



HAL
open science

La "guerre contre le terrorisme international" et le droit international humanitaire au lendemain des attentats du 11 septembre 2001

Ghislain Okoko

► **To cite this version:**

Ghislain Okoko. La "guerre contre le terrorisme international" et le droit international humanitaire au lendemain des attentats du 11 septembre 2001. Droit. Université Grenoble Alpes, 2017. Français. NNT: 2017GREAD005 . tel-01888384

HAL Id: tel-01888384

<https://theses.hal.science/tel-01888384>

Submitted on 5 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE LA COMMUNAUTE UNIVERSITE GRENOBLE ALPES

Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Spécialité : **Droit international**

Présentée par

Ghislain OKOKO

Thèse dirigée par **Constance CHEVALLIER-GOVERS**, Maître de conférences HDR, Vice-Doyenne Relations internationales, Université Grenoble-Alpes

Préparée au sein du Laboratoire Centre d'Etudes sur la Sécurité Internationale et les Coopérations Européennes dans l'Ecole Doctorale Sciences Juridiques

La « guerre contre le terrorisme international » et le droit international humanitaire au lendemain des attentats du 11 septembre 2001

Thèse soutenue publiquement le **27 juin 2017**

Jury :

M Philippe GRECIANO

Professeur, Université de Grenoble Alpes (Président)

Mme Delphine EMMANUEL-ADOUKI

Professeur, agrégée, Université Marien NGOUABI, Brazzaville
(Examinatrice)

Mme Hajer GUELDICH

Maître de conférences, agrégée, Université de Carthage, Tunis
(Rapporteur)

M Blaise TCHIKAYA

Maître de conférences-HDR, Université des Antilles, Paris XIII
(Rapporteur)

Invitée :

Mme Constance CHEVALLIER-GOVERS

Maître de conférences-HDR, Université de Grenoble Alpes (Directrice de thèse)



Avertissement

L'université n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Dédicaces

*A la mémoire de ma très chère amie, Kécia **DIAS**.*

Remerciements

J'aimerais exprimer ici ma profonde gratitude à celles et ceux qui m'ont accompagné durant mon parcours de thèse.

*En premier lieu, à ma directrice de thèse, Mme Constance **CHEVALLIER-GOVERS**, sans la qualité de son accompagnement, ses nombreuses remarques stimulantes, ses encouragements, et surtout sa patience quasi infinie de qui ce travail n'aurait pas existé.*

*A Monsieur Blaise **TCHIKAYA** pour son soutien et sa grande disponibilité.*

*A Madame Pascale **BERTA** pour son aide aux différentes inscriptions administratives.*

A Gaudeline, ma meilleure amie, ma fiancée, pour son soutien multiforme.

*A Davis Boston **IBATA ONNA**, mon meilleur ami, mon cousin, pour son soutien inconditionnel.*

*A ma belle-sœur Simone **ONDZE** pour ses encouragements, son aide et son soutien continus.*

*A mes amis : Régis Nhaudé **ILENDOT DETHOUS**, Melaine **WASSI**, Rock Fortuné **MIAMONECKA**, Dominique Arnaud **DINGHAT**, Nathalie **NDOADOUMGUE**, Ludovic Fabien **SATHOUD**, Andengo **ANGONGA-LETSKA**, Eric **GALIEME NDOUNA**, Marie-Thérèse **DUBOIS**, Jean-Pierre **DUBOIS**, Yoonmi **WOO**, Wilfried **HOUYISSAN**, Pierre **BARI**, Serge Rock **MOUKOKO**, Arnel **BAKALA**, Laufenburger Laufenburger Meroz **BATSEKAM KIKAMBOU**, Vinc **OKILA**, Yves Roland **IFOUNDZA**, Arnauld Judicaël **NKOUKA**, à différents titres, m'ont apporté leur soutien moral et intellectuel.*

Enfin, je voudrais exprimer toute ma reconnaissance à l'égard de ma famille à qui je dois tout et sans qui les études universitaires n'auraient jamais été une réalité.

SIGLES ET ABREVIATIONS

ADI	Actualité et droit international
ADM	Armes de destruction massive
AFDI	Annuaire français de droit international
AFRI	Annuaire français de relations internationales
AG	Assemblée générale
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
Al.	Alinéa
AQMI	Al-Qaïda au Maghreb islamique
C.	Contre
CADH	Convention américaine des droits de l'homme
CADH	Charte africaine des droits de l'homme
CADH	Charte arabe des droits de l'homme
CCT	Convention contre la torture
CDI	Commission du droit international
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cf.	Confère
CG I	I ^e Convention de Genève
CG II	II ^e Convention de Genève
CG III	III ^e Convention de Genève
CG IV	IV ^e Convention de Genève
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i>
CIUDH	Convention islamique universelle des droits de l'homme
CPIJC	Cour permanente internationale de justice criminelle
Coll.	Collection
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CS	Conseil de sécurité
CSNU	Conseil de sécurité des Nations Unies
DIA	<i>Defense Intelligence Agency</i>
DIH	Droit international humanitaire
DIP	Droit international public
DRM	Direction du Renseignement militaire
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
Ed.	Edition
Ibid.	Référence précédente
Idem	Référence Identique
IFRI	Institut français de relations internationales
In.	Dans

Infra	Plus bas
NSA	National Security Agency
NSC	National Security Council
NU	Nations Unies
OI	Organisation internationale
ONU	Organisation des Nations Unies
Op.cit.	Référence précitée
PA I	Premier protocole additionnel
PA II	Deuxième protocole additionnel
PA III	Troisième protocole additionnel
PE	Politique étrangère
PG	Prisonnier de guerre
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PUF	Presses Universitaires de France
RCADI	Recueil des cours de l'académie de droit international
RDPC	Revue de droit public comparé
RGDIP	Revue générale du droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix-Rouge
RTDH	Revue trimestrielle de droit de l'homme
RQDI	Revue québécoise de droit international
URSS	Union des républiques socialistes soviétiques
V.	Voir
Vol.	Volume
WTC	World Trade Center
WTC	<i>World Trade Center</i>

Sommaire

Introduction	8
Première Partie : De l'applicabilité à l'application du droit international humanitaire	67
Titre I : De l'applicabilité du droit international humanitaire	74
Chapitre I : De la qualification des attentats du 11 septembre 2001	77
Chapitre II : De l'existence d'un conflit armé	103
Titre II : De l'application du droit international humanitaire	151
Chapitre I : De l'absence d'équité dans l'application du droit international humanitaire	155
Chapitre II : De l'application du droit international humanitaire aux entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) ainsi qu'au déploiement des drones armés sur le champ de bataille	192
Deuxième Partie : De la commission d'infractions graves au droit international humanitaire impliquant l'obligation de poursuivre	231
Titre I : De la constatation d'infractions graves du droit international humanitaire conduisant à l'établissement de la responsabilité internationale	239
Chapitre I : De l'identification d'infractions graves aux règles du droit international humanitaire	244
Chapitre II : De l'établissement de la responsabilité internationale des Etats-Unis et de celle des entreprises militaires et de sécurité privée	296
Titre II : De l'obligation de poursuivre conduisant à l'application des sanctions pour violations graves du droit international humanitaire	341
Chapitre I : De l'exigence de l'obligation de poursuivre contre les auteurs de violations graves du droit international humanitaire	343
Chapitre II : De la mise en œuvre des sanctions pour infractions graves au droit international humanitaire	366
Conclusion générale	412

INTRODUCTION GENERALE

INTRODUCTION

1. L'usage de la force dans les relations internationales fut interdit lors de la signature du Pacte Briand-Kellog en 1928¹. Signé à Paris, ce traité international condamnait et renonçait à tout recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux en tant qu'instrument de politique nationale dans les relations mutuelles des Etats². Sous l'impulsion des Etats-Unis, cette interdiction fut renforcée et institutionnalisée en 1945 avec l'adoption de la Charte des Nations Unies (NU)³. Dans son préambule, on peut y lire la déclaration unanime des Etats membres des NU dans laquelle fut consolidé le refus de recourir à la force armée : « *Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à*

¹ D. LAMBERT, *L'administration de George W. BUSH et les Nations Unies*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 80, ainsi souligne l'auteur : (« *Dans l'entre-deux-guerres pourtant, un nouveau pas fut franchi : la guerre fut déclarée « hors la loi » par le pacte Briand-Kellog en 1928* »).

² L'initiative visant la mise en place de ce pacte pour la guerre acte émanait d'Aristide BRIAND, ministre français des Affaires étrangères. Ce fut dans un message qu'il adressait au peuple américain pour la célébration du 10^e anniversaire de l'entrée des Etats-Unis dans la Première Guerre mondiale, qu'il proposa au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, Frank BILLING KELLOG, un pacte mettant « hors-la-loi ».

