble très élaboré de règles énoncées dans la CG IV. Toute personne ayant participé aux hostilités mais qui ne bénéficie ni du statut de prisonnier 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 considéré (y compris par les États-Unis) comme exprimant les règles minimales du droit international coutumier.

52. Les règles de fond 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 minimal qui est fondé, au niveau d'abstraction le plus élevé, sur 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.

¹¹ Voir, entre autres, Comité des droits de l'homme de l'ONU, Lopez Burgos, Communication n° 52/1979, paragraphe 12.3.

¹² Voir Requête n° 52/1976, § 12.3 – Lopez Burgos ; Requête n° 56/1979, § 10.3 – Celiberti ; voir aussi T. Meron, 'Extraterritoriality of Human Rights Treaties', (1995) 89 *AJIL* 78-82.

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

53. Le droit international humanitaire des Conventions de Genève et le droit relatif aux droits de l'homme puisent aux mêmes sources morales. Les deux domaines du droit « contiennent des règles applicables au traitement et à la protection des êtres humains découlant d'impératifs d'humanité »¹³. 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. Le droit relatif aux droits de l'homme complète le droit international humanitaire et, ensemble, ces deux domaines du droit établissent des normes minimales de traitement des personnes impliquées dans un conflit armé¹⁴. Alors que le droit international humanitaire règle le comportement des parties à un conflit armé, le droit relatif aux droits de l'homme, en principe, s'applique 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 État (« juridiction »).

55. La relation exacte entre ces deux ensembles de règles est sujette à controverse et dépend des spécificités de chaque cas d'espèce et des droits en question. Dans son Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la CIJ a statué que la protection des droits de l'homme ne cesse pas en temps de guerre, sauf du fait de la mise en oeuvre de dispositions autorisant certaines dérogations en période de crise nationale¹⁵. 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 de 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 du droit international ou national ou de la pratique internationale ou nationale ne peuvent faire l'objet de dérogations ni être limitées d'une quelconque autre manière.

56. En règle générale, une fois qu'un conflit armé a éclaté, le droit international humanitaire, plus spécifique, se substitue partiellement au droit relatif aux droits de l'homme. Toutefois, cela ne signifie pas que ce dernier cesse complètement 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 le droit relatif aux droits de l'homme s'efface devant les dispositions plus spécifiques du droit international humanitaire. Par exemple, le droit à la vie est l'une des garanties fondamentales instaurées par le droit relatif aux

¹³ K.J. Partsch, "Human Rights and Humanitarian Law", in R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law II* (Amsterdam, Lausanne et New York et al. 1995), 910.

¹⁴ Dans sa Décision du 12 mars 2002 sur la demande de mesures de précaution concernant les détenus de la baie de Guantanamo, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a rappelé que, en cas de conflit armé, les protections accordées par le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit international humanitaire peuvent se compléter et se renforcer mutuellement car ces deux domaines du droit 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).

¹⁵ Comptes rendus de la CIJ (ICJ Reports) 1996, p. 265 (paragraphe 24).

droits de l'homme et il ne peut y être porté atteinte que dans des cas exceptionnels (article 6 (2) du PIDCP et article 2 (2) de la CEDH). En vertu du droit international humanitaire, 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 des traités relatifs 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 à un autre titre. Les règles de Genève applicables aux prisonniers de guerre font en grande partie office de branche spécialisée du droit (*lex specialis*) par rapport aux règles régissant la détention qui font partie des dispositions générales des droits de l'homme. Les dispositions du droit international humanitaire autorisent la détention de personnes pour certains motifs et sous certaines conditions. La CG III autorise l'internement prolongé des prisonniers de guerre faisant l'objet d'une procédure pénale pour un délit justifiant inculpation jusqu'à la fin de cette procédure et, si nécessaire, jusqu'à l'expiration de la peine. Des dispositions analogues s'appliquent aux civils détenus en vertu de l'article 133 (2) de la GC IV et aux personnes qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable garanti par la GC IV, mais sont protégées par l'article 75 PI (qui relève du droit international coutumier). Il en va de même pour les garanties d'un *procès équitable* dans la mesure où il existe des règles plus spécifiques en droit international humanitaire. Dans ces cas, les normes des droits de l'homme doivent être interprétées à la lumière du droit international humanitaire.

58. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que les droits de l'homme perdent toute signification dans des situations où le droit international humanitaire s'applique en tant que *lex specialis*. Les deux domaines demeurent autonomes, ils se complètent mutuellement et ils assurent une double protection. C'est pourquoi le droit international des droits de l'homme peut s'appliquer dans des situations où le droit international humanitaire n'accorde pas une protection suffisante.

B. Droits et protection conférés par le droit international humanitaire

59. S'agissant des règles de protection énoncées par le droit international humanitaire, il suffit d'envisager successivement 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 relatives à la procédure pénale et à la détention préventive applicables aux prisonniers de guerre sont fixées dans l'article 103 de la CG III. Ce dernier stipule en particulier certains délais et restrictions en ce qui concerne la détention préventive. L'article 104 de la CG III prévoit que la décision d'entamer des poursuites judiciaires contre un prisonnier de guerre sera notifiée à la Puissance protectrice aussitôt que possible et, en tout état de cause, au moins trois semaines avant l'ouverture des débats. En vertu de l'article 84 de la CG III, seuls les tribunaux militaires peuvent juger un prisonnier de guerre, à moins que la législation de la Puissance détentricice n'autorise expressément des tribunaux civils à juger un membre des forces armées de cette Puissance pour la même infraction que celle pour laquelle le prisonnier de guerre est poursuivi.

61. Un prisonnier de guerre ne peut en aucun cas être jugé par un tribunal, quel qu'il 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 du prisonnier de guerre par un de ses camarades et le droit d'être défendu par un avocat qualifié.

62. Le principe d'un procès 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 la possibilité de se défendre et sans avoir été assisté par un défenseur 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 poursuivi 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. En vertu de l'article 99 (2) de la CG III, aucune pression morale ou physique ne peut être exercée sur un prisonnier de guerre pour l'amener à se reconnaître coupable du fait dont il est accusé. Toutes ces règles sont en soi plausibles et l'on voit mal quelles raisons pourraient être invoquées pour ne pas les appliquer à des prisonniers de guerre dont les chefs se sont associés à une organisation terroriste internationale, voire ont coopéré avec elle.

65. L'article 102 de la CG III exige que les prisonniers de guerre soient poursuivis devant « *les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentrice* ». On pourrait faire valoir que, comme certains États ont établi des standards de respect du procès équitable beaucoup plus élevés 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 États, 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 suivant la même procédure* ». Cependant, après mûre réflexion, il convient de rejeter cette suggestion. Les États partis à la CG III ont en fait décidé que tout État doit appliquer sa propre procédure à tout prisonnier de guerre sous réserve de certaines exigences minimales 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 États. La règle énoncée dans l'article 102 s'appuie solidement sur des considérations de sécurité juridique (chaque armée étant 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 se demander 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 sont généralement pas membres de forces armées régulières (voir plus bas le point d)). Cependant, dès lors que l'on accepte qu'il est possible d'établir une distinction 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 pays développés.

66. La CG III n'interdit pas à la Puissance détentrice de prendre des mesures de sécurité raisonnables et nécessaires en ce qui concerne ses prisonniers de guerre, en particulier celles qui

visent à assurer sa sécurité. On pourrait envisager que, pour des raisons de sécurité, il y ait lieu, par exemple, de limiter l'accès des prisonniers de guerre à certains objets normalement prévus par l'article GC III, si l'existence des indications que ces objets pourraient être détournés de leur usage initial dans le but de 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 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 IV. B. c)]. 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, sur le territoire d'une Partie au conflit, celle-ci a de sérieuses raisons de considérer qu'une personne protégée par la présente Convention fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État ou s'il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, ladite personne ne pourra se prévaloir des droits et privilèges conférés par la présente Convention qui, s'ils étaient exercés en sa faveur, pourraient porter préjudice à la sécurité de l'État.

