



Chapitre de livre

2013

Accepted version

Open Access

This is an author manuscript post-peer-reviewing (accepted version) of the original publication. The layout of the published version may differ .

---

## Combattants et Combattants Illégaux

---

Sassòli, Marco

### How to cite

SASSÒLI, Marco. Combattants et Combattants Illégaux. In: Permanence et Mutation du Droit des Conflits Armés. Chétail, V. (Ed.). Bruxelles : Bruylant, 2013. p. 151–184.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:33420>

## COMBATTANTS ET COMBATTANTS ILLEGAUX

Par Marco Sassòli, professeur ordinaire de droit international public à l'Université de Genève et professeur associé à l'Université du Québec à Montréal et à l'Université de Laval, Canada\*

La notion de combattant est centrale dans le système de protection qu'offre le droit international humanitaire des conflits armés internationaux. Trois éléments caractérisent le régime juridique des combattants : premièrement, eux seuls ont le droit de prendre part directement aux hostilités, deuxièmement ils peuvent être attaqués – jusqu'à ce qu'ils se rendent ou jusqu'à ce qu'ils soient mis hors de combat – et troisièmement lorsqu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi ils deviennent des prisonniers de guerre. L'obligation qui leur est faite de se distinguer de la population civile fait également partie de la définition, en tant que condition que doit remplir un individu pour se voir reconnaître le statut de combattant.

Historiquement<sup>1</sup>, le régime adopté dans les Règlements de La Haye en 1899 et 1907 réalise un compromis entre deux positions antagonistes : d'une part celle des États puissants plaidant pour une définition restrictive des combattants – afin de limiter ce concept aux membres des forces armées régulières (c'est-à-dire aux forces armées des États) – et celle des États plus faibles voulant étendre ce concept – afin de se conserver une marge de manœuvre qui leur permettrait d'impliquer leur population en cas de nécessité pour résister aux agressions extérieures<sup>2</sup>. Ainsi, les Règlements de La Haye prévoient d'une part des exigences assez strictes pour emporter la qualification de combattant<sup>3</sup>, mais reconnaissent d'autre part la possibilité d'une levée en masse dans un territoire non occupé face à une invasion ennemie<sup>4</sup>. Le tout étant nuancé par la fameuse clause de Martens qui statue « *[e]n attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* »<sup>5</sup>. Cette clause fut précisément introduite en faveur de personnes qui, bien que participant aux hostilités, ne bénéficiaient pas du statut et de la protection de prisonnier de guerre.

---

\* Ce texte a été écrit en octobre 2008 et mis à jour en décembre 2010. J'aimerais remercier Mmes Julia Grignon et Anne-Laurence Brugère, assistantes à l'Université de Genève, pour leurs recherches et pour avoir révisé cet article.

<sup>1</sup> Pour une approche historique détaillée de tous les instruments pertinents, voir S. E. NAHLIK, « L'extension du statut de combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977 », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, n° 164, 1979, pp. 171-249.

<sup>2</sup> Voir J.-F. QUEGUINER, *Le principe de distinction dans la conduite des hostilités : un principe traditionnel confronté à des défis actuel*, Thèse, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 2006, pp. 298-299, qui à l'appui de cette assertion cite, outre S. E. NAHLIK *ibid.*, K. WATKIN, « Combatants, unprivileged belligerents and conflicts in the 21<sup>st</sup> century », *Israel Defense Forces Law Review*, Vol. 1, 2003, pp. 81-84.

<sup>3</sup> Article 1 du Règlement de La Haye (ci-après « Règlement de La Haye ») annexé à la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 (ci-après « Convention IV de La Haye »), J. BROWN SCOTT (éd.), *Les Conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 100.

<sup>4</sup> Voir l'article 2 du Règlement de La Haye.

<sup>5</sup> Paragraphe 8 du préambule de la Convention IV de La Haye.

La Première guerre mondiale ayant révélé la nécessité d'élaborer un instrument visant à la protection des prisonniers de guerre, une Conférence diplomatique réunissant quarante-sept États adopte en 1929 une Convention internationale relative à leur traitement<sup>6</sup>. Cette Convention régit en quatre-vingt dix-sept articles les conditions matérielles de la captivité de « toutes les personnes visées par les articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3 du Règlement annexé à la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907, et capturées par l'ennemi »<sup>7</sup>. Ainsi, si elle les protège une fois hors de combat, elle n'ajoute cependant rien à la définition des combattants.

Ce n'est que vingt ans plus tard, ayant à l'esprit l'expérience de la Seconde guerre mondiale, que les rédacteurs de la troisième Convention de Genève<sup>8</sup> ont étendu le statut de prisonnier de guerre aux membres de mouvements de résistance dans les territoires occupés, pour autant qu'ils respectent certaines conditions, et aux membres de forces armées régulières réclamant allégeance d'un gouvernement non reconnu par la Puissance détentrice<sup>9</sup>.

Le phénomène des guerres de libération nationale de la période de décolonisation a conduit les États dits, à l'époque, du « Tiers Monde » et « socialistes » à argumenter de nouveau en faveur de conditions moins strictes pour la qualification du statut de combattant. Ils entendaient en cela prendre en considération les réalités nouvelles mises au jour par les guerres de guérilla<sup>10</sup>. Ceci a conduit les rédacteurs du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève<sup>11</sup> à assouplir les conditions que doivent respecter les combattants afin de conserver leurs statut et privilèges<sup>12</sup>.

Dans cette contribution, nous présenterons tout d'abord le régime traditionnel tel qu'il ressort du texte des traités du droit international humanitaire et du droit international coutumier. Nous verrons que les controverses qui ressurgissent de nos jours ne sont pas nouvelles. Nous discuterons par la suite des défis dont ce régime fait l'objet en raison de la nature changeante des conflits armés et des approches adoptées par certains gouvernements, y compris dans le cadre de ce que les Etats-Unis ont qualifié sous l'administration Bush de « guerre contre le terrorisme ».

## **I. LE REGIME JURIDIQUE TRADITIONNEL**

### 1. La définition du combattant

#### A) En droit international général

---

<sup>6</sup> Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929.

<sup>7</sup> *Ibid.*, article 1 para. 1.

<sup>8</sup> Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, ci-après « Convention III » ou « troisième Convention de Genève ».

<sup>9</sup> Voir article 4 A. paras. 2 et 3 de la Convention III.

<sup>10</sup> Voir références dans M. BOTHE, K. J. PARTSCH et W. A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 245-248 et K. IPSEN, « Combatants and Non-Combatants », in D. FLECK (éd) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 80-113.

<sup>11</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, ci-après « premier Protocole additionnel » ou « Protocole I ».

<sup>12</sup> Pour une explication de la genèse des nouvelles dispositions contenues dans le Protocole I, voir R. LAPIDOTH, « Qui a droit au statut de prisonnier de guerre ? » *Revue Générale de Droit International Public*, n° 82, 1978, pp. 170-210, en particulier pp. 182 et s.

Qu'il s'agisse de l'article 1 du Règlement de La Haye de 1907 ou de l'article 43 paragraphe 2 du Protocole I, les combattants sont définis comme étant les membres des forces armées d'une Partie à un conflit armé international. Selon l'étude sur le droit international humanitaire coutumier publiée par le Comité international de la Croix-Rouge<sup>13</sup>, cette définition est de caractère coutumier. Personne ne peut donc être combattant simplement du fait de sa seule volonté ; il est nécessaire d'appartenir à un groupe qui lui-même appartient à une Partie à un conflit armé international<sup>14</sup>.

L'article 3 du Règlement de La Haye peut créer de la confusion en ce qu'il dispose que « *[l]es forces armées des Parties belligérantes peuvent se composer de combattants et de non-combattants* » (les deux bénéficiant du statut de prisonnier de guerre). Les « *non combattants* » auxquels il était fait référence dans cet article incluaient par exemple les cuisiniers et autres membres des forces armées dont l'activité principale n'était pas le combat. Selon la terminologie actuelle, cependant, on ne distingue plus selon le rôle des membres des forces armées de sorte que, à une exception près, tous les membres des forces armées sont des « combattants ». Ceci signifie qu'ils peuvent prendre directement part aux hostilités et qu'ils peuvent être attaqués<sup>15</sup>. Les seuls membres des forces armées qui ne sont pas considérés comme des combattants sont les personnels médical et religieux. Ils ne sont pas autorisés à participer directement aux hostilités. En contrepartie, ils ne peuvent pas être l'objet d'attaques et ne deviennent pas des prisonniers de guerre s'ils tombent au pouvoir de l'ennemi. Au contraire, ils doivent être libérés et rapatriés à moins que leur présence ne soit requise pour prendre soin des prisonniers de guerre appartenant aux forces armées dont ils relèvent<sup>16</sup>.

Une fois acquis, il reste que le statut de combattant peut se perdre. Selon le droit international coutumier, basé sur la pratique de la Première et de la Seconde guerre mondiale, un combattant qui, au moment où il tombe au pouvoir de l'ennemi, ne se distingue pas individuellement de la population civile, perd son statut de combattant<sup>17</sup>. En droit conventionnel, cette règle n'apparaît qu'à l'article 44 paragraphe 4 du Protocole I qui fait seulement référence à ceux qui ne respectent (même) pas l'exigence de distinction applicable dans des situations exceptionnelles<sup>18</sup>. Au surplus, les combattants qui ne se distinguent pas de la population civile, dans le but de tuer, blesser ou – du moins selon l'article 37 paragraphe 1 du Protocole I – capturer un adversaire, commettent un acte de perfidie.

Au-delà de ce qui précède, les conditions exactes qu'une personne doit remplir afin d'obtenir le statut de prisonnier de guerre (et donc, implicitement, pour être considéré comme un combattant) sont, nous le verrons, différentes selon la troisième Convention ou le Protocole I, ce dernier s'étant efforcé d'adapter les exigences de la troisième Convention aux réalités de la guerre de guérilla. On peut cependant assurément affirmer que sont combattants en droit international général tous ceux qui remplissent les conditions, expliquées ci-dessous, de

---

<sup>13</sup> J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier : volume I : règles*, Bruxelles/Genève, Bruylant/Comité international de la Croix-Rouge, 2006, règle 3, p. 15.

<sup>14</sup> C'est-à-dire un État, conformément à l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève, ou un mouvement de libération nationale tel que défini à l'article 1 para. 4 du Protocole I.

<sup>15</sup> Article 43 para. 2 du Protocole I.

<sup>16</sup> Voir les articles 21, 22, 24, 28, et 30 de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, ainsi que l'article 33 de la Convention III et l'article 43 para. 2 du Protocole I.

<sup>17</sup> Voir règle 106 de l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international coutumier, J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 13, p. 509.

<sup>18</sup> Voir *infra*, texte accompagnant la note 31.

l'article 4 A., paragraphes 1 à 3 et 6 de la troisième Convention<sup>19</sup>. Il en est de même de ceux qui remplissent les conditions unifiées posées par le Protocole I (que nous détaillerons suite à celles de la troisième Convention), sauf dans le cas où ils profiteraient des facilités prévues à l'article 44 paragraphe 3 du Protocole I, relâchant l'exigence de se distinguer. En effet, cette dernière disposition est trop contestée pour pouvoir être considérée comme correspondant à une règle coutumière<sup>20</sup>.