³ Conformément à l'art. 33 de la Charte des NU.

- L'emploi du verbe « renforcer » vise à montrer que cette interdiction est non seulement un renforcement de celle-ci mais aussi une innovation par rapport au Pacte Briand-Kellog de 1928, car ce n'est plus seulement la guerre qui est interdite, mais tout usage de la force dans des rapports internationaux. C'est donc la Charte des NU qui continue de régir l'usage de la force entre les Etats. Mais elle sera complétée par les quatre CG et divers accords internationaux. Au fil du temps, l'édification d'une paix durable s'est forgée efficacement comme une préoccupation essentielle des Etats. Pour J. CHARPENTIER, « *tout le système de la Charte est construit autour de l'interdiction du recours à la force* », il ajoute « *L'obligation faite aux Etats par l'article 2 paragraphe 3 de régler pacifiquement leurs différends internationaux n'apparaît que comme un corollaire logique de cette interdiction* ». Commentaire de l'article 2 paragraphe 3, in J.-P. COT, A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, éd. Economica, Paris, 1991, p. 103); et, pour B. STERN, « Le but du Chapitre VII est le silence des armes » (B. STERN, « La sécurité collective : historique, bilan, perspective », in *Sécurité collective et crises internationales, Actes des Journées d'études de Toulon*, Secrétariat Général de la Défense Nationale, 1994, p. 164). Toutefois, force est de constater que cette disposition pertinente « *comporte une réglementation limitative davantage qu'une interdiction complète* » de l'usage de la force (S. SUR, *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 469). Cette prohibition à deux limites : l'action collective prévue au Chapitre VII et la légitime défense. Ainsi, cette interdiction ne s'applique pas à l'usage collectif de la force au nom de l'Organisation internationale. Autrement dit, l'Organisation peut utiliser la force, désigner un agresseur et mener une action militaire coercitive.

nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine (...) »⁴. Il ressort de cette idée, la volonté d'« unir leurs forces pour maintenir la paix et la sécurité internationales, à accepter des principes et instituer des méthodes garantissant qu'il ne sera fait usage de la force des armes, sauf dans l'intérêt commun (...) »⁵. En effet, les dispositions pertinentes issues de différents textes internationaux n'interdisent non seulement de la guerre mais aussi le recours à la force de manière générale. Cependant, elles ne remettent pas pour autant en cause l'usage collectif de la force au nom de l'Organisation internationale (OI). Cette prohibition repose sur deux limites fondamentales : l'action collective prévue au Chapitre VII (art. 39- Charte des NU) et la légitime défense (art. 51- Charte des NU). Il faut comprendre par là que, l'Organisation des Nations Unies (ONU) voue son action à la recherche de la paix, et dans ce sens, la paix constitue pour elle le « but des buts »⁶.

Le droit international tend progressivement à institutionnaliser et à centraliser sa mise en œuvre comme tout droit dans une société interne. Institué par la Charte des NU, le Conseil de sécurité (CS) se voit les membres des NU lui conférer la principale responsabilité relative au « (...) maintien de la paix et de la sécurité internationales (...) »⁷. Ce qui signifie que le CS peut décider de prendre des mesures coercitives et obligatoires qui peuvent aller jusqu'à l'usage de la force conformément aux art. 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales⁸.

2. Mais pour certains auteurs, la guerre qu'est juridiquement encadrée par la Charte des NU s'est considérablement métamorphosée. Actuellement, elle n'est plus classique mais « asymétrique »⁹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle George W. BUSH considère, pour sa part, que le monde se trouve face à des conflits armés d'un genre nouveau¹⁰. Alors que d'autres personnalités publiques préfèrent parler de « guerre

⁴ Charte des Nations Unies, Statut de la Cour internationale de Justice, éd. A. Pedone, Paris, 2008, p. 3.

⁵ *Ibid.*

⁶ J. P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU (sous la direction), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, 3^e éd., Paris, 2005, p. 314.

⁷ Article 24 de la Charte des NU.

⁸ Conformément au Chapitre VII de la Charte des NU.

⁹ A. BIAD, « Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle : les règles régissant la conduite des hostilités en question », in A. BIAD, P. TAVERNIER (dir.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruylant, Coll. du CREDHO, Bruxelles, 2012, pp. 6, 7.

¹⁰ Le Président George W. BUSH reviendra souvent sur la nature atypique de cette guerre : « *Il s'agit d'un type de conflit nouveau, contre un ennemi d'une nature différente* », discours prononcé le 15 septembre 2001 à l'issue d'un conseil de guerre.

fragmentée » en expliquant que « *le monde est en guerre parce qu'il a perdu la paix [...] on répète le terme d'insécurité, mais le vrai terme est la guerre. Depuis longtemps, le monde est en guerre fragmentée. La guerre qui était celle de 1914, puis de 39-45, et maintenant celle-ci* »¹¹. Toutefois, rappelons-le que toutes ces tentatives de qualification visant à fusionner les actes de terrorisme international avec la notion de « guerre », aussi pertinentes soient-elles, ne sont pas par conséquent admises par le DIH¹².

3. Seulement, en janvier 2001, George W. BUSH quitte son Texas natal pour Washington où il sera investi comme Président des Etats-Unis. Il venait de remporter l'élection présidentielle la plus controversée et la plus confuse de toute l'histoire politique américaine¹³. Il succède quasiment à son père, George Herbert WALKER BUSH, qui avait été succédé à son tour par Bill CLINTON en 1993. A huit ans d'intervalle, George W. BUSH et son père venaient de diriger ce grand pays considéré comme le plus puissant de la planète. En effet, tous les événements majeurs allant des années 1989 à 2009 se sont déroulés sous leur présidence : l'effondrement soviétique et du bloc communiste, la première guerre du golfe, les événements du 11 septembre, la globalisation du terrorisme, et enfin les interventions militaires américaines en Afghanistan et en Irak au nom de la « guerre contre le terrorisme ».

4. Il faut cependant rappeler qu'à la chute de l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS), un nouvel ennemi est sorti de l'ombre ; un ennemi que les Etats-Unis n'avaient probablement pas vocation à combattre : Al-Qaïda.

Face à l'URSS, les Etats-Unis étaient appelés à localiser un ennemi connu et statique, alors que contre Al-Qaïda, ils devaient localiser un ennemi inconnu, en mouvement, et dont ils ignoraient le mode de communication. A la différence de la lutte idéologique que menaient des Américains contre les Soviétiques, Al-Qaïda est une petite cible constamment en mouvement. Son état-major se trouve dans les camps de montagnes isolées, et ses membres communiquent par téléphone cellulaire ou satellite.

¹¹ Déclaration du Souverain pontife lors des journées mondiales de la jeunesse (JMJ), le 27 juillet 2016 à Cracovie, en Pologne.

¹² F. BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, éd. La Découverte, Paris, 2013 actualisée et enrichie, p. 421.

¹³ J. VENTURA, *Les plus grands complots du gouvernement américain*, éd. Original Books, 2011, pp. 145-161. ; voir aussi, le film documentaire de William KAREL, « Le monde selon Bush », 18 juin 2004.

Contrairement aux membres d'Al-Qaïda, « *les Russes étaient faciles à trouver mais difficiles à éliminer* »¹⁴.

Pour ce faire, les services de renseignement américains ont dû s'adapter afin de combattre un ennemi de plus en plus dangereux. Mais, malgré leur adaptation aux méthodes terroristes, de plus en plus d'actions terroristes s'adaptent elles aussi à eux. Des actions qui vont culminer avec les attaques du 11 septembre 2001.

5. Ce déchaînement de la violence est très vite attribué à Al-Qaïda, dirigé par le Saoudien Oussama BEN LADEN. Une violence qui s'inscrit en violation flagrante de l'art. 5 paragraphe 2 du Protocole additionnel I (PA I). Cette situation de violence sera qualifiée par les NU comme une menace à la paix et la sécurité internationales¹⁵. L'onde de choc provoquée par ces attaques terroristes fut considérée par certaines intelligences comme le signe du début d'une sorte de « choc des civilisations »¹⁶. Sauf que, un « choc des civilisations » n'est pas nécessairement une tragédie.

En tout état de cause, du point de vue juridique, nul ne saurait admettre que ces attaques terroristes considérées, à juste titre d'ailleurs, comme étant des actes de terrorisme international soient juste l'inspiration d'un « choc de la civilisation » et de la barbarie. En plus, les Etats-Unis ne se trouvaient pas dans une situation analogique à celle de la chute de l'Empire romain. Même si, le spectre de ces attaques donne à lire deux visions du monde diamétralement opposées.