(2) Si, dans un territoire occupé, une personne protégée par la Convention est appréhendée en tant qu'espion ou saboteur ou parce qu'elle fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de la Puissance occupante, ladite personne pourra, dans les cas où la sécurité militaire l'exige absolument, être privée des droits de communication prévus par la présente Convention.»

69. Les deux paragraphes de cette disposition donnent à la Puissance détentrice des pouvoirs plus étendus l'autorisant à restreindre les droits des personnes protégées pour des raisons 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 entièrement clairs et les Conventions de Genève ont peut-être besoin d'être clarifiées sur ce point. On pourrait soutenir que les personnes que l'on peut légitimement soupçonner de terrorisme international sont justiciables 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 et Commun article 3 des Conventions de Genève (voir Annexe).

71. L'article 75 P I couvre expressément les « combattants non privilégiés » en tant que « personnes qui sont au pouvoir d'une Partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du (présent) Protocole ». Comme il a

été déjà mentionné auparavant, il s'agirait des personnes qui ne bénéficient pas du statut de prisonnier de guerre et qui ne remplissent pas le critère de nationalité prévu par l'article 4 CG IV. Il est généralement admis qu'en raison de leur caractère fondamental, les dispositions de l'article 75 P I font partie du droit international coutumier¹⁶. Par le passé, les États-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 »¹⁷. 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 minimale de protection applicable à toutes les personnes, y compris les « combattants non privilégiés ».

72. Toutefois on a également avancé 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 droit international humanitaire 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 faire la lumière sur leur situation individuelle (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 fondées sur la présomption qu'un individu est coupable ou dangereux. Les preuves qui justifieraient le maintien en détention administrative doivent être l'objet d'une révision périodique (voir l'article 78 de la CG IV)¹⁸.

¹⁶ Voir Robert K. Goldman & Brian Tittmore, *Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afganistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law*, ASIL Task Force on Terrorism, URL: <http://www.asil.org/taskforce/goldman.pdf>, à la p. 38.

¹⁷ Armée des États-Unis, *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.

¹⁸ 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 des personnes que l'on appelle les détenus libanais (C.F.H. 7048/97 Anonymus (Plonim) contre le ministre de la Défense P.D.54 (1) 721).

C. Droits et protection conférés par le droit international des droits de l'homme

a) Règles de protection

74. D'après l'article 9 du PIDCP, tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation. 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. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. L'article 3 de la CEDH est plus général dans sa formulation. Cependant, il ressort de la jurisprudence de Strasbourg que les règles ne sont guère différentes.

76. L'article 14 du PIDCP énonce les garanties d'une procédure équitable. Tous sont égaux devant les tribunaux et cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. 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 : toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi. Le principe *ne bis in idem* est consacré par l'article 14 (7) : nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi 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 importants de ce principe qui est l'un des fondements 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 de clauses dérogatoires.

78. L'énoncé des garanties relatives aux droits de l'homme montre que les exigences du droit international humanitaire sont moins strictes que celles des instruments généraux relatifs aux 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 (de justice) indépendante ». Plusieurs garanties fondamentales

prévues 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 de se faire assister par un défenseur de son choix et d'être informé du droit d'avoir un défenseur s'il n'en a pas. Cependant, en vertu de l'article 75 (8) P I, aucune autre disposition plus favorable ne peut être exclue du seul fait qu'elle ne figure pas parmi les droits protégés par l'article 75 P I.

79. C'est pourquoi, en principe, les garanties plus étendues visées par 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 relatifs aux droits de l'homme prévoient généralement une possibilité de dérogation à certains des droits spécifiques qu'ils consacrent. L'article 4 du PIDCP, selon lequel « (d)ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation » et est proclamé par un acte officiel, les États Parties peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale¹⁹. Toutefois, cette disposition n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18²⁰.

81. L'article 4 (3) du PIDCP prévoit une procédure spéciale. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États Parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.