## B) Les exigences de la troisième Convention de Genève

Selon l'article 4 A. paragraphe 1 de la troisième Convention : « *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* » sont des prisonniers de guerre s'ils tombent au pouvoir de l'ennemi. Ces personnes sont par conséquent des combattants, auxquels s'ajoutent selon le paragraphe 3 de ce même article « *les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice* »<sup>21</sup>.

Élaboré à partir d'une catégorie et de conditions déjà énumérées à l'article 1 du Règlement de La Haye, l'article 4 A. paragraphe 2 ajoute que : « *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, [sont des prisonniers de guerre] 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* ». Ces conditions<sup>22</sup> sont collectives. Cela signifie que ce qui est déterminant, c'est que le groupe dans son ensemble les respecte. Aussi, des individus qui se conformeraient à ces conditions, mais qui appartiendraient à un groupe qui les ignorerait, ne pourraient pas être considérés comme des combattants. À l'inverse, en vertu de la règle coutumière discutée ci-dessus, ceux qui ne se distinguent pas, de manière individuelle, de la population civile perdent leur statut de combattants, même si le groupe auquel ils appartiennent respecte dans son ensemble les conditions énoncées de a) à d). En revanche, des individus qui violeraient le droit international humanitaire conserveraient leur statut de combattants si le groupe auquel ils appartiennent respecte ces conditions. Ceci est confirmé par l'article 85 de la Convention III<sup>23</sup> comme par la pratique des États et a été explicitement clarifié par l'article 44 paragraphe 2 du Protocole I.

<sup>19</sup> Comme le confirme l'article 44 para. 6 du Protocole I.

<sup>20</sup> Les États-Unis, par exemple, considèrent que cette disposition légalise les pratiques terroristes (voir *A Message from the President of the United States Regarding Protocol II Additional to the 1949 Geneva Conventions, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, 100<sup>e</sup> Cong., Washington D.C., United States Government Printing Office, 1987, pp. 100-102 et D. J. FEITH, « Law in the service of terror: the strange case of the additional protocol », *The National Interest*, 1985, n°1, pp. 36-47, en particulier p. 47).

<sup>21</sup> On doit toutefois garder en tête qu'un tel gouvernement ou une telle autorité doit appartenir à un État (à défaut, la troisième Convention ne s'applique pas).

<sup>22</sup> Pour un aperçu de ce que recouvre chacune de ces conditions voir R. LAPIDOTH *op. cit.* note 12, pp. 176-178.

<sup>23</sup> L'article 85 de la Convention III se lit comme suit : « *Les prisonniers de guerre poursuivis en vertu de la législation de la Puissance détentrice pour des actes qu'ils ont commis avant d'avoir été faits prisonniers resteront, même s'ils sont condamnés, au bénéfice de la présente Convention* ».

Une question qui demeure en suspens est celle de savoir si les quatre conditions listées sous l'article 4 A. paragraphe 2 s'appliquent également aux forces armées régulières (visées aux paragraphes 1 et 3), implicitement et de façon coutumière<sup>24</sup>. En effet, s'il est clair que des forces armées régulières ont l'obligation de respecter ces conditions, cela ne signifie toutefois pas que si elles ne le font pas, leurs membres perdent le statut de combattants<sup>25</sup>. Cette question a récemment resurgi dans le cadre du conflit mené en Afghanistan par les États-Unis. Ces derniers ne se sont jamais clairement prononcés sur la question de savoir si les talibans répondaient à la définition contenue au paragraphe 1 ou au paragraphe 2. Ils ont toutefois affirmé que des forces armées régulières devaient également remplir ces conditions pour pouvoir bénéficier du statut de combattants<sup>26</sup>. Selon la lettre du premier et du troisième paragraphe, qui pourraient s'appliquer aux forces talibanes, ce n'est pourtant pas nécessaire. Si l'on voulait néanmoins appliquer ces conditions à des forces régulières, il faudrait d'abord rappeler que de telles forces ne peuvent être régulières si elles ne satisfont pas à l'exigence de la lettre a). Les talibans étaient organisés et disciplinés au point de pouvoir contrôler pendant des années la majorité du territoire afghan tout en menant efficacement un conflit contre l'Alliance du Nord. De plus, leurs membres auraient eu l'obligation de se distinguer de la population civile tel que cela est exigé aux lettres b) et c). À notre connaissance, ni les États-Unis, ni l'Alliance du Nord, ne leur ont reproché durant la phase internationale du conflit, de ne pas s'être suffisamment distingués de la population civile. Cette condition fait référence à la situation de la guerre de guérilla, or les hostilités menées par les talibans n'étaient pas une guerre de ce type, étant donné qu'ils contrôlaient une large partie du territoire afghan. Quant à l'exigence indiquée à la lettre d), c'est-à-dire la condition de respecter le droit international humanitaire, il est certain que beaucoup de ses règles ont été violées pendant des années en Afghanistan, autant par les talibans que par l'Alliance du Nord. La pratique des États, y compris des États-Unis, est toutefois, et à juste titre, réticente à priver des prisonniers de guerre de leur statut pour la seule raison que des violations ont été commises par leurs forces ou leur Partie. C'est ainsi que les États-Unis n'ont, à notre connaissance, jamais contesté ce statut aux membres de la « Wehrmacht » allemande pendant la Seconde Guerre mondiale, pourtant responsable d'exactions contre les populations civiles.

Quoi qu'il en soit, à l'égard même des forces tombant sous le coup de l'article 4 A. paragraphe 2 – c'est-à-dire « *les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris (...) des mouvements de résistance organisés* », pour lesquelles les

---

<sup>24</sup> Voir à ce sujet M. SASSOLI, « La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 39, 2001, pp. 211-252, en particulier pp. 231-234.

<sup>25</sup> Comme l'affirment le Judicial Committee of the Privy Council (U.K.), *Bin Haji Mohamed Ali and Another v. Public Prosecutor*, 29 July 1968, [1969] 1 AC 430 et G. H. ALDRICH, « The Taliban, Al Qaeda and the Determination of Illegal Combatants », *American Journal of International Law*, vol. 96, n° 4, 2002, pp. 891-898, en particulier pp. 894 et 895. Plus ambigu sur ce point, Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1986, pp. 519-520, écrivent : « *Si le membre des forces armées qui ne respecte pas les règles du droit international applicable en cas de conflit armé ne perd pas de ce fait (...) sa qualité de combattant (...) les forces armées auxquelles il appartient sont, comme telles, indissociables de ces règles* ».

<sup>26</sup> Le 8 février 2002, le porte-parole de la Maison Blanche, après avoir énuméré certains critères, tels que : « *wearing insignia, operating in formed units, carrying your weapons openly, not mixing in, not hiding yourself among the civilian population* » concluait : « *It's quite apparent, I think, to anybody who examines the situation of the Taliban against these criteria that these people don't qualify* », Point de presse quotidien, R. BOUCHER, porte-parole, Washington, DC, 8 février 2002, disponible en ligne : <http://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/dpb/2002/7918.htm> (date d'accès : 30 avril 2009). Dans le même sens, voir J. B. BELLINGER, « Legal Issues in the War on Terrorism – A Reply to Silja N. U. Vöneky », *German Law Journal*, n° 8, pp. 871-878, qui considère les talibans comme une milice appartenant à une Partie au conflit, p. 872.

conditions collectives précitées sont explicitement énumérées, ces exigences doivent être interprétées souplesment ; en particulier, la nécessité de respecter le droit international humanitaire énoncée à la lettre d). Il suffit que ces autres milices et corps de volontaires ou mouvements de résistance aient pour consigne de respecter ces conditions et que la plupart de leurs membres ne commettent effectivement pas de violations flagrantes de ces règles. L'exigence de se conformer aux lois et coutumes de la guerre ne doit, en effet, pas servir de prétexte à faire apparaître une condition de réciprocité – selon laquelle le respect du droit international humanitaire ne serait pas dû à un ennemi qui ne le respecte pas –, principe qui n'est pas applicable aux engagements de droit international humanitaire<sup>27</sup>. Subsidiairement, d'un point de vue politique, il est sage de mettre l'accent sur le comportement individuel de la personne dont le statut doit être déterminé, afin d'inclure autant de groupes que possible et encourager le respect du droit international humanitaire.

Il convient enfin de mentionner que, confirmant en cela une dérogation déjà admise par l'article 2 du Règlement de La Haye, l'article 4 A. paragraphe 6 de la troisième Convention confère le statut de combattant à des personnes civiles qui ne sont incorporées dans aucun groupe armé, dans la situation exceptionnelle que constitue une levée en masse, c'est-à-dire « *la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre* ». Les habitants d'un territoire occupé n'ont pas ce privilège.

### C) Les apports du Protocole I

Le Protocole I consacre une conception large et unifiée des forces armées à son article 43<sup>28</sup>. Il inclut en effet toute force ou tout groupe armé organisé sous commandement responsable d'une Partie à un conflit armé international et ajoute que celui-ci doit être soumis à un système de discipline interne qui doit notamment veiller au respect du droit international humanitaire. Les membres de ces groupes sont des combattants, et selon l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international coutumier, cette définition large des forces armées et des combattants correspond au droit international coutumier<sup>29</sup>.

Il sied cependant de souligner qu'un individu ne conserve son statut de combattant – et celui de prisonnier de guerre lorsqu'il tombe aux mains de l'ennemi – que s'il respecte individuellement l'obligation de se distinguer de la population civile au moment de sa capture. Cette obligation est précisée à l'article 44 paragraphe 3 du Protocole I qui reflète un compromis qui a été extrêmement ardu à négocier et qui est, aujourd'hui encore, controversé<sup>30</sup>. D'après ce paragraphe, l'obligation de distinction s'applique normalement lorsque les individus « *prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque* », mais dans des circonstances exceptionnelles, telles que les territoires occupés et les guerres de libération nationale, les conditions sont assouplies<sup>31</sup>. Dans de telles situations

---

<sup>27</sup> Voir article 60 para. 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; J. DE PREUX, « Les Conventions de Genève et la réciprocité », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 751, 1985, p. 24.

<sup>28</sup> Pour une comparaison entre les dispositions de la troisième Convention et celles du Protocole I, voir R. LAPIDOTH, *op. cit.* note 12, pp. 188-190.

<sup>29</sup> Voir J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 13, p. 19.

<sup>30</sup> Pour une étude linéaire de la genèse, du contenu et des conséquences du non respect de cette disposition, voir R. LAPIDOTH, *op. cit.* note 12, pp. 197-205.