Plus encore, les attaques terroristes n'ont pas commencé aux Etats-Unis avec les évènements du 11 septembre. C'est ce que démontre avec force la chronologie historique sur le terrorisme : la fusillade contre le siège de la *Central Intelligence Agency* (CIA), le 25 janvier 1993 ; l'attentat dans le sous-sol du *World Trade Center* (WTC), le 26 février 1993 etc.

6. Face à cette menace devenue palpable, les autorités américaines redoutaient quasi quotidiennement que leur pays soit à nouveau frappé par des terroristes. Cette crainte des autorités américaines est largement justifiée de par des mises en garde de

¹⁴ Ainsi déclarait Eric HASELTINE, ancien directeur de la recherche (2002-2005) à la *National security Agency* (NSA).

¹⁵ Résolution 1373 (2001), adoptée par le CS à sa 4385^e séance, le 28 sept. 2001 ; L. CONDERELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDP*, 2001, p. 829.

¹⁶ En référence aux écrits du politologue américain, (S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, éd. Odile Jacob, Paris, 2000, p. 47).

plus en plus précises dont celle de Nidal AYYAD, « *La prochaine fois, ce sera très précis et le World Trade Center continuera d'être une de nos cibles aux Etats-Unis si nos demandes ne sont pas satisfaites.* », (Nidal AYYAD, militant islamiste, février 1993.)¹⁷. Une menace qui n'était pas passée inaperçue aux radars des services de renseignements du Pentagone, *The Defense Intelligence Agency* (DIA), d'où l'intervention prophétique de son ancien Directeur : « *Un jour, des terroristes s'attaqueront à un bâtiment comme celui-ci, à Washington ou à New York. Ils provoqueront la mort de centaines de victimes et un choc psychologique sans précédent. La question n'est pas de savoir si un tel acte aura lieu sur le sol américain mais quand et où [...]* »¹⁸.

Rappelons en passant que, ces actions terroristes sont menées au nom de la religion, en l'occurrence l'Islam. De quoi se poser la question de savoir : si l'Islam était réellement en contact avec une force spirituelle, comme ils [Islamistes] le prétendent, est-ce que cette force voudrait vraiment éliminer tous ceux qui ne sont pas d'accord avec eux ? Un tel objectif peut être perçu dans certaine mesure comme une vision du nazisme défendant la suprématie de la race blanche, ce qui risquerait de ramener l'humanité vers son passé tragique.

7. Paradoxalement, ces actions font énormément de victimes au sein même de la communauté musulmane, c'est-à-dire contre des personnes que les terroristes prétendent défendre par le biais du *djihad*¹⁹. Pourtant, Abou BAKR, le premier Calife de l'Islam proclamait : « *Conduisez-vous comme des hommes, sans tourner le dos. Mais que le sang des femmes, celui des enfants et des vieillards ne souille jamais vos mains. Ne vous livrez pas à des actions perfides. Ne vous égarez pas du droit chemin. Ne mutiliez jamais. (...) A mesure que vous avancerez, vous rencontrerez des religieux qui vivent dans des monastères et qui servent Dieu dans la retraite. Laissez les seuls, ne les tuez point et ne*

¹⁷ *United States of America vs Mohammad A. Salameh et al.*, S593CR.180 (KTD). V. aussi *Summation Statement of Henry f. DePippo, Prosecutor, USA vs Muhammad A. Salameh et al.*, S593CR.180 (KTD), 16 février 1994, p. 8479-8484.

¹⁸ Lors d'une Conférence sur le terrorisme ou précisément l'anti-terrorisme en 1998, à l'Université George-Washington.

¹⁹ Selon le Dictionnaire français Larousse : en arabe *djihād*, effort, combat sur le chemin de Dieu.

En français :

- *djihad*—Effort sur soi-même que tout musulman doit accomplir contre ses passions. (Il est considéré par le prophète Muhammad comme le « *djihad majeur* »).
- *djihad*—Combat pour défendre le domaine de l'Islam. (Il est qualifié de « *djihad mineur* »).

détruisez pas leurs monastères »²⁰. Les consignes données à cette époque sont l'inverse de ce qui se passe actuellement.

Dans son discours à l'Institut du Monde arabe, le Président français, François HOLLANDE fait le même constat en déclarant : « *L'Islam radical se nourrit de toutes les contradictions, de toutes les influences, de toutes les misères, de toutes les inégalités, de tous les conflits non réglés depuis trop longtemps. Et, ce sont des musulmans qui sont des premières victimes, du fanatisme, du fondamentalisme et de l'intolérance [...]* »²¹.

A propos de ce fanatisme religieux ROBESPIERRE déclarait : « *De toutes les passions qui peuvent entraîner la volonté de l'homme, il n'en est point de plus incompatible avec la raison et la liberté, que le fanatisme religieux* »²². En d'autres termes, le fanatisme religieux contribue considérablement à la progression frénétique du terrorisme international d'autant plus qu'il est d'inspiration islamiste. Pour Salman RUSHDIE, « *combinée aux armements modernes, la religion, une forme médiévale de la déraison, devient une vraie menace pour notre liberté* »²³. Mais, si le fanatisme religieux représente l'une des grandes causes de la terreur moderne et donc du terrorisme international, il ne résume pas pour autant le fondement de la religion.

8. Le 14 septembre 2001, pour répondre aux attaques terroristes George W. BUSH déclare l'état d'urgence nationale²⁴. Ensuite, il signe un décret (*Executive Order*) dans lequel tous les réservistes de l'armée étaient rappelés²⁵. La réaction de George W. BUSH fut rapide, comparée à celle de Franklin ROOSEVELT au lendemain de l'attaque de *Pearl Harbor* le 7 décembre 1941 (sans déclaration de guerre préalable)²⁶. Seule la nature contextuelle singularise ces deux Présidents. Le dernier avait immédiatement demandé au Congrès l'autorisation de déclarer la guerre au Japon impérial avec en visuel un ennemi clairement identifié. Alors que le premier avait certes procédé par la

²⁰ Sourate VIII, verset 58, Hamed SULTAN, La conception islamique, in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Institut Henri-DUNANT, Pedone, UNESCO, Paris, 1986, pp. 47-60, ad 54

²¹ Institut du Monde arabe, Février 2016.

²² J. ARTARIT, *Robespierre ou l'impossible filiation*, La Table Ronde, Paris, 2003, p. 71.

²³ Ainsi déclarait le 7 janvier 2015, l'écrivain britannique, S. RUSHDIE. Lui qui est placé sous protection policière depuis 25 ans, sa tête étant mise à prix pour avoir offensé certains musulmans dans *Les Versets sataniques*.

²⁴ *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks*

²⁵ *Executive Order* 13223 du 14 septembre 2001.

²⁶ W. MASTOR, « La prison de Guantanamo : réflexions juridiques sur une zone de « non-droit », *AFDI*, p. 28.

même habilitation constitutionnelle, mais il déclara la guerre à Al-Qaïda sans quasiment aucun ennemi clairement identifié.

9. Pour George W. BUSH, l'« urgence » traditionnelle incluse dans la définition d'une situation exceptionnelle partant de la justification de pouvoirs exceptionnels s'impose avec une cruelle évidence. C'est dans ce contexte basé sur une identification ambiguë de l'ennemi de l'Amérique que la « guerre contre le terrorisme » fut déclarée²⁷. Dès lors, la donne de la politique internationale de la quasi totalité des Etats de la planète ont tous fait « allégeance » aux Etats-Unis dans la conduite de cette « guerre ». Ainsi, s'exclamait Jean-Marie COLOMBANI, « *Nous sommes tous Américains !* »²⁸.

Le seul fait que le Président George W. BUSH ait déclaré : « *nous sommes en guerre* » avait installé durablement le débat juridique autour de la notion de guerre. D'où l'intérêt d'apporter une réflexion juridique autour de celle-ci, où règne depuis quelques années, notamment après le 11 septembre 2001, certaines confusions liées probablement à l'utilisation de l'expression « guerre contre le terrorisme »²⁹. Il va falloir définir la notion de « guerre » en la remettant dans son contexte initial avant de se prononcer sur le DIH et le terrorisme international.

10. La notion de « guerre » au sens étroit, a été largement définie par un nombre important d'auteurs bien avant les attentats du 11 septembre.