82. Ce régime juridique 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

¹⁹ A cet égard, on se reportera à l'Observation générale 29 du Comité des droits de l'homme de l'ONU, qui souligne « qu'une règle fondamentale devant présider à la prise de toutes mesures dérogeant au Pacte, telle qu'elle est énoncée dans l'article 4.1, veut que ces mesures soient limitées à 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 prévues par le Pacte dans le cadre de l'état d'urgence se distingue nettement des restrictions ou limitations autorisées même en temps normal par plusieurs dispositions du Pacte. 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 stipule qu'aucune mesure dérogeant aux dispositions du Pacte ne doit être incompatible avec les autres obligations incombant à l'État partie au Pacte en vertu du droit international, en particulier les règles du droit international humanitaire. L'article 4 du Pacte ne peut être invoqué pour justifier une dérogation à une disposition du Pacte si cette dérogation implique une violation aux autres obligations internationales de l'État, que celles-ci résultent du droit des traités ou du droit international général (paragraphe 9, p. 141) ».

²⁰ « Il est précisé que si certaines des dispositions du Pacte recensées dans l'article 4.2 ne peuvent faire l'objet d'une dérogation, cela ne signifie pas que l'on puisse déroger à volonté aux autres articles du Pacte, même si l'existence de la nation est menacée » (Observation générale 29 du Comité des droits de l'homme de l'ONU, paragraphe 6, p. 140).

minimal est maintenu afin d'apprécier si les limites prévues pour les dérogations n'ont pas été dépassées. 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 d'une nouvelle législation faisant suite aux attentats du 11 septembre 2001. Il semble que ce pouvoir de dérogation tienne compte des besoins des États 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'homme²¹.

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 droit international humanitaire 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 applicables à la détention et au traitement des personnes qui ont été détenues au cours d'un conflit armé international, le droit international humanitaire 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 ressortissantes 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 État 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), du droit international des droits de l'homme ainsi que des règles de la protection diplomatique.

85. Il apparaît donc qu'en ces matières, il n'existe pas de vide juridique dans le droit international et qu'il n'est nullement nécessaire de développer les Conventions de Genève. Il est toutefois capital que les règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme 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, comme toutes les autres branches du droit, est perfectible et doit s'adapter aux situations nouvelles. Les Conventions de Genève, élaborées en 1949 dans le contexte de la situation

²¹ « Dans les dispositions du Pacte qui ne sont pas recensées dans l'article 4.2, il existe des éléments qui, aux yeux du Comité [des droits de l'homme], ne peuvent faire l'objet d'une dérogation licite en vertu de l'article 4. En voici quelques exemples : a) toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Quoique ce droit, prescrit par l'article 10 du Pacte, ne soit pas mentionné séparément dans la liste des droits auxquels il ne peut être dérogé qui figure dans l'article 4.2, le Comité pense qu'ici, le Pacte 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 du Pacte et par le lien étroit existant entre les articles 7 et 10 /.../ » (Observation générale 29 du Comité des droits de l'homme, paragraphe 13, p. 142).

existant après la Deuxième Guerre mondiale, ont été constamment affinées 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. Le recrutement des membres de ces organisations ne connaît pas de frontières. Leurs buts sont souvent diffus. Ils s'en sont pris à divers types de cibles, individuelles ou collectives, dans différents pays. Non classiques, leurs méthodes 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 pour la paix et la sécurité internationales. Toute tentative en ce sens doit toutefois veiller à ne pas affaiblir par mégarde le niveau de protection garantie actuellement par le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme.

ANNEXE

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

« Article 5 (3)

Dans chacun de ces cas, les personnes visées par les alinéas précédents seront toutefois traitées avec humanité et, en cas de poursuites, ne seront pas privées de leur droit à un procès équitable et régulier tel qu'il est prévu par la présente Convention. Elles recouvreront également le bénéfice de tous les droits et privilèges d'une personne protégée, au sens de la présente Convention, à la date la plus proche possible eu égard à la sécurité de l'État ou de la Puissance occupante, suivant le cas ».