<sup>31</sup> Le texte du Protocole I ne précise pas quelles peuvent être ces situations. Toutefois, tant les travaux préparatoires que l'étude des réserves émises par certains États au moment de leur adhésion à cet instrument, permettent de conclure que c'était principalement ces deux hypothèses qui étaient visées. Dans les travaux

en effet, il est suffisant que le combattant porte ouvertement les armes : « a) pendant chaque engagement militaire ; et b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer » pour qu'il soit considéré comme un combattant. Cette exception a été fortement critiquée en ce qu'elle ouvrirait le champ libre aux terroristes et mettrait la distinction entre civils et combattants passablement en danger<sup>32</sup>. Toutefois, le droit international humanitaire doit toujours s'adapter aux réalités de la guerre. À notre avis, il s'agit là également d'une conséquence du principe de la séparation absolue entre *ius ad bellum* et *ius in bello*<sup>33</sup>. Selon ce principe, même la cause la plus noble et la plus légitime en *ius ad bellum* ne permet pas qu'il soit dérogé au droit international humanitaire (c'est-à-dire au *ius in bello*) ; à l'inverse, selon nous, le principe implique également que le *ius ad bellum* soit une limite absolue aux développements (ou interprétations) du droit international humanitaire. Lorsqu'il est autorisé d'utiliser la force pour atteindre certains buts en *ius ad bellum*, le droit international humanitaire ne doit pas rendre impossible la réalisation de ces buts. Le droit international humanitaire est, et restera inévitablement, un droit de compromis entre les nécessités militaires et les besoins d'humanité. Si les guerres de libération nationale et la résistance armée contre un agresseur technologiquement supérieur ou un occupant étranger sont justifiées en *ius ad bellum*, le droit international humanitaire ne saurait interdire toute méthode efficace pour gagner une telle lutte. Il serait certainement préférable pour la protection de la population civile que les combattants se distinguent clairement en tout temps. Cependant, avec de telles règles, certains belligérants n'auraient tout simplement aucune chance de faire face à un ennemi, bien que leur cause soit juste au regard du *ius ad bellum*. Le Protocole I a donc dû s'adapter à cette réalité dans son article 44 paragraphe 3.

## 2. Procédures prévues afin de déterminer le statut

Dans la conduite des hostilités, si un doute existe sur le statut d'une personne celle-ci doit être présumée comme étant une personne civile et ne doit par conséquent pas être l'objet d'attaques<sup>34</sup>. De même, en cas de doute, une personne qui tombe au pouvoir de l'ennemi doit être considérée par ce dernier comme une personne civile, dans la mesure où l'article 4 de la quatrième Convention de Genève<sup>35</sup> définit les personnes civiles protégées comme étant celles qui, se trouvant au pouvoir d'une partie dont elles n'ont pas la nationalité, ne sont pas

---

préparatoires, on trouve l'argument suivant (formulé par le Rapporteur de cette disposition) : « Cette exception reconnaît qu'en territoire occupé et dans les guerres de libération nationale, il peut se présenter des situations où un guérillero ne peut se distinguer de la population civile pendant toute la durée de ses opérations militaires et conserver encore une chance de réussir », Actes XV, p. 471, CDDH/407/Rev. 1, para. 19, cité par le Commentaire des Protocoles, *op. cit.* note 25 para. 1697 et s., pp. 535-539. Pour ce qui est des réserves, le Canada a par exemple déclaré : « Selon l'interprétation du Gouvernement (...) la situation décrite dans la deuxième phrase du paragraphe 3 de l'article 44 ne peut exister qu'en territoire occupé ou dans des conflits armés visés par le paragraphe 4 de l'article premier (...) », de même : « Le gouvernement de la République française considère que la situation évoquée dans la seconde phrase du paragraphe 3 de l'article 44 ne peut exister que si un territoire est occupé ou dans le cas d'un conflit armé au sens du paragraphe 4 de l'article 1. », la liste complète des réserves émises par les États est disponible en ligne : <http://icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> (date d'accès : 21 août 2008).

<sup>32</sup> Voir *supra*, note 20.

<sup>33</sup> M. SASSÒLI, « *Ius ad bellum* and *Ius in Bello* – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare: Crucial or Outdated? », in M. N. SCHMITT et J. PEJIC (éds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 242-264.

<sup>34</sup> Voir l'article 50 para. 1 du Protocole I.

<sup>35</sup> Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, ci-après « quatrième Convention de Genève » ou « Convention IV ».

protégées par la troisième Convention de Genève<sup>36</sup>. Cependant, si un doute existe quant au statut à accorder aux personnes ayant « *commis un acte de belligérance* », l'article 5 alinéa 2 de la Convention III prescrit qu'elles doivent être traitées comme des prisonniers de guerre « *en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent* ». Les travaux préparatoires de la disposition plus exigeante qu'est l'article 45 paragraphe 1 du Protocole I et la pratique des États révèlent que ce « tribunal compétent » ne doit pas nécessairement répondre aux exigences d'impartialité et d'indépendance qui seraient requises pour la conduite d'un procès pénal en droit international des droits de la personne<sup>37</sup>. Une commission composée d'officiers de la puissance détentrice suffit. La mise en place de tels tribunaux n'est pas qu'une hypothèse d'école ; à titre d'exemple, on peut citer ceux qui ont été mis sur pied par les États-Unis dans le cadre de la guerre du Viet Nam et de la guerre du Golfe de 1990-91. En revanche, il est intéressant de constater qu'en ce qui concerne la « guerre contre le terrorisme », les États-Unis estiment qu'un tel doute n'existe pas<sup>38</sup>. Une Cour américaine a jugé que les « *Combatant Status Review Tribunals* » mis en place à Guantánamo ne correspondaient pas aux tribunaux entendus au sens de l'article 5 parce que leur mandat n'est pas de déterminer qui a droit au statut de prisonnier de guerre mais seulement d'identifier qui est un « combattant ennemi » ou qui est un civil innocent qui doit être libéré<sup>39</sup>, tandis qu'une autre Cour a considéré que ces tribunaux accordaient aux détenus « *plus ou moins la même procédure que celle prévue à l'article 5* »<sup>40</sup>.

L'article 45 du Protocole I clarifie et développe – allant en cela peut-être au-delà du droit international coutumier – la présomption relative au statut de prisonnier de guerre. Premièrement, la présomption s'applique désormais à toutes les personnes qui prennent part aux hostilités si, soit elles-mêmes, soit la Partie à laquelle elles appartiennent, réclament ce statut, ou s'il apparaît qu'elles y ont droit. Deuxièmement, si une personne se voit refuser le statut de prisonnier de guerre et est poursuivie pour des violations en lien avec les hostilités, cette personne a le droit de revendiquer le statut de prisonnier de guerre devant un tribunal compétent.

Aucune procédure n'est prévue pour le cas de personnes qui, traitées par un belligérant comme des prisonniers de guerre, souhaiteraient contester le fait qu'elles étaient des combattants. La pratique n'est pas concluante sur la question de savoir si de telles personnes peuvent introduire une action en *habeas corpus* (en droit interne ou en droit international des droits de la personne, applicable à titre de *lex specialis* sur ce point précis, vu qu'il n'est pas réglé par le droit international humanitaire).

### 3. Traitement des combattants tombés au pouvoir de l'ennemi

Si un combattant tombe au pouvoir de l'ennemi, il est un prisonnier de guerre. Précisons que la nationalité d'un combattant n'a pas d'importance pour sa qualification de prisonnier de guerre, qui dépend uniquement de son appartenance aux forces armées ennemies. De l'avis

---

<sup>36</sup> Voir *infra*, texte accompagnant la note 65.

<sup>37</sup> Voir Y. NAQVI, « Doubtful prisoner-of-war status », *International Review of the Red Cross*, n° 847, 2002, pp. 571-595, en particulier pp. 578 et 579.

<sup>38</sup> Quant à la question de savoir si un doute suffisant existe pour mettre en œuvre l'article 5, voir Judicial Committee of the Privy Council (U.K.), *Public Prosecutor v. Oie Hee Koi and connected appeals*, 4 December 1967, [1968] AC 829.

<sup>39</sup> Voir US District Court District of Columbia, *In Re: Guantánamo Detainee Cases, Memorandum Opinion Denying in Part and Granting in Part Respondents' Motion to Dismiss or for Judgment as a Matter of Law*, 355 F 2d 443 (2005).

<sup>40</sup> US District Court District of Columbia, *Khalid v. Bush*, 355 F 2d 311 (2005), pp. 314-320, nous traduisons.

d'une partie de la doctrine, c'est seulement s'il a la nationalité du capteur qu'il ne bénéficie pas du statut de prisonnier de guerre<sup>41</sup>.

En commettant des actes d'hostilité, les combattants exécutent la mission qui leur est confiée ; ils exercent ce qu'on appelle le « privilège du combattant » ; on ne saurait par conséquent les punir du simple fait d'avoir participé directement aux hostilités. Ainsi, lorsqu'ils deviennent prisonniers de guerre, ils sont internés non pas en l'exécution d'une peine, mais afin de les empêcher de rejoindre leurs troupes et de reprendre part aux hostilités (et afin de les protéger). C'est pourquoi il n'est pas nécessaire qu'une décision individuelle soit prise sur la légalité de leur détention. Le simple fait que quelqu'un soit un combattant est une raison suffisante pour justifier de sa détention jusqu'à la fin des hostilités actives du conflit en question. La troisième Convention régit en détail le traitement auquel les prisonniers de guerre ont droit. Durant la détention, les prisonniers de guerre ne doivent pas être enfermés dans des cellules, à moins qu'ils ne soient poursuivis ou condamnés. Excepté dans ce dernier cas, ils ne purgent pas une peine car ils n'ont commis aucun acte illégal. Ils doivent par conséquent être internés dans des camps au sein desquels ils doivent pouvoir se mouvoir librement. Les règles relatives à la discipline, au grade, au travail et aux représentants des prisonniers de guerre prennent en considération leur place dans la hiérarchie militaire et leur allégeance à la Puissance de laquelle ils dépendent.

Conformément à son but, l'internement des prisonniers de guerre doit cesser « *sans délai après la fin des hostilités actives* »<sup>42</sup>. Ces termes doivent être interprétés à la lumière de la situation sur le terrain. Toutefois, si des accords sont conclus entre les belligérants, ils peuvent être pris en considération pour déterminer si les hostilités sont effectivement terminées ou s'il s'agit seulement d'une interruption<sup>43</sup>. L'obligation de rapatrier les prisonniers de guerre à la fin des hostilités actives connaît deux exceptions. D'abord, l'internement doit cesser avant la fin des hostilités actives pour les prisonniers atteints d'une maladie ou d'une blessure telles qu'ils ne pourront de toute façon plus prendre part aux hostilités. Ces prisonniers doivent être rapatriés même pendant le conflit<sup>44</sup>. À l'inverse, les prisonniers de guerre qui font l'objet de poursuites pénales, ou qui ont été condamnés, peuvent continuer d'être détenus même après la fin des hostilités actives, jusqu'à la fin de la procédure ou jusqu'à ce qu'ils aient purgé leur peine<sup>45</sup>.

Les règles de la troisième Convention s'appliquent sous le contrôle externe de représentants de Puissances protectrices (institution qui est malheureusement tombée en désuétude dans les conflits actuels) et du Comité international de la Croix-Rouge dont les délégués doivent avoir accès à tous les lieux où sont retenus des prisonniers de guerre<sup>46</sup>. Ils doivent également

---

<sup>41</sup> H. LAUTERPACHT (dir.), *Oppenheim's International Law, Disputes, War and Neutrality*, septième édition, London, Longmans, vol. 2, 1952, p. 268 ; M. FLORY, « Vers une nouvelle conception du prisonnier de guerre », *Revue Générale de Droit International Public*, 1954, p. 81 ; R. C. HINGORANI, *Prisoners of War*, Oceana, Dobbs Ferry, deuxième édition, 1982, pp. 31-32. Voir *Public Prosecutor v. Oie Hee Koi*, *op. cit.* note 38, et Y. DINSTEIN, « Unlawful Combatancy », *Israel Yearbook Human Rights*, n° 32, 2002, pp. 259 et 260. Pour une opinion divergente, voir R.-J. WILHELM, « Peut-on modifier le statut des prisonniers de guerre ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 516, 1953, pp. 685-688.