11. L'histoire toute entière, et même avant elle, la préhistoire signalait déjà l'existence de la guerre dès l'aube de l'humanité. Ainsi, soulignait Ameer ZEMMALI, « *Aucune des civilisations antiques n'a échappé au phénomène belliqueux. L'exaltation du courage, la glorification des héros, la honte de la défaite et de la peur à la rencontre de l'ennemi étaient les traits marquants communs à toutes les civilisations anciennes* »³⁰.

²⁷ C. CAMUS, *La guerre contre le terrorisme. Dériveres sécuritaires et dilemme démocratique*, Le Félin, Paris, 2007, pp. 28, 29, 30, 31.

²⁸ J.-M. COLOMBANI, « Nous sommes tous Américains ! », *Le Monde*, 13 septembre 2001. Voir aussi la position nuancée du même auteur, *Tous Américains ? Le monde après le 11 septembre 2001*, Fayard, Paris, 2002, pp. 7-13.

²⁹ G. ANDREANI, « *La guerre contre le terrorisme, Le piège des mots* », *AFRI*, vol. IV, 2003, p. 104.

³⁰ A. ZEMMALI, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, éd. A. Pedone, Paris, 1997, p. 73.

Pour Sigmund FREUD, « *Nous descendons d'une lignée de meurtriers infiniment longue qui avait dans le sang le désir de tuer (...)* »³¹. Quant à Raymond ARON, « *La guerre est de tous les temps historiques et de toutes les civilisations* »³². C'est d'ailleurs l'Histoire qui nous enseigne que « *toutes les civilisations se sont efforcées d'imposer des limites à la violence, y compris à cette forme institutionnalisée de la violence que l'on nomme la guerre, car la limitation de la violence est l'essence même de la civilisation.* »³³. Pour Jean Paul SARTRE, « *la guerre (...) est un mal insupportable parce qu'il vient aux hommes par les hommes* »³⁴. Cette définition sartrienne a inspiré l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO). Cette dernière a clairement proclamé dans le préambule de son acte constitutif que « *les guerres prenant naissance dans l'esprit des hommes, c'est dans l'esprit des hommes que doivent être élevées les défenses de la paix* »³⁵. La guerre « *n'est pas une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement* », écrivait Jean-Jacques ROUSSEAU. Bref, un état de guerre entre les belligérants³⁶.

12. Du point de vue juridique, la guerre représente l'antagonisme frontal opposant les Etats. De même que la guerre civile qui prend généralement naissance à l'intérieur d'un Etat³⁷. D'un point de vue classique par contre, la guerre ne désigne rien d'autre qu'une lutte armée au cours de laquelle chaque Partie au conflit cherche à imposer par la force sa volonté à l'adversaire³⁸. A cet égard, affirme Gaston

³¹ F. SIGMUND, *Considérations actuelles sur la guerre et la mort, Essais de psychanalyse*, Payot, Paris, 1981, p. 35.

³² R. ARON, *Paix et guerre entre les nations* (1962), Calmann-Lévy, 8^e édition, Paris, 1984, p. 18-157.

³³ F. BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », *RICR*, Septembre 2002, vol. 84, n° 847, p. 524.

³⁴ Le Robert, *dictionnaire pratique de la langue française*, éd. France Loisirs, Paris, 2006, p. 812.

³⁵ Voir préambule de l'Acte constitutif de l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO). L'une des institutions spécialisées du Système des Nations Unies créée le 16 novembre 1945. Son siège est à Paris.

³⁶ L'évolution du droit de la guerre caractérisée par la disparition progressive de la déclaration de guerre a fait de cette dernière une catégorie particulière des conflits armés, ces derniers pouvant exister « *même si l'état de guerre n'est pas reconnu* » par l'une des parties au conflit (art. 2 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949).

³⁷ J-P. DERRIENNIC, *Les guerres civiles*, Presses de Sciences Po, 2001, pp. 13, 18, 28.

³⁸ Cf. DELBEZ, « La notion sociologique de guerre », *RGDI*, 1952, p. 5 ; « La notion métaphysique de guerre », *RGDIP*, p. 460 ; « La notion éthique de guerre », *RGDIP*, 1953, p. 16 ; « *La notion juridique de guerre* », *RGDIP*, p. 177 ; P. De La PRADELLE, « *Guerre* », *EDDI*, 1969.

BOUTHOU, « *la guerre est, sans contexte, le plus violemment spectaculaire d'entre tous les phénomènes sociaux. On peut dire que c'est la guerre qui a enfanté l'histoire ; car celle-ci a commencé par être exclusivement l'histoire des conflits armés. Car, les guerres restent à la fois et, qu'on le veuille ou non, les bornes qui marquent les grands tournants des évènements.* »³⁹.

13. Il est intéressant de rappeler qu'historiquement, aucun Etat n'a pu accéder à la prospérité sans que son existence soit émaillée de conflits plus ou moins marquants. Les Etats-Unis ne font pas exception à cette règle. En effet, leur accession au rang de première puissance mondiale n'a fait qu'accentuer les politiques interventionnistes et réactionnelles résultant de leur « culture de guerre »⁴⁰.

Cela va dans le droit fil de ce que pense Quincy WRIGHT lorsqu'il souligne que « *la guerre peut être considérée comme un conflit simultané de forces armées de sentiments populaires, de dogmes juridiques, de cultures nationales* »⁴¹. Une « culture de guerre » inscrite dans la Constitution américaine de 1787 (II^e amendement): « Une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un Etat libre, le droit qu'à le peuple de détenir et de porter des armes ne sera pas transgressé »⁴². En ce sens, la guerre fait partie intégrante de l'histoire des Etats-Unis. S'ils ont fait la guerre depuis leur origine, c'est avant tout la guerre qui a fait les Etats-Unis⁴³.

Cette « culture de la guerre » se montre quelquefois hostile à l'expertise militaire. En effet, Colin POWELL, alors chef d'état-major de l'armée américaine avait manifesté sa prudence et sa réticence quant à l'envoi des troupes américaines en Bosnie, au moment où les Serbes massacraient des musulmans⁴⁴. Comme durant la première guerre du Golfe, la portée du conflit nécessitait l'envoi massif de troupes au sol. Or,

³⁹ G. BOUTHOU, *Le phénomène guerre*, Petite bibliothèque Payot, Paris, 1962, p. 6.

⁴⁰ Le concept de « culture de guerre » a été imposé par les historiens Annette BECKER et Stéphane AUDOIN-ROUZEAU dans le cadre de leurs travaux sur la Première Guerre mondiale. L'approche adoptée ici se veut large.

⁴¹ Q. WRIGHT, *Study of war*, tome I, Chicago, 1943, p. 6.

⁴² J.-E. BRANAA, *La constitution américaine et les institutions*, Ellipses, 2^e éd., Paris, 2006, p. 124.

⁴³ J. M. MCPHERSON, *La guerre de Sécession (1861-1865)*, éd. Robert Laffont, Paris, 1991, p. III.

⁴⁴ La guerre de Bosnie-Herzégovine est une guerre entre les peuples Serbes, Croates et Bosniaques ayant eu lieu sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine et ayant impliqué principalement la Yougoslavie (RFS Yougoslavie puis RF Yougoslavie), la Serbie, la Croatie et les différentes entités de l'actuelle Bosnie-Herzégovine. Elle débutera le 6 avril 1992 lorsque l'armée yougoslave attaque la Bosnie-Herzégovine, qui venait déclarer son indépendance le 1^{er} mars. La guerre s'est achevée par les accords de Dayton le 14 décembre 1995.

selon le chef d'état major de l'armée américaine, l'opinion publique américaine n'admettrait pas risquer la vie de ses soldats dans un conflit qu'il qualifiait d' « insoluble »⁴⁵. Cette méfiance affichée par Colin POWELL aurait provoqué la réaction de Madeleine ALBRIGHT, alors Ambassadrice américaine auprès des Nations Unies: « *Quel est l'intérêt de posséder cette superbe force militaire dont nous parlons autant si nous ne pouvons pas l'utiliser ?* »⁴⁶. Une chose est certaine, les circonstances de la guerre dans les Balkans furent totalement différentes de celles menées par les Etats-Unis en Afghanistan et en Irak. En tout état de cause, les autorités américaines ont souvent brandi cette supériorité militaire comme une mise en garde au reste du monde.