Article Commun 3 des Conventions de Genève :

« Article 3

En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties Contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1. Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus:
 - a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;
 - b) les prises d'otages ;
 - c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;
 - d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.
2. Les blessés et les malades seront recueillis et soignés.

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

Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur 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 visée à l'article premier du présent Protocole, les personnes qui sont au pouvoir d'une Partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du présent Protocole seront traitées avec humanité en toutes circonstances et bénéficieront au moins des protections prévues par le présent article sans aucune distinction de caractère défavorable fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou la croyance, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation, ou tout autre critère analogue. Chacune des Parties respectera la personne, l'honneur, les convictions et les pratiques religieuses de toutes ces personnes.
2. Sont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires :
 - a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment :
 - i) le meurtre ;
 - ii) la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale ;
 - iii) les peines corporelles ; et
 - iv) les mutilations.
 - b) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants ou dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur ;
 - c) la prise d'otages ;
 - d) les peines collectives ; et
 - e) la menace de commettre l'un quelconque des actes précités.
3. Toute personne arrêtée, détenue ou internée pour des actes en relation avec le conflit armé sera informée sans retard, dans une langue qu'elle comprend, des raisons pour lesquelles ces mesures ont été prises. Sauf en cas d'arrestation ou de détention du chef d'une infraction pénale, cette personne sera libérée dans les plus brefs délais possibles et, en tout cas, dès que les circonstances justifiant l'arrestation, la détention ou l'internement auront cessé d'exister.
4. Aucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction pénale commise en relation avec le conflit armé si ce n'est en vertu d'un jugement préalable rendu par un tribunal impartial et régulièrement constitué, qui se conforme aux principes généralement reconnus d'une procédure judiciaire régulière comprenant les garanties suivantes :
 - a) la procédure disposera que tout prévenu doit être informé sans délai des détails de l'infraction qui lui est imputée et assurera au prévenu avant et pendant son procès tous les droits et moyens nécessaires à sa défense;
 - b) nul ne peut être puni pour une infraction si ce n'est sur la base d'une responsabilité pénale individuelle;
 - c) nul ne sera accusé ou condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international qui lui était

applicable au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier;

- d) toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie;
 - e) toute personne accusée d'une infraction a le droit d'être jugée en sa présence ;
 - f) nul ne peut être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable;
 - g) tout personne accusée d'une infraction a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
 - h) aucune personne ne peut être poursuivie ou punie par la même Partie pour une infraction ayant déjà fait l'objet d'un jugement définitif d'acquittement ou de condamnation rendu conformément au même droit et la même procédure judiciaire ;
 - i) toute personne accusée d'une infraction a droit à ce que le jugement soit rendu publiquement ;
 - j) toute personne condamnée sera informée, au moment de sa condamnation, de ses droits de recours judiciaires et autres ainsi que des délais dans lesquels ils doivent être exercés.
5. Les femmes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé seront gardées dans des locaux séparés de ceux des hommes. Elles seront placées sous la surveillance immédiate de femmes. Toutefois, si des familles sont arrêtées, détenues ou internées, l'unité de ces familles sera préservée autant que possible pour leur logement.
6. Les personnes arrêtées, détenues ou internées pour des motifs en relation avec le conflit armé bénéficieront des protections accordées par le présent article jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement, même après la fin du conflit armé.
7. Pour qu'il ne subsiste aucun doute en ce qui concerne la poursuite et le jugement des personnes accusées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, les principes suivants seront appliqués :
- a) les personnes qui sont accusées de tels crimes devraient être déférées aux fins de poursuite et de jugement conformément aux règles du droit international applicable; et
 - b) toute personne qui ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions ou du présent Protocole se verra accorder le traitement prévu par le présent article, que les crimes dont elle est accusée constituent ou non des infractions graves aux Conventions ou au présent Protocole.
8. Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme limitant ou portant atteinte à toute autre disposition plus favorable accordant, en vertu des règles du droit international applicable, une plus grande protection aux personnes couvertes par le paragraphe 1».