<sup>42</sup> Voir l'article 118 de la Convention III.

<sup>43</sup> Voir pour une application très confuse de ces règles, admettant des éléments de réciprocité et même un lien avec l'obligation d'éclaircir le sort des combattants disparus, Cour permanente d'arbitrage, Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, *Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17*, 1<sup>er</sup> juillet 2003, paras. 145-160.

<sup>44</sup> Voir les articles 109 à 117 de la Convention III.

<sup>45</sup> Voir l'article 119 al. 5 de la Convention III.

<sup>46</sup> Voir l'article 126 de la Convention III.

pouvoir s'entretenir avec eux sans témoins. Cette prérogative s'ajoute aux activités habituelles du Comité international de la Croix-Rouge en matière de protection, d'assistance et de rétablissement des liens familiaux. L'Institution fait état de ses constatations et de ses suggestions aux fins d'amélioration dans des rapports qui sont transmis aux autorités détentrices et aux autorités dont dépendent les prisonniers de guerre. Le Comité international de la Croix-Rouge intervient également en tant qu'intermédiaire neutre au moment de leur libération et s'assure du bon déroulement de leur rapatriement.

Nous verrons ci-dessous, dans le contexte de la discussion autour de la notion de « combattants illégaux », que la question de savoir comment des personnes ayant perdu le statut de combattant (par exemple parce qu'elles ne se sont pas distinguées de la population civile lorsqu'elles auraient dû le faire) doivent être traitées reste controversée. D'après la lettre des Conventions de Genève, s'ils répondent par ailleurs aux exigences relatives à la nationalité<sup>47</sup>, ces personnes devraient être traitées comme des civils protégés, entendus au sens de la quatrième Convention. Ceux qui estiment qu'il existe un statut à part de « combattants illégaux »<sup>48</sup> argueront au contraire qu'ils peuvent être détenus en dehors de toute décision individuelle relative à leur sort, comme c'est le cas pour les prisonniers de guerre, sans pour autant qu'ils puissent bénéficier des avantages accordés par la troisième Convention. Dans ces cas, ces personnes ne jouiraient que des garanties fondamentales figurant à l'article 75 du Protocole I, qui sont considérées de caractère coutumier. De plus, l'article 44 paragraphe 4 du Protocole I prévoit que dans des circonstances exceptionnelles<sup>49</sup> les combattants qui omettent de respecter l'exigence de distinction doivent tout de même être *traités* comme des prisonniers de guerre (ce qui n'empêche pas qu'ils puissent être poursuivis et punis pour le simple fait d'avoir pris part directement aux hostilités, puisqu'ils ne bénéficient pas du *statut* de prisonnier de guerre et donc, du privilège de combattant).

## II. LES DEFIS ET LES ZONES D'OMBRE DU REGIME TRADITIONNEL

### 1. Le défi des « combattants illégaux » : une problématique toujours actuelle

D'après les règles explicitées ci-dessus, certaines personnes qui prennent part directement aux hostilités ne sont pas des combattants ou perdent leur statut de combattant. Selon la sémantique ayant trait à la lutte contre le terrorisme, originellement développée par l'administration de Georges W. Bush, on a pu se référer à ces personnes par l'appellation « combattants illégaux », parce que les actes d'hostilité qu'elles ont commis ne sont pas autorisés en droit international humanitaire. Plus traditionnellement, elles sont désignées du nom de « combattants irréguliers », ou « non privilégiés », parce qu'elles perdent les privilèges attachés au statut de prisonnier de guerre, en particulier l'immunité contre des poursuites pour des actes d'hostilité. Les actes d'hostilité commis par ces personnes peuvent en effet être réprimés par le droit interne de la Puissance détentrice, mais ils ne constituent pas en eux-mêmes des crimes de guerre<sup>50</sup>. Il existe une controverse quant au statut dont peuvent bénéficier ces personnes. Certains affirment qu'elles doivent nécessairement être considérées comme des civils<sup>51</sup>, d'autres considèrent qu'elles demeurent des combattants, notamment en

<sup>47</sup> Voir *infra*, texte accompagnant la note 65.

<sup>48</sup> Voir *infra*, texte accompagnant les notes 52 et 72 à 75.

<sup>49</sup> Voir *supra*, texte accompagnant la note 31.

<sup>50</sup> Voir Y. DINSTEIN, « The Distinction between Unlawful Combatants and War Criminals », in Y. DINSTEIN (éd.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 103-116.

<sup>51</sup> Voir K. DÖRMANN, « The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged Combatants" », *International Review of the Red Cross*, n° 849, 2003, pp. 45-74 ; M. SASSÒLI, « Query: Is There a Status of "Unlawful Combatant"? » in

ce qui concerne les inconvénients que comporte ce statut, qui sont : la licéité d'être l'objet d'une attaque et la licéité d'une détention sans contrôle judiciaire jusqu'à la fin des hostilités actives. Selon cette vue, elles perdraient simplement les privilèges attachés au statut de combattant<sup>52</sup>.

Dans leur « guerre contre le terrorisme », dénomination qui se cantonne désormais à l'ère de l'administration Bush (le Président Obama utilisant l'expression plus neutre de « lutte contre le terrorisme »), les États-Unis ont de façon très surprenante affirmé que le droit des conflits armés internationaux s'appliquait, et ce, à l'égard même des parties au conflit clairement identifiées comme étant des acteurs non étatiques. L'administration Obama qualifie ce conflit de non-international<sup>53</sup>, mais elle y applique tout au moins par analogie le droit des conflits armés internationaux<sup>54</sup>. Quoi qu'il en soit, les États-Unis ne s'estiment toutefois pas liés par la plupart des obligations prévues par le droit des conflits armés internationaux. Selon leur théorie, tandis que les États-Unis devraient bénéficier des droits et possibilités que le droit international humanitaire confère aux belligérants, leurs ennemis ne devraient pas pouvoir se prévaloir des garanties qu'il offre<sup>55</sup>. Or, l'un des moyens de justifier cette approche est de considérer que ceux qu'ils qualifient de « terroristes » tombant en leurs mains sont des « combattants illégaux » et en tant que tels ni protégés par la troisième, ni par la quatrième Convention de Genève. Le Président américain Georges W. Bush a lui même utilisé cet argument à propos des talibans capturés en Afghanistan (une situation qui était effectivement couverte par le droit des conflits armés internationaux) et détenus par la suite sur la base militaire américaine de Guantánamo à Cuba<sup>56</sup>. D'autres responsables officiels de l'administration Bush ont repris le même raisonnement à propos de la « guerre » contre Al-Qaïda ou d'autres qualifiés de « terroristes »<sup>57</sup>.

Quant à la position de l'administration Obama, elle est en cours de redéfinition. Jusqu'à présent, cette administration n'utilise plus les termes « guerre contre le terrorisme », et a

---

R. B. JAKES (éd.), *Issues in International Law and Military Operations*, International Law Studies, vol. 80, 2006, Rhode Island, Naval War College, Newport, pp. 57-67 et M. SASSÒLI, « La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *op. cit.* note 24. Que les « combattants illégaux » sont protégés par la Convention IV est aussi la thèse défendue par l'auteur qui a analysé cette question en profondeur : R. BAXTER, « So-called "unprivileged" Belligerency: Spies, Guerillas and Saboteurs », *British Yearbook of International Law*, vol. 28, 1952, pp. 323-345, en particulier pp. 328 et 344.

<sup>52</sup> Voir en particulier Y. DINSTEIN, « The Distinction between Unlawful Combatants and War Criminals », *op. cit.* note 50, pp. 103-106, et Y. DINSTEIN « Unlawful Combatancy », *op. cit.* note 41, pp. 249-251, plus généralement voir aussi É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, troisième édition, 2002, au para. 2.254, pp. 424 et 425.

<sup>53</sup> Voir Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Groupe de travail sur l'Examen périodique universel, *Rapport national présenté par les États-Unis d'Amérique*, 23 août 2010, Doc. N.U. A/HRC/WG.6/9/USA/1, para 84.

<sup>54</sup> US District Court District of Columbia, *In Re : Guantánamo Bay Detainee Litigation, Respondents' Memorandum Regarding the Government's Authority Relative to Detainees Held at Guantánamo Bay*, Misc. No. 08-442 TFH (2009), p. 1, disponible en ligne : <http://www.usdoj.gov/opa/documents/memo-re-det-auth.pdf> (date d'accès: 30 avril 2009).

<sup>55</sup> Pour une explication juridique de la position des États-Unis de l'époque, voir les extraits d'une entrevue avec C. ALLEN, Deputy General Counsel for International Affairs, U.S. Department of Defense, 16 décembre 2002, Crimes of War Project, disponible en ligne : <http://www.crimesofwar.org/onnews/news-pentagon-trans.html> (date d'accès : 30 avril 2009).

<sup>56</sup> Voir La Maison Blanche, *Memorandum of February 7<sup>th</sup>, 2002*, Appendix C to *Independent Panel to Review DoD Detention Operations*, Chairman The Honorable James R. Schlesinger, August 24, 2004, to U.S. Secretary of Defense Donald Rumsfeld, disponible en ligne : <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf> (date d'accès : 30 avril 2009).

<sup>57</sup> Voir C. ALLEN, *op. cit.* note 55 et J. B. BELLINGER, *op. cit.* note 26, pp. 875 et 876.

officiellement renoncé à l'expression de « combattants illégaux »<sup>58</sup>, mais elle estime, comme son prédécesseur, que des membres de groupes armés ennemis peuvent être attaqués et détenus comme des combattants ennemis pourraient l'être dans un conflit armé international<sup>59</sup>. Ceci démontre d'ailleurs que la problématique liée aux « combattants illégaux » existe indépendamment de ladite expression. *A priori* révolue, l'expression « combattants illégaux » ne fait que révéler une problématique juridique latente (et toujours actuelle) en droit international humanitaire : celle qui s'attache au statut des personnes qui, dans une certaine mesure, agissent en marge des Conventions de Genève et des Protocoles.

Selon nous, dans la mesure où il s'agit véritablement de conflits armés<sup>60</sup>, les combats contre Al-Qaïda et d'autres « terroristes » ne représentant pas un État devraient plutôt être pris en considération sous l'angle du droit des conflits armés non internationaux<sup>61</sup>, ce qui exclut tout recours possible à une hypothétique notion de « combattants illégaux ». En effet, le droit des conflits armés non internationaux n'établit pas de distinction formelle entre les combattants et les civils mais choisit comme approche de protéger ceux qui ne prennent pas ou plus une part active aux hostilités<sup>62</sup>. Une fois aux mains de l'ennemi, ceux qui ont pris part aux hostilités, de façon légale ou non, bénéficient exactement de la même protection (contre des traitements inhumains et en cas de poursuites judiciaires) que celle accordée aux civils. Ce n'est que dans le cadre des conflits armés internationaux qu'un régime différent s'applique aux combattants qui ne participent plus aux hostilités et aux civils. L'administration Obama estime toutefois que des personnes appartenant à des groupes armés peuvent être détenues dans un conflit armé non international pour les mêmes raisons qu'un combattant pourrait être détenu dans un conflit armé international<sup>63</sup>.