14. C'est justement au nom de cette supériorité militaire que le Président BUSH n'hésite pas de rappeler au monde que : « *Bien que les Etats-Unis soient prêts à déployer tous leurs efforts pour obtenir le soutien de la Communauté internationale, nous n'hésiterons pas à agir seuls, si nécessaire, pour exercer notre droit d'autodéfense en agissant à titre préventif contre ces terroristes (...)* »⁴⁷. Ensuite, il affirmait sans ambages à la télévision américaine : « *qui n'est pas avec nous est contre nous, avec les terroristes* ». Enfin, il rappelait lors de son discours à l'académie militaire de West Point que : « *l'Amérique a, à sa disposition, et, à l'intention de maintenir, des forces militaires au-delà de tout défi, rendant les courses aux armements des autres sans objet* »⁴⁸. C'est d'ailleurs ce que pense le Sénateur Jesse HELMS : « *les Etats-Unis doivent diriger le monde en portant le flambeau moral, politique, militaire du droit de la force, et servir d'exemples à tous les peuples* »⁴⁹. C'est également ce que pensait le journaliste américain, Charles KRAUTHAMMER : « *l'Amérique enjambe le monde comme un colosse (...). Depuis que Rome détruisit Carthage, aucune autre grande puissance n'a atteint les sommets où nous sommes parvenus* »⁵⁰. Bref, les Etats-Unis offrent au monde le spectacle unique d'un pays doté d'institutions démocratiques, et disposant en même

⁴⁵ X. BOUGAREL, *Bosnie. Anatomie d'un conflit*, La Découverte, Paris, 1996, pp. 53, 81, et s.

⁴⁶ E. LAURENT, *La guerre des Bush, les secrets inoubliables d'un conflit*, Plon, Paris, 2003, p. 137.

⁴⁷ D. LAMBERT, *L'Administration de George W. Bush et les Nations Unis*, L'Harmattan, 2005, p. 7. Voir également, le monde du 24 septembre 2002.

⁴⁸ Discours de George W. BUSH à West Point, le 1^{er} juin 2002.

⁴⁹ J. HELMS, « *Entering the pacific century* », Heritage Fondation, Washington D.C. 1996.

⁵⁰ *Time Magazine*, « *the second American century* », New York, 29 décembre 1999.

temps d'une force militaire redoutable et sans égale⁵¹. Dit autrement, les guerres américaines ont fait des Etats-Unis ce qu'ils sont aujourd'hui et risqueront de faire d'eux ce qu'ils deviendront demain.

15. Cette assurance d'invulnérabilité vantée par les autorités américaines ne semble pas prendre en compte la célèbre mise en garde contre l'emploi insensé de cette force militaire formulée par Dwight D. EISENHOWER dans son discours prophétique d'adieu consacré au complexe militaro-industriel : « *Dans les assemblées du gouvernement nous devons donc nous garder de toute influence injustifiée, qu'elle ait ou non été sollicitée, exercée par le complexe militaro-industriel. Le risque potentiel d'une désastreuse ascension d'un pouvoir illégitime existe et persistera. Nous ne devons jamais laisser le poids de cette combinaison mettre en danger nos libertés et nos processus démocratiques (...). Seul une communauté de citoyens prompts à la réaction et bien informés pourra imposer un véritable entrelacement de l'énorme machinerie industrielle et militaire de la défense avec nos méthodes et nos buts pacifiques, de telle sorte que sécurité et liberté puissent prospérer ensemble* »⁵². Ne pas prendre en considération les dangers que représenterait l'utilisation abusive de ce complexe militaro-industriel, plongerait les Etats-Unis dans des conflits armés extrêmement complexes tels que ceux surgissant au lendemain des attaques du 11 septembre.

16. Lorsqu'on se propose de définir ou de déterminer le régime juridique applicable à la notion de guerre, et le fait qu'elle soit assimilée à la « guerre contre le terrorisme » pose sérieusement problème.

17. En effet, le déclenchement de la guerre fait apparaître un nouveau régime de droit : le « droit de la guerre » ou « droit des conflits armés ». Celui-ci remplace bien évidemment le « droit de la paix » et se caractérise par des relations juridiques nouvelles entre les combattants, et, entre les combattants et les non-combattants⁵³.

⁵¹ H. Védrine, *Face à l'hyperpuissance : textes et discours, 1995-2003*, Fayard, Paris, 2003.

⁵² Le 17 juillet 1961, le Président Dwight D. EISENHOWER prononça son célèbre discours d'adieu consacré au complexe militaro-industriel. Ce discours issu de l'allocation de fin de mandat doit sa célébrité à la mise en garde qu'il formula contre le « complexe militaro-industriel ».

⁵³ P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd., Paris, p. 967, paragraphe 576; « le droit des conflits armés internationaux proprement dit ne s'applique qu'une fois le conflit déclenché. Son objet essentiel est de régler, dans le cadre de l'état de

18. Le terrorisme international peut être défini comme étant « *un fait illicite (...) commis par l'individu ou un groupe d'individus (...) contre des personnes ou des biens, dans la poursuite d'un objectif idéologique* » s'inscrit dans le cadre du droit de la paix, quand bien même il se caractériserait par une « *violation grave* » et serait susceptible de « *mettre en danger la paix et la sécurité internationales* »⁵⁴. D'où l'inauguration d'une approche plus globale de cette violence mondialisée par la résolution 1269 du CS des NU (paragraphe 4)⁵⁵.

19. Cependant, la guerre et le terrorisme international ont un trait commun qui les converge vers un niveau de violence capable de mettre en péril la paix et la sécurité internationales. Toutefois, deux éléments fondamentaux les distinguent : leurs auteurs et leurs buts.

La guerre peut, comme le terrorisme d'ailleurs, viser un objectif idéologique (endiguement du communisme par les Américains), mais elle n'est pas animée par une détermination accrue à semer la terreur parmi les combattants et la population civile en violation des CG de 1949⁵⁶. Au sens classique du terme, la guerre relève avant tout de la compétence de l'Etat ce qui n'est pas le cas pour le terrorisme (A l'exception du « terrorisme d'Etat »)⁵⁷. En effet, ce dernier serait essentiellement l'œuvre relevant de l'initiative de l'individu que l'on qualifierait de « terroriste » après ou avant son passage à l'acte. Le terrorisme international se distingue du terrorisme à l'ancienne de par sa capacité à pousser à l'extrême sa violence sur plusieurs Etats ou à partir du moment où,

guerre substitué à l'état de paix, deux séries de rapports, ceux entre combattants et ceux entre combattants et non combattants. On se trouve en présence d'un effet considérable de la souveraineté : par un acte unilatéral, la partie qui a décidé de recourir aux armes provoque une 'novation du régime juridique international tout entier' réalisée par le passage du « droit de la paix » au « droit de la guerre ».

⁵⁴ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2000, p. 1081. Voir aussi, résolution 1373 du 28 septembre 2001 du Conseil de Sécurité des NU.

⁵⁵ Résolution 1269 sur le maintien de la paix et de la sécurité internationale adoptée le 19 octobre 1999.

⁵⁶ S. SUR, *Relations internationales*, Montchrestien, 2^e éd., Paris, p. 58 : les conflits interétatiques « ne visent en règle générale ni à la destruction de l'adversaire ni au renversement des principes dont il se réclame, mais à son abaissement relatif en même temps qu'à l'obtention d'avantages politiques, territoriaux ou économiques limités ».

⁵⁷ A cette problématique, Cuba suggérerait un amendement au projet de Convention générale sur le terrorisme international qui assimilait l'usage des armes nucléaires par les Etats à une forme de terrorisme. (*Communiqué de l'AGNU du 31 mars 2005, L/3084*).

l'individu, considéré comme auteur des actes de terrorisme, agit pour le compte d'un Etat contre les intérêts d'un autre Etat⁵⁸.

20. Néanmoins, il serait absurde de penser qu'il existe une cloison étanche entre ces deux notions.

Le terrorisme de par ses massacres aveugles de personnes civiles a contraint le droit des conflits armés à s'intéresser à lui, afin de protéger ces dernières des violences du premier que, le droit international considère comme méthode illicite⁵⁹. C'est à cause de sa capacité de nuisance qu'il a été hissé par le projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ce Code de crimes fut adopté par la Commission du droit international (CDI) comme élément constitutif d'un crime de guerre⁶⁰.