C'est donc uniquement dans le cadre des conflits armés internationaux<sup>64</sup> que pourrait apparaître la question de savoir si des « combattants illégaux » (du point de vue du droit international humanitaire, il est plus heureux de s'en tenir à la terminologie de « combattants irréguliers ») se trouveraient à cheval entre la Convention III et la Convention IV et, de ce fait, ne bénéficieraient de la protection d'aucune d'entre elles. Au regard de la lettre, du contexte et du but des ces Conventions, la réponse à cette question doit toutefois être une réponse négative.

L'article 4 alinéa 1 de la quatrième Convention se lit comme suit : « *Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se*

---

<sup>58</sup> Selon le communiqué de presse du Ministère de la Justice en date du 13 mars 2009, « Department of Justice Withdraws "Enemy Combatants" Definition for Guantanamo Detainees », disponible en ligne : <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2009/March/09-ag-232.html> (date d'accès: 30 avril 2009), voir également *supra*, note 54.

<sup>59</sup> Voir *Guantánamo Bay Detainee Litigation, Respondents' Memorandum, op.cit*, note 54.

<sup>60</sup> Ce qui est uniquement le cas lorsque les combats ont une intensité assez élevée et que le groupe armé impliqué est marqué d'un degré d'organisation assez considérable (voir le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans les affaires *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj et Lahi Brahimaj*, Jugement, Affaire n°IT-04-84-T (3 avril 2008), para. 49 et *Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, Jugement, Affaire n°IT-04-82-T (10 juillet 2008), paras. 177-193.

<sup>61</sup> La Cour Suprême des États-Unis a correctement considéré que tout conflit qui ne se déroulait pas entre des États était selon le texte de l'article 3 commun un conflit ne présentant pas un caractère international, voir Cour Suprême des États-Unis, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), p. 67.

<sup>62</sup> Voir les Conventions de Genève, article 3 commun et les développements *infra* relatifs spécifiquement aux conflits armés non internationaux.

<sup>63</sup> *Guantánamo Bay Detainee Litigation, Respondents' Memorandum, op.cit*, note 54, p. 5.

<sup>64</sup> Nous discuterons donc ici cette question dans ce cadre uniquement, qui ne nous semble pas être le droit qui s'applique à la plupart des aspects de la « guerre contre le terrorisme ».

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. » Selon l'alinéa 4 de cet article, les personnes protégées par la troisième Convention « ne seront pas considérées comme personnes protégées au sens de la présente Convention ». Ce texte indique donc clairement que toute personne qui n'est pas protégée par la troisième Convention (qui remplit en outre les conditions de nationalité ou d'allégeance<sup>65</sup> et à laquelle ne s'appliquent pas les exclusions prévues à l'alinéa 2 de l'article 4) bénéficie de la protection de la quatrième Convention. Le Commentaire des Conventions de Genève élaboré par le Comité international de la Croix-Rouge estime que : « *Se trouvant aux mains de l'ennemi, un individu doit avoir un statut selon le droit international : il est soit un prisonnier de guerre couvert par la IIIe Convention, soit une personne civile couverte par la IVe Convention, soit encore un membre du personnel sanitaire des forces armées couvert par la Ire Convention. Il n'y a pas de statut intermédiaire ; aucune personne se trouvant aux mains de l'ennemi ne peut être en dehors du droit et c'est là, nous semble-t-il, une solution satisfaisante, non seulement pour l'esprit, mais aussi et surtout du point de vue humanitaire* »<sup>66</sup>. Les travaux préparatoires de cette disposition semblent confirmer cette interprétation, même s'ils comportent des ambiguïtés<sup>67</sup>. Le Comité international de la Croix-Rouge avait d'abord suggéré d'utiliser la formulation « *personnes qui ne prennent pas part aux hostilités* ». Néanmoins, la XVII<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge a estimé que « *cette formule présent[ait] l'inconvénient de ne pas couvrir ceux qui commettent des actes d'hostilité sans être des combattants réguliers (saboteurs, francs-tireurs, etc.)* »<sup>68</sup>. Ce problème avait été mentionné lors de la Conférence diplomatique de 1949 qui devait de ce fait écarter la proposition initiale du Comité international de la Croix-Rouge pour adopter la formulation actuelle, conçue pour englober ceux qui commettent des actes d'hostilités sans être des combattants. Par ailleurs, l'article 5 de la Convention IV qui permet des dérogations pour les personnes engagées dans des activités hostiles n'aurait pas été nécessaire si ces personnes ne tombaient pas sous le régime protecteur de la quatrième Convention. Cette interprétation a été réitérée par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie<sup>69</sup> et la Haute Cour de Justice israélienne<sup>70</sup>. En tant que juriste, cette solution nous apparaît la meilleure du point de vue du droit international humanitaire qui constitue l'ultime rempart de protection dans une situation profondément inhumaine telle que la guerre dans laquelle les autres garde-fous juridiques ont tendance à disparaître. Le droit couvre même ceux qui commettent les crimes les plus odieux et c'est précisément cet état de chose qui permet de les juger. Par ailleurs, d'un point de vue téléologique, il est à craindre que le concept de « combattant illégal », écartant la protection de la quatrième Convention, constitue à terme une catégorie permettant facilement aux Puissances détentrices de se défaire de leurs obligations, puisque les Conventions de Genève ne contiennent aucune règle concernant le traitement dont devrait bénéficier quelqu'un qui ne serait ni un combattant, ni un civil<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> Voir en ce sens Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Tadic*, Affaire n° IT-94-1-A, Jugement (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, paras. 163-169.

<sup>66</sup> *Commentaire de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge, 1956, p. 58.

<sup>67</sup> À partir des mêmes faits, J. B. BELLINGER, *op. cit.* note 26 arrive lui à la solution opposée, voir en particulier pp. 876-877.

<sup>68</sup> *Projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre, remarques et propositions du Comité international de la Croix-Rouge*, Genève, février 1949, p. 71.

<sup>69</sup> Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Delalić*, Affaire n°96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, au para. 271.

<sup>70</sup> Cour Suprême israélienne siégeant en tant que Haute Cour de Justice, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel et al.*, HCJ 769/02, 11 décembre 2005, para. 28 (ci-après : *Public Committee against Torture*).

<sup>71</sup> En tout état de cause elles bénéficieraient à tout le moins des garanties fondamentales prévues à l'article 75 du Protocole I.

Cette absence d'une protection alternative constitue un argument important dans une interprétation téléologique tenant compte du contexte.

Selon l'opinion opposée cependant, une personne qui ne répond pas aux conditions posées pour se voir reconnaître le statut de combattant est un « combattant illégal » ; une troisième catégorie de personnes. Ce concept a été élaboré pour la première fois par la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Ex Parte Quirin*<sup>72</sup>, à un moment où la quatrième Convention de Genève n'existait toutefois pas encore, pour des membres des forces armées allemandes qui avaient perdu leur privilège de combattants (notamment celui de ne pas pouvoir être poursuivi pour avoir participé aux hostilités) parce qu'ils avaient agi déguisés, comme espions, sur le territoire des États-Unis pendant la Seconde guerre mondiale. Cette notion a ensuite été reprise, sans pour autant que soit explicitement déniée l'application de la Convention IV, par une juridiction britannique dans l'affaire *Osman Bin Haji Mohamed Ali et al*<sup>73</sup> puis par une Cour militaire israélienne dans l'affaire *Omar Mahmud Kassem*<sup>74</sup>. Ignorée depuis de nombreuses années, la notion a ressurgi pour les personnes capturées par les États-Unis dans le cadre de leur « guerre contre le terrorisme ». D'abord, les défenseurs de cette théorie estimaient que, comme les « combattants légaux », les « combattants illégaux » peuvent être l'objet d'attaques jusqu'à ce qu'ils se rendent ou qu'ils soient mis hors de combat et qu'ils peuvent être détenus sans procès. Malheureusement, on peut soutenir que dans l'affaire *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>75</sup>, la Cour Suprême des États-Unis a implicitement admise la détention d'un « combattant illégal », même si elle ne s'est pas prononcée de façon générale sur la question de savoir si une telle détention était autorisée ou non. Selon l'administration américaine leur détention - tout comme pour les combattants - n'était couverte ni par le droit pénal interne ni par le droit international des droits de la personne. Cependant, la Cour Suprême américaine a décidé dans l'affaire *Rasul v. Bush*<sup>76</sup> que les juridictions américaines pouvaient examiner des recours en *habeas corpus* introduits par des « combattants illégaux » détenus à Guantánamo. En réaction à cette décision, le Congrès américain a adopté une nouvelle législation contraire. Toutefois la Cour Suprême américaine a eu l'occasion de l'écarter, estimant qu'elle allait à l'encontre de la Constitution américaine, dans l'affaire *Boumediene v. Bush*<sup>77</sup>. Comme souligné précédemment, l'administration Obama, quant à elle, n'utilise plus les termes « combattants illégaux », mais insiste cependant sur le fait que l'article 4 de la troisième Convention de Genève définit uniquement les personnes qui bénéficient des privilèges accordés par cette Convention. Selon cette vue, des personnes ne remplissant pas ses critères pourraient néanmoins être détenus au même titre que des combattants et ne seraient pas des civils<sup>78</sup>.

Aujourd'hui, les partisans de cette nouvelle catégorie de personnes estiment que, bien qu'elles ne soient pas éligibles au statut de prisonnier de guerre, elles ne doivent pas non plus bénéficier de la protection de la quatrième Convention<sup>79</sup>. La logique qui sous-tend cet argument est de considérer que ceux qui ne se conforment pas aux conditions permettant d'accéder au statut ne devraient pas être privilégiés par rapport à ceux qui s'y conforment. Les

---

<sup>72</sup> Cour Suprême des États-Unis, *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

<sup>73</sup> Affaire *Osman Bin Haji Mohamed Ali et al*, *op. cit.*, note 25.

<sup>74</sup> Cour Militaire israélienne siégeant à Ramallah, *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem et al*, 13 April 1969, référencée dans *Israel Law Review*, n° 42, 1971, pp. 470-483.

<sup>75</sup> Cour Suprême des États-Unis, *Hamdan v. Rumsfeld*, *op. cit.*, note 61.

<sup>76</sup> Cour Suprême des États-Unis, *Rasul v. Bush*, 542 US 466, 480-485 (2004).

<sup>77</sup> Cour Suprême des États-Unis, *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

<sup>78</sup> *Guantánamo Bay Detainee Litigation, Respondents' Memorandum*, *op.cit.*, note 54, p. 8.

<sup>79</sup> Voir en ce sens J. B. BELLINGER, *op. cit.* note 26 ; *Guantánamo Bay Detainee Litigation, Respondents' Memorandum*, *op.cit.*, note 54, p. 8.

« combattants légaux » peuvent, en effet, être attaqués en tout temps, tandis que les civils ne peuvent l'être que pendant la période de temps durant laquelle ils participent directement aux hostilités<sup>80</sup>. Les « combattants légaux » capturés, c'est-à-dire les prisonniers de guerre, peuvent être internés sans qu'aucune décision administrative ou judiciaire individuelle n'ait été prise à leur encontre, alors que les « combattants illégaux », s'ils étaient des civils, pourraient être détenus seulement dans l'attente d'un procès équitable, ou pour des raisons impérieuses de sécurité sujettes à une décision administrative individuelle, avec un droit d'appel et une révision tous les six mois<sup>81</sup>. Il peut sembler étrange de qualifier des talibans lourdement armés de « civils ». Bien que ce ne soit pas ici le lieu où discuter en détail de la légalité de la non reconnaissance du statut de prisonnier de guerre aux diverses catégories de personnes détenues à Guantánamo<sup>82</sup>, les talibans capturés en 2001 devaient, à notre avis, être considérés comme des prisonniers de guerre<sup>83</sup>. Toutefois, si on ne devait pas les considérer comme des prisonniers de guerre, on devrait les considérer comme des personnes civiles, comme c'est le cas pour toute autre personne ne répondant pas aux critères de la Convention III. Ici le terme « civil » n'est pas utilisé dans son sens commun, mais dans son sens juridique. Or, reconnaître le statut de civil à ces personnes n'emporte ni de résultats absurdes, ni n'empêche de préserver les intérêts de la Puissance détentrice. En effet, en tant que « civils », les « combattants irréguliers » peuvent être attaqués lorsqu'ils participent illégalement aux hostilités<sup>84</sup>. De même, après leur arrestation, la Convention IV n'interdit pas leur poursuite pour avoir pris part illégalement aux hostilités - au contraire elle exige leur poursuite dans le cas de crimes de guerre et elle prend pleinement en considération les besoins de sécurité de la Puissance détentrice. Par ailleurs, elle autorise la détention administrative pour des raisons impérieuses de sécurité et prévoit des possibilités de dérogations aux droits protégés sur le territoire des Parties au conflit ou aux droits de communication en territoire occupé<sup>85</sup>. La Convention IV n'a pas été rédigée par des idéalistes ou des professeurs de droit, mais par des diplomates expérimentés et des chefs militaires qui ont eu à cœur de prendre pleinement en considération les besoins sécuritaires des États confrontés à des gens dangereux. Ainsi, pour reprendre notre exemple précité, si les personnes détenues par les États-Unis suite à leur invasion de l'Afghanistan - et qui ne sont pas des prisonniers de guerre - étaient couvertes par la Convention IV, la seule restriction qui pourrait être opposée à l'administration américaine serait simplement que ces personnes ne devraient pas être détenues à Guantánamo, mais sur le territoire afghan. En effet, alors que des combattants peuvent être détenus en tant que prisonniers de guerre à n'importe quel endroit de la planète, les civils, eux, ne peuvent jamais être déportés en dehors d'un territoire occupé<sup>86</sup>. L'Afghanistan était un territoire occupé parce qu'il était passé sous contrôle américain pendant un conflit armé international ; est-ce que la sécurité des États-Unis n'aurait pas été aussi bien préservée – voire mieux – si ces personnes avaient été détenues et interrogées là où elles ont été capturées ?

Certes, il peut être perçu comme injuste que les « combattants légaux » capturés, c'est-à-dire les prisonniers de guerre, puissent être internés sans aucune décision individuelle

<sup>80</sup> Voir l'article 51 para. 3 du Protocole I.

<sup>81</sup> Voir les articles 42, 43 et 78 de la Convention IV.

<sup>82</sup> Voir G. H. ALDRICH, *op. cit.* note 25 ; et M. SASSOLI, « La "guerre contre le terrorisme" », *op. cit.* note 24, p. 211 ; M. SASSOLI, « Guantánamo », in WOLFRUM (éd.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, édition en ligne Oxford, OUP, 2008, <http://www.mpepil.com/>, à paraître dans la version imprimée en 2010.

<sup>83</sup> En attendant tout au moins une détermination individuelle par un tribunal. L'article 5 al. 2 de la Convention III énonce en effet qu'ils doivent être traités de la sorte « *en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent* ».

<sup>84</sup> Comme le confirme l'article 51 para. 3 du Protocole I.

<sup>85</sup> Articles 5 al. 1 et 2, respectivement, de la quatrième Convention de Genève.

<sup>86</sup> Convention IV, articles 49 et 76.

administrative ou judiciaire tandis que les « combattants illégaux », en tant que civils, ne peuvent être détenus que suite à une décision individuelle et pour d'impérieuses raisons de sécurité ou dans l'attente d'un jugement. Cependant, ceci est inévitable dans la mesure où les « combattants légaux » peuvent être facilement identifiés, sur la base de critères objectifs (c'est-à-dire être membres des forces armées d'une Partie à un conflit armé international, ce qu'ils ne contesteront normalement pas) alors que l'appartenance à un groupe, le comportement passé d'un « combattant irrégulier » et la menace future qu'il représente ne peuvent être déterminés qu'individuellement.

Dans ce champ, comme dans d'autres, une fois décrit le régime protecteur apporté par les Conventions de Genève, la question se pose de savoir s'il devrait être révisé. À notre avis, la véritable controverse ne porte pas sur l'adéquation de la troisième Convention aux phénomènes marquant des conflits armés internationaux récents, mais sur la qualification de la « guerre contre le terrorisme » de conflit armé international, seul contexte dans lequel les statuts de combattants et de prisonniers de guerre s'appliquent. Certains souhaiteraient un nouveau droit pour les conflits transnationaux comme la « guerre contre le terrorisme » dans lequel le statut et le traitement des « combattants illégaux » devraient également être précisés<sup>87</sup>. Nous avons soutenu que les « terroristes » capturés en Afghanistan peuvent être traités conformément aux Conventions de Genève. Quant aux « terroristes » arrêtés ailleurs dans le monde, il s'agit d'abord de déterminer si leur arrestation se déroule dans un conflit armé<sup>88</sup>, sans quoi le droit international humanitaire ne s'applique pas du tout. Si tel est le cas, ce conflit armé contre Al Qaida se déroule nécessairement sur le territoire d'un État ; or, si cet État donne son accord à l'implication des États-Unis, ce conflit est un « conflit armé ne présentant pas un caractère international »<sup>89</sup>, car seuls les conflits armés entre États sont des conflits armés internationaux selon les Conventions de Genève<sup>90</sup>. Dans ce dernier cas néanmoins la controverse ne devrait pas exister puisque la notion de combattant est absente des conflits armés non internationaux. L'administration Obama estime toutefois, nous l'avons vu, qu'un pouvoir d'attaquer et de détenir des membres de groupes armés ennemis existe, *en vertu du droit international humanitaire*, dans un conflit armé non international par analogie à celui qui existe concernant des combattants dans les conflits armés internationaux<sup>91</sup>.

Après tous les grands conflits, le droit international humanitaire a été révisé pour être adapté aux nouvelles réalités militaires et technologiques, afin de prendre en considération les nouveaux problèmes humanitaires et pour protéger de nouvelles catégories de victimes<sup>92</sup>. Récemment, l'attention a été en particulier portée sur la mise en place de nouveaux mécanismes de mise en œuvre. Cependant, toute révision implique le risque que les États saisissent cette occasion pour étendre leurs propres droits plutôt que ceux des victimes. De plus, le résultat de toute révision s'est jusqu'à présent formalisé par un traité, qui lie

---

<sup>87</sup> Voir, pour des références, M. SASSÒLI, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2006, n° 6, pp. 22-29, en ligne : <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper6.pdf> (date d'accès : 30 avril 2009) ainsi que J. P. BIALKE, « Al-Qaeda and Taliban unlawful combatant detainees, unlawful belligerency and the international laws of armed conflict », *Air Force Law Review*, 2004, p. 16 ss. ; J. CALLEN, « Unlawful Combatants and the Geneva Conventions », *Virginia Journal of International Law*, 2004, p. 1025 et s. et I. DETTER, « The Law of War and Illegal Combatants », *George Washington Law Review*, 2007, p. 1049 et s.

<sup>88</sup> Voir, à ce sujet, *supra* note 61.

<sup>89</sup> Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève.

<sup>90</sup> Article 2 commun aux quatre Conventions de Genève.

<sup>91</sup> *Guantánamo Bay Detainee Litigation, Respondents' Memorandum*, *op.cit.*, note 54, p. 7.

<sup>92</sup> T. MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 94, n° 2, 2000, pp. 239-278.

seulement les États qui l'acceptent formellement. Parmi les cent soixante-dix États Parties au Protocole I<sup>93</sup> ne figure pas la Puissance qui est sans doute de nos jours la plus concernée par les conflits de cette nature. Il est par conséquent douteux qu'un nouveau droit relatif aux conflits transnationaux emporte l'adhésion et plus encore qu'il soit accepté et respecté par des États qui seraient engagés à l'avenir dans de tels conflits ; en particulier dans la mesure où un tel droit donnerait nécessairement des garanties nouvelles aux acteurs non étatiques impliqués. Il est également impossible d'affirmer qu'un droit de ce type lierait assurément les groupes transnationaux ni que ces derniers auraient la volonté de le respecter. Un droit nouveau créerait au surplus une troisième catégorie de conflits, ajoutant en cela de la difficulté à l'exercice de qualification en droit de la guerre. En outre, l'élaboration de nouvelles normes pose des questions auxquelles il est difficile de répondre de façon catégorique : si ce droit diminuait la protection offerte aux prisonniers dans de tels conflits, cela s'appliquerait-il aux deux parties ou faudrait-il abandonner le principe historique d'égalité des belligérants devant le droit des conflits armés ? Si l'objectif d'une telle révision était effectivement de réduire à néant ce principe, qui peut croire que ceux que l'on qualifie de « terroristes » auront l'intention de respecter ce nouveau droit ?

## 2. Les autres défis dans les conflits armés internationaux

### A) Les exceptions classiques : mercenaires et espions

L'article 47 du Protocole I n'accorde pas le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires<sup>94</sup>. Les mercenaires sont définis restrictivement par plusieurs conditions négatives et cumulatives, parmi lesquelles celle de ne pas appartenir aux forces armées d'une Partie au conflit. Cette règle relève du droit international coutumier<sup>95</sup>. En effet, comme nous l'avons vu ci-dessus, en droit international humanitaire coutumier comme conventionnel, la première condition qu'une personne doit remplir afin d'être considérée comme prisonnier de guerre est d'appartenir (*lato sensu*) aux forces armées d'une Partie à un conflit armé international.

D'après l'article 46 du Protocole I, qui confirme une exception reconnue en droit international coutumier<sup>96</sup>, les combattants qui sont capturés alors qu'ils sont engagés dans des activités d'espionnage n'ont pas le droit au statut de prisonnier de guerre.

### B) La prétendue catégorie des quasi-combattants

Contrairement à certaines théories adoptées avant, pendant, et juste après la fin de la Seconde guerre mondiale pour justifier le bombardement indiscriminé de certaines régions industrialisées<sup>97</sup>, il est aujourd'hui convenu qu'il n'existe pas de catégorie de « quasi-

---

<sup>93</sup> État des ratifications au 25 décembre 2010. La liste actualisée est disponible en ligne : <http://icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> (date d'accès : 25 décembre 2010).

<sup>94</sup> É. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1978, 459 p.

<sup>95</sup> Voir la règle 108 de l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier, J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 13, p. 518.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 515.