⁵⁸ A. PELLET, « La terreur, La guerre, L'ONU-Que faire des Nations Unies ? », *European Integration Studies, Miskolc, Volume 1. Number 1.*, 2002 (pp. 13-18), p. 14. Voir les Attentats de Lockerbie et du DC 10 du vol 772 d'UTA en 1989. Voir également, G. DOUCET, « Terrorisme : violation grave du droit international », p. 25. <http://www.sos-attentats.org/publications/doucet.pdf>

⁵⁹ Voir l'art. 33 de la IV Convention de Genève du 12 août 1949 sur la protection des personnes civiles en temps de guerre prohibe « les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme », tandis que les dispositions des deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 (respectivement, art. 51 par. 2 Et art. 13 paragraphe 2) sont rédigées de la manière suivante : « Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population ». Voir résolution 55/158 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2000, « les actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans la population, dans un groupe de personnes ou chez des individus sont injustifiables en toutes circonstances et quels que soient les motifs de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou autre invoqués pour le justifier ». Paragraphe 2 de cette même résolution reprend en termes quasi identiques, la définition retenue au paragraphe 3 de la « Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international », annexée à la résolution 49/60 du 9 décembre 1994. Voir également la définition donnée par G. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, 1989-III, vol. 215, p. 36, « le terrorisme implique l'usage de la violence dans les conditions de nature à porter atteinte à la vie des personnes ou à leur intégrité physique dans le cadre d'une entreprise ayant pour but de provoquer la terreur en vue de parvenir à certains fins ». Cette définition compte parmi un grand nombre selon, Alex P. SCHMID, qui avait déjà relevé 109 en 1989 (*in Political Terrorism—A Research Guide to Concepts, Théories, Data Bases and Literature, Amsterdam, North Holland Publishing Co.*, 1984, 585 p.).

⁶⁰ Voir article 8 du Statut de Rome (CPI), voir aussi art. 20 du projet de Code adopté par CDI relatif aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité du 26 juillet 1996. Précisons que la CDI n'a finalement pas retenu, à ce titre, le trafic illicite de stupéfiant, les dommages délibérés et graves à l'environnement, le terrorisme international (si ce Code était élaboré après 2001, le terrorisme international allait sans doute figurer parmi les infractions retenues par celui-ci (il s'agit de notre point de vue) en raison de la gravité et surtout pour la protection future de l'humanité). Il s'agit ainsi d'identifier les crimes qui se distinguent par leur caractère particulier d'horreur et de cruauté, de sauvagerie et de barbarie : le crime d'agression, le crime de génocide (ex. épuration ethnique, citons en exemples les cas de l'ex Yougoslavie et du Rwanda), le crime contre l'humanité, le crime contre le personnel des NU et le personnel associé (ex. Avis du 11 avril

21. Le terrorisme est une véritable machine destinée à violer le droit, que ça soit en temps de paix (droits de l'homme) comme en situation de conflit armé (DIH)⁶¹. Dès lors que, l'infraction au droit de la paix suppose tout acte de violence intense commis par de personne (s) tendant à terroriser et à perturber la paix existante. Mais un acte identique commis par de personne(s) privée (s) dans un contexte de conflit armé préalablement déclenché, pourrait être considéré comme étant une infraction au droit de la guerre⁶². Ainsi, le droit applicable au terrorisme international de type 11 septembre reste dépendant de la prédétermination du cadre contextuel dans lequel les actes illicites de ce type de terrorisme ont été perpétrés (en temps de paix—droit de la paix ou en temps de guerre—droit des conflits armés).

22. Il ne revient pas cependant de son bon vouloir de substituer l'application d'un régime juridique applicable par un autre⁶³.

1949 relatif à l'affaire *Comte Bernadotte*), le crime de guerre (les crimes de guerre sont visés par les art. 2 et 3, lesquels fondent la compétence du Tribunal pour connaître des « infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 » et des « violations des lois et coutumes de la guerre ». l'art. 2 reproduit assez fidèlement les prescriptions contenues dans les dispositions finales des quatre Conventions du 12 août 1949. L'art. 3 reprend quant à lui les exigences classiques formulées tant par le droit de la Haye que par le Statut du TMI de Nuremberg. L'art. 3 a) introduit une incrimination résolument nouvelle en stigmatisant en tant que tel l'emploi d'armes toxiques et d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles. En effet, déclarait le Tribunal de Nuremberg, « *Les infractions au droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites. Ce n'est qu'en punissant les auteurs de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international* » (Tribunal militaire international de Nuremberg, vol. 1, p. 233).

G. DOUCET, « Terrorisme : violation grave du droit international », p. 29. <http://www.sos-attentats.org/publications/doucet.pdf> « *de nombreux éléments permettant d'affirmer qu'il s'agit non seulement d'une infraction internationale grave, mais encore qu'elle entre dans la catégorie des crimes internationaux les plus graves puisqu'ils sont considérés comme des crimes portant atteinte à la paix et à la sécurité internationale* ». En ce sens, la résolution du Conseil de Sécurité 1193 du 13 août 1998 qui se dit « convaincu que la répression des actes de terrorisme est essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale et, réaffirmant la détermination de la Communauté internationale à éliminer le terrorisme sous toutes ses formes et manifestations, (...) souligne que chaque Etat membre a le devoir de s'abstenir d'y participer (...) et encourage tous les Etats à adopter (...) des mesures concrètes (...) en vue de traduire en justice et châtier les auteurs de ces actes » ; les résolutions I et II A/554/615 de l'Assemblée Générale de l'ONU sur la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international du 10 janvier 2000.

⁶¹ C. BOURGUES HABIF, « Le terrorisme international », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000, p. 460. Voir aussi, G. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, t. 215 (1989-III), p. 299.

⁶² G. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, t. 215 (1989-III), p. 383.

⁶³ E. DAVID., *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 85, « Le droit des conflits armés est le droit exceptionnel, celui qui s'applique au moment où beaucoup de règles cessent de s'appliquer : (...) leur application ne peut être subordonnée à l'accord contraire et donc à la volonté

23. Un juge américain pensait pour sa part qu'il fallait faire le distinguo entre l'état de guerre et, la situation juridique engendrée par des actes terroristes commis par les particuliers en temps de paix. Il avait en effet considéré dans son arrêt de 1974 que les Etats-Unis ne pouvaient pas être déclarés en « guerre » contre des personnes privées qui étaient auteurs d'actes de terrorisme : « *as a nonstate, nonbelligerent, noninsurgent actor* »⁶⁴. Cette position semble être valable même pour certaines hypothèses concernant le terrorisme d'Etat ; en ce sens que le maintien de la distinction entre l'état de guerre, et des éventuelles conséquences juridiques entraînées par le terrorisme international. On peut à cet effet citer le cas des Etats qualifiés par les Etats-Unis d'« Etats voyous » (en anglais : « *rogue States* ») du fait de leur soutien présumé au terrorisme⁶⁵.

24. Depuis le 11 septembre 2001, les notions de DIH et de terrorisme ont à tort ou à raison fait l'objet d'usage abusif.

Pour la première, on s'est souvent interrogé sur son applicabilité sans chercher, avant tout, à la définir et à s'interroger sur sa pertinence compte tenu du contexte particulier dans lequel elle était censée s'appliquer.

Quant à la seconde, on s'est plutôt précipité dorénavant vers une mise en place éventuelle des mécanismes de répression extrêmement coriaces sans vouloir se projeter sur la possibilité de l'attribuer une définition générique.

C'est tout l'intérêt d'aborder ces différentes problématiques dans les lignes suivantes consacrées à la définition de la notion du DIH et du terrorisme.

25. Le DIH également connu sous le nom de « droit de guerre » ou « droit des conflits armés » est un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, vise à

discrétionnaire de seuls belligérants ». J. FITZPATRICK, « Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War or Terrorism », *AJIL*, 2002, p. 346: « *The large body of international law instruments on terrorism has not heretofore been regarded as an aspect of the international law of armed conflict. Terrorist crimes do not generally violate the laws of war. Mutual criminal assistance with respect to other transnational crimes, such as drug trafficking or migrant smuggling, is similar to international cooperation against terrorists or drug traffickers has not in past sufficed to change the character of the 'war on terrorism' or the 'war on drugs' from a criminal law paradigm to an armed conflict paradigm* ».

⁶⁴ *Pan American Airways Inc. v. Aetna Casualty & Surety Co*, 505 F. 2d 989, 1013-15 (2nd Circuit 1974).

⁶⁵ P. MINNETRON, « Rogue States Sponsors of Terrosism? », *German Law Journal*, vol. 3, n°9 (1^{er} septembre 2002).

limiter les effets des conflits armés. Il garantit en effet la protection des personnes qui ne participent pas ou plus aux combats et restreint les moyens et méthodes de guerre⁶⁶.

La codification de la protection des victimes des conflits armés tire son origine du souvenir de champ de bataille : « *Autrichiens et alliés se foulent aux pieds, s'entretuent sur des cadavres sanglants, s'assomment à coups de crosse, se brisent le crâne, s'éventrent avec le sabre ou la baïonnette ; (...) c'est une boucherie, un combat de bêtes féroces, furieuses et ivres de sang ; les blessés même se défendent jusqu'à la dernière extrémité, celui qui n'a plus d'armes saisit à la gorge son adversaire qu'il déchire avec ses dents* »⁶⁷.