<sup>97</sup> Voir J. M. SPAIGHT, *Air Power and War Rights*, London, Longmans, troisième édition, 1947, pp. 43 à 47 ; J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*, Sydney, Reinhart, 1954, pp. 628 et 629, et déjà lors de la première guerre mondiale L. ROLLAND, « Les pratiques de la guerre aérienne dans le conflit de 1914 et le droit des gens », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 23, n° 4, 1916, pp. 597-604, en particulier p. 554. Plus récemment encore W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *The Air Force Law Review*, vol. 32, n° 1, 1990, pp. 1-225, en particulier pp. 120-134, au moins pour ceux participant à « l'effort de guerre ». Tandis

combattants ». Même les civils qui contribuent à l'effort de guerre (comme par exemple les employés d'une usine fabriquant des munitions) ne perdent pas de ce fait leur statut de civil et ne sont pas des combattants<sup>98</sup>. Si la population civile doit être protégée, une seule distinction peut exister : la distinction entre ceux qui participent directement aux hostilités d'une part, et tous les autres d'autre part. L'hypothèse erronée selon laquelle certains civils pourraient constituer une cible légitime parce qu'ils contribuent à l'effort de guerre, bien qu'ils ne participent pas directement aux hostilités, réside à notre avis sur une méprise qui consiste à ne pas faire de différence entre les objectifs et les personnes qui peuvent être la cible d'une attaque. Les objectifs militaires comme les usines d'armement peuvent être attaqués et, sous réserve du principe de proportionnalité, de telles attaques ne deviennent pas illégales du simple fait qu'elles touchent également incidemment des civils. Toutefois, cela ne signifie pas que les civils qui y travaillent puissent être délibérément visés.

### C) Les dirigeants politiques ?

Les dirigeants politiques qui donnent des ordres aux responsables militaires peuvent être la cible légitime d'attaques dans deux cas seulement. Premièrement, s'ils sont membres des forces armées – qu'ils le soient uniquement sur le papier ou qu'ils exercent effectivement les fonctions de Chef des armées –, ils peuvent être attaqués en tant que combattants en tout temps. Deuxièmement, si, bien que n'étant pas formellement membres des forces armées, ils se livrent à une activité qui pourrait être considérée comme une participation directe aux hostilités (comme par exemple donner des ordres spécifiques en vue d'une attaque donnée) ils peuvent être attaqués pendant la durée de cette participation directe aux hostilités. Dans tous les autres cas, seules les attaques de leurs lieux de travail pourraient être licites si ces lieux constituent des objectifs militaires (comme les ministères contribuant à l'effort de guerre), au contraire des attaques qui seraient dirigées contre ces dirigeants individuellement, par exemple chez eux. Conséquence logique du fait que les dirigeants ne sont pas *per se* des combattants, ceux qui ne sont pas membres des forces armées mais qui participent tout de même directement aux hostilités pourraient être punis de ce fait, si la participation directe aux hostilités constitue une violation du droit international humanitaire<sup>99</sup>. Selon l'avis, qui nous paraît correct, que la participation directe aux hostilités de civils peut simplement être punie selon le droit interne applicable<sup>100</sup>, punir des dirigeants politiques pour avoir directement participé aux hostilités ne sera jamais possible, car conforme au droit interne du pays concerné.

### D) Les enfants impliqués dans les conflits armés

Une catégorie possible de combattants, qui fait l'objet d'une attention particulière en droit international, est celle des enfants impliqués dans les conflits armés, autrefois appelés enfants-

---

qu'il critique longuement le Protocole I, il n'explique pas où est-ce qu'il situe la ligne entre « l'effort militaire » et « l'effort de guerre ».

<sup>98</sup> Voir H. MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole I aux Conventions de Genève », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 4, 1981, pp. 1-68, en particulier pp. 22 et 23 et R. W. GEHRING, « Protection of Civilian Infrastructures », *Law and Contemporary Problems*, vol. 42, n° 2, 1978, pp. 86-139, en particulier pp. 105-109, avec de multiples références à la pratique et à la doctrine.

<sup>99</sup> Voir pour des États qui soutiennent cette thèse, Canada, *LOAC Manual* (1999), 16-4, para. 21(g) ; Nouvelle Zélande, *Military Manual* (1992), para. 1704 (5) ; Nigeria, *Manual on the Laws of War* (non daté), para. 6. Voir aussi US Military Tribunal at Nuremberg in the *Hostage Trial*, 8 July 1947-19 February 1948, *Law Reports of Trials of War Criminals* (London: United Nations Wartime Commission, 1947-49), Vol. XV, p. 111.

<sup>100</sup> R. BAXTER, *op. cit.* note 51, p. 342 et Y. DINSTEIN, « The Distinction between Unlawful Combatants and War Criminals », *op. cit.* note 50, p. 103.

soldats ou enfants-combattants. Dans les conflits armés internationaux, les États doivent s'abstenir de recruter des enfants de moins de 15 ans dans leurs forces armées et « [l]orsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit [doivent s'efforcer] de donner la priorité aux plus âgées », tel que formulé à l'article 77 paragraphe 2 du Protocole I. Ainsi, au terme des Conventions de Genève et du Protocole I, il n'y a pas d'interdiction d'enrôler des enfants entre 15 et 18 ans dans les forces armées. La même règle est énoncée à l'article 38 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies. Ce n'est que le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés qui fixe l'âge légal de l'enrôlement à 18 ans, en l'assortissant de certaines exceptions.

Si les États recrutent tout de même des enfants (même en dessous de 15 ans) dans leurs forces armées ou si des enfants font partie d'un groupe répondant aux critères de l'article 4 A. paragraphe 2 de la Convention III ou des articles 43 et 44 du Protocole I, ils ont le statut de combattants et s'ils sont capturés, ils doivent bénéficier du statut de prisonniers de guerre. Le cas d'enfants de moins de 15 ans ayant le statut de combattants et celui des enfants qui n'ayant pas ce statut participent directement aux hostilités pose la question difficile de savoir si ces enfants sont des cibles légitimes. Autrement dit, peuvent-ils être attaqués selon les mêmes règles que celles gouvernant la conduite des hostilités relatives aux adultes combattants ou civils participants directement aux hostilités ? Il n'existe pas de réponse tranchée quant à savoir si des considérations de droits de la personne devraient d'une façon ou d'une autre restreindre les attaques contre les enfants soldats. Dans tous les cas, les enfants qui tombent au pouvoir d'une Partie au conflit, qu'ils aient ou non le statut de combattant, bénéficient de la protection additionnelle relative aux enfants prévue en droit international humanitaire par l'article 77 du Protocole I. S'ils ne sont pas combattants, ils peuvent en outre bénéficier de la protection de la Convention IV.

### 3. Le défi croissant des conflits armés non internationaux

La grande majorité des conflits armés contemporains est régie par le droit des conflits armés non internationaux, car ils ne se déroulent pas entre États<sup>101</sup>. Or, ce droit ne contient aucune référence à la notion de « combattant » et ne prévoit ni de statut de combattant, ni en conséquence de statut de prisonnier de guerre. En effet, aucun État n'accepte que ses propres citoyens, prenant les armes contre le gouvernement dans un contexte de conflit armé, ou même, s'affrontant entre eux, aient le droit de commettre de tels actes d'hostilité, ni qu'ils ne puissent être punis pour de tels actes (s'ils se conforment au droit international humanitaire), privilèges réservés au combattant. C'est pourquoi le droit des conflits armés non internationaux prévoit seulement des garanties élémentaires de traitement humain pour tous ceux qui ne participent pas ou plus activement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes<sup>102</sup>.

L'article 13 du Protocole II interdit les attaques contre les personnes civiles « *sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation* »<sup>103</sup>. Aucune

<sup>101</sup> Conformément à la définition qu'en donne l'article 3 commun aux Conventions de Genève.

<sup>102</sup> Article 3 commun aux Conventions de Genève. L'article 4 du Protocole II protège « *toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités* ».

<sup>103</sup> Récemment, le Comité international de la Croix-Rouge s'est engagé, avec l'aide d'experts, dans un processus de recherche et de réflexion sur la clarification de la notion de « participation directe aux hostilités » en droit international humanitaire. Ce processus n'a pas encore produit de résultat définitif mais a déjà révélé de profondes divergences sur la question de savoir si des membres de groupes armés pouvaient être tués dans un conflit armé non international même à des moments où ils ne participent pas directement aux hostilités. Voir les

définition de civil n'est donnée mais il est inconcevable qu'il puisse être défini autrement que par opposition à celui qui combat. L'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier en conclut par conséquent que, pour ce qui concerne le principe de distinction<sup>104</sup>, la définition de combattant en droit des conflits armés internationaux s'applique de façon coutumière dans les conflits armés non internationaux. De tels « combattants » doivent nécessairement se distinguer de la population civile, sans quoi leurs adversaires ne seraient pas en mesure de respecter la protection offerte aux civils.

D'aucuns pourraient déduire de ces règles et de l'absence de toute mention de « combattant » en droit des conflits armés non internationaux que tout le monde est un civil dans un conflit armé non international et que personne ne peut être attaqué, à moins de participer directement aux hostilités. Toutefois, le Commentaire du Protocole II dispose que « [l]es personnes qui appartiennent aux forces armées ou aux groupes armés peuvent être attaquées en tout temps »<sup>105</sup>. Cette interprétation est pertinente pour quatre raisons. Premièrement, s'il en était autrement, il serait surprenant que l'article 13 utilise le terme « civil » plutôt que le terme plus général de « personne »<sup>106</sup>. Deuxièmement, si tout le monde était un civil, le principe fondamental de distinction deviendrait sans objet et impossible à appliquer<sup>107</sup>. Troisièmement, l'article 3 commun confère une protection aux « 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 ». La dernière partie de la phrase suggère que pour les membres de ces forces armées<sup>108</sup>, il n'est pas suffisant qu'ils ne prennent pas directement part aux hostilités afin d'être protégés contre les attaques. Ils doivent prendre des mesures supplémentaires et se désengager formellement. Quatrièmement, d'un point de vue plus pratique, limiter la possibilité pour les forces gouvernementales d'attaquer des personnes, clairement identifiées comme ayant une fonction combattante dans un groupe rebelle, aux moments pendant lesquels ces personnes se livrent à une attaque proprement dite, serait militairement irréaliste. Cela contraindrait en effet les forces gouvernementales à n'agir qu'en réaction cependant que cela faciliterait les embuscades de la part des groupes rebelles.

---

rapports des réunions de 2003 (ci-après DPH 2003 Report), de la réunion de 2004 (ci-après DPH 2004 Report) et de la réunion de 2005 (ci-après DPH 2005 Report), disponible sur : <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205?opendocument> (date d'accès : 21 août 2008) Seul le DPH 2003 Report est disponible en français sur : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5TNJSR> (date d'accès : 21 août 2008). Sur la base de ces discussions, le Comité international de la Croix-Rouge a préparé un document intitulé : « *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities* », *International Review of the Red Cross*, vol. 90, no. 872, décembre 2008, pp. 991-1047.

<sup>104</sup> Voir J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 13, p. 15, voir également pp. 5-8 pour un résumé de la pratique en ce qui concerne les conflits non internationaux.

<sup>105</sup> Voir *Commentaire Protocoles*, *op. cit.* note 25, para. 4789.