Cette description va ainsi permettre aux signataires d'aller au-delà du simple fait d'« humaniser la guerre » en donnant une consistance juridique aux CG. C'est dans le même ordre d'idées que, l'origine du droit de la guerre est rappelée par Jakob KELLENBERGER « *Le droit de la guerre est né de la confrontation entre forces armées sur le champ de bataille. (...), il s'agissait exclusivement de règles coutumières, que l'on respectait car elles existaient depuis des temps immémoriaux et parce qu'elles répondaient à une exigence de civilisation. Toutes les civilisations ont formulé des règles visant à limiter la violence, même cette forme institutionnalisée de la violence est l'essence que l'on nomme la guerre, puisque la limitation de la violence est l'essence même de la civilisation* »⁶⁸. C'est ainsi que progressivement le droit de la guerre s'enrichit du DIH. D'ailleurs en 1899, la Convention de La Haye évoquait déjà « *les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation* ». Une chose est certaine, les préoccupations humanitaires ne sont guère récentes. Même si nous les trouvons largement développées dans certaines conventions du XX^e siècle, en l'occurrence les CG de 1949.

Le DIH est essentiellement fondé sur les Conventions de La Haye de 1907. Il vise particulièrement à régler la pratique de la guerre sur la base des CG de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977. Il s'appuie aussi sur une batterie de Conventions et protocoles ayant trait à des aspects spécifiques du droit des conflits armés. Pour sauvegarder l'avancée juridique conventionnelle, les quatre CG furent universellement ratifiées par la majorité des Etats de la planète.

⁶⁶ Site officiel du CICR, <http://www.icrc.org/fre/war-and-law/index.jsp>

⁶⁷ J.-H. DUNANT, *Un souvenir de Solferino*, Imprimerie de Jules Fick, Genève, 1863, p. 17.

⁶⁸ J. KELLENBERGER, Président du CICR dans sa préface de l'ouvrage, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruylant, volume I : Règles, Bruxelles, 2006, p. XVII.

26. Pour assurer l'application de ce corpus juridique, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), en sa qualité de gardien des traités, a été chargé de veiller au respect et à sa mise en œuvre.

27. Mais de plus en plus son efficacité est mise à rude épreuve en raison de la complexité croissante des conflits armés actuels qui donnent du fil à retordre à toute tentative d'identification de leurs auteurs. C'est en connaissance de cause que François BUGNION, Conseiller diplomatique de la Direction du CICR, estimait que « *la fin de la Guerre froide a représenté un tournant décisif dans la nature et la typologie des conflits armés de notre époque* »⁶⁹. Selon lui, la chute du Mur de Berlin en novembre 1989 qui contraint le monde à se réveiller dans un monde qui n'est plus bipolaire est la principale cause de la prolifération des fractions et des groupes armés non étatiques. Des acteurs qui ne se reconnaissent pas être liés par le DIH. Ainsi poursuit-il, la Somalie offre un exemple extrême d'un « Etat sans l'Etat », pour reprendre l'expression utilisée par l'auteur. C'est une problématique quasiment unique que le monde regarde en haute définition. Ce nouveau paysage conflictuel donne un aperçu panoramique de la nature de ces nouveaux conflits contemporains⁷⁰.

28. Rappelons tout de même que depuis quelques années, les Etats-Unis d'un côté, et l'URSS de l'autre, ont mis toute leur force dans la bataille idéologique qui mettait en antagonisme le bloc capitaliste défendu par les Américains au bloc communiste soutenu par les Soviétiques. Cette confrontation idéologique s'est soldée au profit de ces premiers et au détriment de ces derniers. Mais la suprématie américaine démontrée pendant la guerre du Golfe déclencha une menace inédite des intégristes musulmans qui n'auront pour cible principale : les Etats-Unis. Par conséquent, certains symboles du capitalisme américain deviennent des cibles d'une Amérique assiégée.

29. Au-delà de l'aspect circonscrit par le nouveau cycle des conflits armés auquel le DIH est censé apporter des réponses adéquates, il doit également s'imposer aux

⁶⁹ F. BUGNION, « Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits de notre temps », *RICR*, 1999, <http://www.icrc.org/fre/ressources/documents/misc/5fzg3g.htm>

⁷⁰ A. BIAD, P. TAVERNIER, *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruylant, Coll. du CREDHO, Bruxelles, 2012, pp. 6, 7.

qualifications hâtives d'adversaires politiques de « terroristes » (le cas syrien) émanant de certains Etats déterminés à discréditer toute initiative visant à protester contre la non application éventuelle des normes de protections du DIH⁷¹. Car en effet, la notion de « terrorisme » ou le qualificatif « terroriste » revêt systématiquement une connotation péjorative. Elle fait souvent l'objet d'une utilisation à des fins purement politique, fragilisant ainsi les garanties protectrices érigées par cette branche de droit.

30. C'est dans le droit fil de ce cafouillage méthodique et procédural que les attentats du 11 septembre 2001 ont été considérés comme un véritable défi pour le DIH. Dès lors, l'amalgame entre la guerre et le terrorisme était ainsi créé. La notion de guerre ne peut alors échapper à la dénaturation⁷². Et, le terrorisme international serait avant tout une exigence terminologique renvoyant à des « terrorismes » ressemblant ainsi à la mythologie antique du monstre à plusieurs têtes⁷³.

31. Si la notion de guerre fait l'objet de dénaturation au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, comme l'affirme Hélène TIGROUDJA, qu'en est-il de celle du terrorisme international auquel s'inscrivent ces attentats ?

32. Le CS des NU a été le premier des principaux organes de l'ONU a utilisé l'expression dite de terrorisme international, sans qu'il n'en soit donné une définition comme fut le cas dans la résolution 748 du 31 mars 1992 contre le gouvernement Libyen⁷⁴. Il est important de rappeler qu'en janvier 1992, lors de la première réunion du CS des chefs d'Etat et de gouvernement, les membres du Conseil avaient « *exprimé leur profonde préoccupation à l'égard des actes de terrorisme international et souligné que la communauté internationale devait réagir de manière efficace contre de tels actes* »⁷⁵.

⁷¹ J. P. CHAGNOLLAUD, « Terrorisme et violence politique », *RCM*, n°20, hiver 1996-1997 ; S. CLAVET, « Les enjeux du terrorisme international. L'impossible définition d'un phénomène protéiforme : le terrorisme international est-il révélateur des faiblesses de l'Etat de droit ? », *ERTA*, 2006, p. 1.

⁷² H. TIGROUDJA, « Quel (s) droit (s) applicable (s) à la « guerre contre le terrorisme », *AFDI*, vol. 48, 2002, pp. 88-90.

⁷³ S. CLAVET, « Les enjeux du terrorisme international. L'impossible définition d'un phénomène protéiforme : le terrorisme international est-il révélateur des faiblesses de l'Etat de droit ? », *ERTA*, 2006, p. 1.

⁷⁴ <http://www.un.org/french/documents/sc/res/1992/748f.pdf>

⁷⁵ Cf. la note du président du Conseil de sécurité de l'ONU, s/23500, 31 janv. 1992.

33. Pour ce faire, le Conseil renforçait sa rhétorique en adoptant des mesures économiques obligatoires contre la Libye, accusée d'être impliquée dans le sabotage des vols *UTA 772* et *Pan Am 103*, en 1998 et en 1999⁷⁶. Dans cette résolution, le CS réaffirmait que « *conformément au principe énoncé au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre, d'y participer ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, lorsque ces actes impliquent une menace ou l'emploi de la force* »⁷⁷. Force est de constater que, ce concept dit de terrorisme international est beaucoup plus large. Cela dit, la typologie de conflit souvent qualifié d'« asymétrique » devenue au fil des années mondial, englobe tous les acteurs impliqués dans la mobilisation au profit de l'action terroriste.

34. Le terrorisme international est de ce point de vue, l'incarnation de cette menace mondialisée contre la sécurité et les intérêts des Etats. Il cause au passage la mort de milliers de civils innocents. Pour Habermas JÜRGEN « *Le terrorisme global qui a culminé dans les attentats du 11 septembre 2001, porte les traits anarchistes d'une révolte impuissante en ce qu'il est dirigé contre un ennemi qui, dans les termes pragmatiques d'une action obéissant à une finalité, ne peut absolument pas être vaincu. Le seul effet possible est d'instaurer dans la population et auprès des gouvernements un sentiment de choc et d'inquiétude* »⁷⁸. Il note enfin que le terrorisme international se caractérise par l'absence d'objectif réel de son action, mais il parvient tout de même à mettre en évidence la vulnérabilité de l'Etat.