<sup>106</sup> Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, *Réunion d'Experts sur le droit à la vie en temps de conflit armé et de situation d'occupation*, 1<sup>er</sup> et 2 septembre 2005, disponible (en anglais seulement) sur : [http://www.adh-geneve.ch/evenements/pdf/colloques/2005/3rapport\\_droit\\_vie.pdf](http://www.adh-geneve.ch/evenements/pdf/colloques/2005/3rapport_droit_vie.pdf) (date d'accès : 21 août 2008) (ci-après, UCIHL Report), p. 34.

<sup>107</sup> DPH 2005 Report, *op. cit.* note 103, p. 64 et D. KRETZMER, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 2, April 2005, pp. 171-212, en particulier pp. 197 et 198.

<sup>108</sup> Au terme de l'article 3 commun, le terme « forces armées » inclut les groupes armés rebelles (voir M. SASSOLI, « Terrorism and War », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, pp. 959-981, en particulier p. 977). Même dans un conflit armé non international, on peut donc bien parler de forces armées, qu'elles soient étatiques ou non étatiques, voir J. KLEFFNER, « From "Belligerents" to "Fighters" and Civilians Directly Participating in Hostilities – On the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years after the Second Peace Conference », *Netherlands International Law Review*, vol. 54, 2007, p. 324.

L'objection selon laquelle de tels rebelles peuvent être de toute façon arrêtés (et s'ils résistent à leur arrestation ils prennent nécessairement part directement aux hostilités) n'est convaincante que si les rebelles ne contrôlent pas le territoire.

Il y a deux façons de conceptualiser l'affirmation selon laquelle, dans un conflit armé non international, des membres d'un groupe armé peuvent être attaqués en tout temps, jusqu'à ce qu'ils se désengagent du groupe armé. D'abord, « la participation directe aux hostilités » peut être entendue comme le simple fait de rester membre du groupe<sup>109</sup> ou de conserver une fonction combattante<sup>110</sup>. L'alternative consiste à estimer que les personnes qui combattent ne sont pas des « civils » (bénéficiant de la protection contre les attaques, à moins qu'elles ne participent directement aux hostilités, la protection n'étant perdue que pour le temps concerné)<sup>111</sup>. Adoptant une « *membership approach* », J. KLEFFNER propose par exemple une distinction entre les « *fighters* » (qui appartiennent aux forces armées soit gouvernementales, soit non-étatiques) et les autres, qui doivent être considérés comme des civils ; les « *fighters* » pouvant être attaqués à tout moment, tandis que les civils bénéficieraient de la protection en dehors des cas de participation directe aux hostilités<sup>112</sup>.

Cependant ces deux constructions posent d'épineuses questions en pratique. Comment les membres des forces armées gouvernementales peuvent-ils conclure qu'un individu appartient à un groupe armé alors que cet individu ne commet aucun acte d'hostilité ? Comment le fait d'appartenir à un groupe armé peut-il être distingué du simple fait d'appartenir à une Partie au conflit dans lequel le groupe est engagé – c'est-à-dire en d'autres termes, participer à une branche politique, éducative ou humanitaire d'un mouvement rebelle ? Parmi les hypothèses envisagées, la plus convaincante est de permettre des attaques uniquement contre une personne qui, soit participe effectivement directement aux hostilités pendant l'attaque, soit a une fonction au sein du groupe armé qui la conduit à commettre de manière continue des actes qui constituent une participation directe aux hostilités<sup>113</sup>. C'est l'approche du CICR interprétant la notion de participation directe aux hostilités,<sup>114</sup> qui reste toutefois sujette à d'importantes controverses.<sup>115</sup> Le CICR estime que les membres des groupes armés ne sont pas des civils bénéficiant d'une protection contre les attaques et les effets des hostilités, mais il définit ces membres restrictivement comme ceux qui y ont une fonction combattante continue<sup>116</sup>. Le CICR souligne que cette exclusion des membres des groupes armés avec fonction combattante continue vaut uniquement pour la conduite des hostilités<sup>117</sup>. Des tribunaux américains en ont toutefois également tiré des conclusions en matière de détention,

---

<sup>109</sup> DPH 2005 Report, *op. cit.* note 103, pp. 48-49.

<sup>110</sup> *Public Committee against Torture*, *op. cit.* note 70, para. 39.

<sup>111</sup> DPH 2005 Report, *op. cit.* note 103, pp. 43-44; *Guantánamo Bay Detainee Litigation, Respondents' Memorandum*, *op. cit.* note 54, pp. 5 et 6.

<sup>112</sup> J. KLEFFNER, *op. cit.*, note 108, p. 330.

<sup>113</sup> DPH 2005 Report, *op. cit.* note 103, p. 64 ; D. KRETZMER, *op. cit.* note 107, pp. 198 et 199 va dans la même direction.

<sup>114</sup> Interpretative Guidance, *op. cit.* note 103, p. 1002-1009.

<sup>115</sup> Voir p. ex. M. SCHMITT, « Deconstructing Direct Participation in Hostilities: the Constitutive Elements », *New York University Journal of International Law and Policy*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 697-739; B. BOOTHBY, « "And for Such Time as": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities », *ibid.*, 741-768; ainsi qu'une réponse par N. MELZER, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A response to four Critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », *ibid.*, 831-916.

<sup>116</sup> Interpretative Guidance, *op. cit.* note 103, pp. 1006-1009.

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 994 (fn. 5), 999 (fn. 15).

estimant que celui qui peut être attaqué peut également être détenu sans procédure judiciaire<sup>118</sup>.

Le droit international coutumier n'offre pas plus une réponse claire à cette question de savoir si certaines personnes peuvent, dans les conflits armés non internationaux aussi, être attaqués en tout temps, comme les combattants. Selon l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international coutumier, à la fois dans les conflits armés internationaux et non internationaux les « *attaques ne peuvent être dirigées que contre les combattants* »<sup>119</sup> tandis que les « *personnes civiles sont protégées contre les attaques, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation* »<sup>120</sup>. Les civils « *sont les personnes qui ne sont pas membres des forces armées* »<sup>121</sup>. Le développement sous cette règle clarifie toutefois, dans une démonstration plutôt circulaire, que le terme « combattant » dans les conflits armés non internationaux désigne simplement « *les personnes qui ne jouissent pas de la protection contre les attaques accordée aux personnes civiles* »<sup>122</sup>. En outre, « *la question de savoir s'il faut considérer les membres de groupes d'opposition armés comme des membres des forces armées ou comme des personnes civiles n[est] pas clairement tranchée dans la pratique* »<sup>123</sup>. Si on les considérait comme des civils, l'asymétrie qui en résulterait entre ces groupes et les forces armées gouvernementales pourraient être évitées en considérant qu'ils participent directement et en permanence aux hostilités<sup>124</sup>. Le droit coutumier est par conséquent aussi ambigu que le droit conventionnel sur la question cruciale de savoir si les membres des groupes armés dans les conflits armés non internationaux peuvent être attaqués de façon similaire aux combattants dans les conflits armés internationaux. Par conséquent, une solution ne peut être trouvée qu'en tenant compte du droit international des droits de la personne et de leur interaction avec le droit international humanitaire<sup>125</sup>.

Une conséquence importante de l'absence de tout statut de combattant dans les conflits armés non internationaux est qu'il n'est pas interdit aux États de punir des membres des forces rebelles pour le simple fait d'avoir participé directement aux hostilités. Juridiquement, le fait de tuer un soldat du gouvernement sur le champ de bataille ou le fait de tuer des femmes et des enfants sans défense peuvent tous deux être qualifiés et réprimés de la même façon en tant que meurtre dans la législation nationale – ce qui ne saurait inciter ceux qui combattent à respecter le droit international humanitaire. Dans les conflits armés internationaux, en revanche, une telle incitation existe, car le prisonnier de guerre qui a respecté le droit international humanitaire, ne peut pas être puni pour le simple fait d'avoir participé aux hostilités. Dans les conflits armés non internationaux, seul l'article 6 paragraphe 5 du Protocole II récompense un tant soit peu les forces rebelles qui se conforment au droit international humanitaire lorsqu'elles se livrent à des combats. Cette disposition encourage les autorités au pouvoir à accorder la plus grande amnistie possible à ces personnes à la fin du conflit. Cependant, en pratique, à tout le moins pour ce qui concerne les conflits armés non

---

<sup>118</sup> Voir *Gherebi v. Obama*, 609 F. Supp. 2d 43, 63-67 (D.D.C. 2009) et *Hamlily v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63, 73-74 (D.D.C. 2009).

<sup>119</sup> J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 13, règle 1, p. 3.

<sup>120</sup> *Ibid.*, règle 6, p. 27.

<sup>121</sup> *Ibid.*, règle 5, p. 23.

<sup>122</sup> *Ibid.*, règle 1, p. 3.

<sup>123</sup> *Ibid.*, règle 5, p. 24.

<sup>124</sup> *Ibid.*, règle 6, p. 29.

<sup>125</sup> Voir M. SASSÒLI et L. OLSON, « The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts », *International Review of the Red Cross*, vol. 90, no. 871, septembre 2008, 599, aux pp. 605-616.

internationaux les plus institutionnalisés, les personnes qui ont été capturées alors qu'elles combattent ont plutôt fait l'objet de procédures d'internement que de condamnations<sup>126</sup>.

## CONCLUSION

Une définition claire (et une réelle possibilité d'identifier) ceux qui commettent et sont autorisés à commettre des actes d'hostilités serait essentielle pour la protection de la population civile contre les effets des hostilités et pour la protection de (et la volonté de respecter) ceux qui ayant participé aux hostilités sont tombés aux mains de l'ennemi (distincts en cela de simples criminels). Mais, la tendance à une nature de plus en plus asymétrique des conflits armés internationaux (et plus encore des conflits armés non internationaux) rend l'identification tant juridique que factuelle des combattants encore plus difficile et creuse un fossé entre les règles pertinentes du droit international humanitaire et les réalités militaires. Des deux côtés de l'échiquier politique et idéologique certains souhaitent coller à la lettre des Conventions de Genève, qui suppose que beaucoup de participants aux conflits armés contemporains perdent leur statut de combattants et la protection de prisonniers de guerre, mais aussi que tous ceux qui ne sont pas combattants sont des civils. D'autres veulent adapter le droit aux nouvelles réalités, mais dans des directions diamétralement opposées. D'une part il y a ceux qui sont convaincus que les exigences devraient être assouplies pour englober et motiver tous ceux qui prennent part aux hostilités à respecter le droit international humanitaire. D'autre part, il y a ceux qui estiment que ceux qui combattent du côté le plus faible dans les conflits asymétriques ne sont pas couverts par les catégories existantes du droit conventionnel. Malheureusement, il y a en outre une certaine tendance parmi les États et les experts à adapter leurs positions en fonction de leurs sympathies politiques ou du résultat espéré dans une situation donnée ; une attitude qui ne contribue pas à la crédibilité du droit et qui mine la fonction historique de protection du statut de combattant, qui emporte également certaines obligations spécifiques.

---

<sup>126</sup> Voir pour des exemples de pratique étatique, M. VEUTHEY, *Guérilla et droit humanitaire*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, deuxième édition, 1983, pp. 216-240 et F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2000, p. 739.