35. Mais cette reconnaissance de l'existence du terrorisme international est remise en cause par certaines intelligences, à l'instar du Général Léonide IVASHOV, ancien chef d'état-major des forces armées russes. Malgré sa présence sur le territoire américain au moment des attaques terroristes du 11 septembre, cette personnalité militaire russe n'hésitait pas à remettre catégoriquement en cause l'existence d'une

⁷⁶ C. DE JONGE OUDRAAT, « Conseil de Sécurité de l'ONU et la lutte contre le terrorisme », *AFRI*, vol. VI, 2005, p. 118.

⁷⁷ CS des NU résolution 748 de 1992.

⁷⁸ H. JÜRGEN, « Qu'est-ce que le terrorisme », in *Le Monde diplomatique*, février 2004, p. 17. V. <http://www.monde-diplomatique.fr/2004/02/HABERMAS/11007>

telle menace planétaire. Quoi qu'il en soit, il récusait clairement cette supposée existence lors de la Conférence de l'Axe pour la paix en 2005. Selon lui, les attaques du 11 septembre résulteraient de la manipulation des Etats-Unis : « *ce à quoi nous assistons est une manipulation orchestrée par les grandes puissances, ce terrorisme n'existerait pas sans elles.* »⁷⁹. Faut-il considérer, comme le pense Léonide IVASHOV, que la prise d'otages du 1^{er} septembre 2004 dans une école de Beslan en Ossétie du Nord, au cours de laquelle 334 civils dont 186 enfants trouvèrent la mort serait l'œuvre du gouvernement russe ?⁸⁰. Toutefois, on ne peut s'empêcher de relever que les différents échecs stratégiques et géopolitiques des Etats-Unis favorisent dans certaines mesures la capacité de nuisance de certains groupes extrémistes⁸¹.

36. L'approche conspiratrice développée par le Général IVASHOV est totalement vidée de toute substance objective basique, elle est tout sauf une approche juridiquement objective. Considérée comme la « théorie du complot », elle sera tout simplement écartée de cette recherche scientifique dans laquelle l'objectivité juridique demeure le but recherché. Toute alimentation inlassable de certains esprits voués à trancher sur les faits n'apporte malheureusement aucune objectivité. En d'autres termes, toute analyse reposant sur la « théorie du complot » ne s'inscrit pas dans le cadre de notre étude consacrée au terrorisme international. Ici, il s'agit de traiter que du droit, car en effet, il est quasiment impossible dans le cas d'espèce de trancher sur les faits.

⁷⁹ Voir la Conférence de l'Axe pour la paix (*Axis for peace*), Bruxelles, 2005.

Le Général Léonide IVASHOV est le vice-président de l'Académie des affaires géopolitiques. Il a été le chef du département des Affaires générales du Ministère de la Défense de l'Union soviétique, le Secrétaire du Conseil des ministres de la défense de la Communauté des Etats indépendants (CEI), le chef de la coopération militaire au Ministère de la Défense de la Fédération russe et le chef d'état-major interarmes des armées russes.

⁸⁰ En réaction aux attentats à Beslan, la Russie avait annoncé qu'elle allait autoriser les frappes préventives sur les bases terroristes situées hors de son territoire (*International Herald Tribune*, 9 septembre 2004) ; voir aussi, Aurélie CAMPANA, « La montée des tensions au Caucase du Nord après la prise d'otage de Beslan », *Sécurité mondiale, Programme paix et sécurité internationales*, n°13, novembre 2004, pp. 1-4.

⁸¹ En référence au soutien logistique important apporté par les Etats-Unis aux Afghans (vaste nébuleuse de Pachtouns afghans et Arabes venus du Golfe), engagés dans une guerre terrible contre l'Union soviétique au début des années 80. Voir à cet effet, F. LAFARGUE, « Ceux qui ont fabriqué les taliban », *Libération*, 17 septembre 2001.

37. Dit autrement, seuls les fins de cette recherche consacrée à une analyse du droit ainsi que les conséquences juridiques de quelques situations factuelles naissantes seront amplement assumés. Il est donc important pour l'intérêt de cette étude de prendre de la hauteur par rapport à toute considération de nature politique quelle qu'elle soit ; afin d'hausser notre niveau de réflexion tout en restant dans un cadre strictement juridique.

38. Comme la notion de terrorisme, celle de terrorisme international soulève elle aussi une problématique inhérente à sa définition. Cette problématique est d'ordre terminologique. On note en effet, une difficulté évidente quant à l'existence ou non d'un « terrorisme uniforme », mais des « terrorismes multiformes » en fonction de leur mode opératoire⁸². C'est dans cette optique que le Professeur Antoine SOTTILE n'hésite pas à dégager des différentes modalités du terrorisme par rapport au mobile, à l'espace, etc.

39. L'attribution d'une définition supposerait la prise en compte du fait qu'elle soit à cheval entre les sciences sociales et de la politique comme le souligne clairement Sophie CLAVET, « *La difficulté de synthétiser cette notion dans le cadre d'une définition juridique résulte du fait que le terrorisme international se trouve au carrefour des sciences sociales et de la politique* »⁸³. Enfin, il serait aisé d'envisager ce terme au singulier afin de pouvoir le signifier dans un concept général globalisant toutes les différentes formes de manifestation de ce phénomène.

40. La subjectivité de cette notion peut être constitutive d'obstacle compromettant ainsi toute tentative de définition. La difficulté de l'appréhender peut affecter toute poursuite scientifique objective. Car en effet, un terroriste pour l'un peut être envisagé comme un héros par l'autre, c'est aussi ce que constate Serge STEPNIAK KRAVTCHINSKI, dans *La Russie clandestine (1863)* : « *Le terroriste est noble, terrible, irrésistiblement fascinant car il combine en lui les deux sommets sublimes de la grandeur*

⁸² A. SOTTILE, « Terrorism international », *RCDI*, vol III, 1938, p. 97.

⁸³ S. CLAVET, « Les enjeux du terrorism international. L'impossible définition d'un phénomène protéiforme : le terrorism international est-il révélateur des faiblesses de l'Etat de droit ? », *ERTA*, 2006, p. 1.

*humaine : le martyr et le héros. Du jour où il jure, du fond du cœur, de libérer son peuple et sa patrie, il sait qu'il est voué à la mort. »*⁸⁴.

41. De même, un acte de terrorisme international commis et qualifié comme étant un acte criminel par certains Etats (Etats puissants), peut être considéré comme un moyen de défense par d'autres Etats (Etats faibles). C'est dans le sens de cette considération que Gérard CHALIAND et Arnaud BLIN estiment qu' « *Aujourd'hui, le terrorisme est, davantage que la guérilla, l'arme quasi unique du faible contre le fort. Son impact vise d'abord les esprits. En ce sens, le terrorisme est la forme la plus violente de la guerre psychologique et dépasse, comme on sait, très largement ses effets physiques. Le terrorisme sert, à partir de moyens souvent dérisoires, à créer du pouvoir en espérant atteindre par le bas ce dont l'Etat dispose par le haut* »⁸⁵. Il vise à mettre l'Etat en échec afin de le substituer en tant que détenteur de la « violence légitime » ; même si une telle ambition reste tout de même illusoire. Car en effet, les attentats du 11 septembre ont contraint les Etats à recourir à la force en tant que détenteur de la « violence légitime »⁸⁶.

42. C'est dans le cadre du recours à la force que s'inscrivent les interventions militaires américaines en réaction des attentats du 11 septembre. Ce contexte interventionnisme des Etats-Unis nous avait placé face à des conflits armés qui se déroulent dans un cadre spécifique. Or, dès lors qu'il y a conflit armé, l'application du DIH paraît évidente. Sauf que, ces deux situations armées déclenchées par le Président George W. BUSH présentent une certaine particularité, en ce sens qu'elles soient menées au nom de la « guerre contre le terrorisme ». Pour savoir si le DIH est pertinent pour répondre à une telle problématique, il serait aisé de retracer le parcours de ce droit, c'est-à-dire de son origine à ce qu'il représente d'aujourd'hui.

43. Depuis les attentats du 11 septembre, le DIH a laissé une trace de son parcours qui part de son origine triomphale à une avancée contestée. Et ce, malgré le

⁸⁴ S. S. KRAVTCHINSKI, cité par G. CHALIAND, A. BLIN, *Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al-Qaïda*, Bayard, Paris, 2004, p. 7.

⁸⁵ G. CHALIAND, A. BLIN, *Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al-Qaïda*, Bayard, Paris, 2004, p. 10.

⁸⁶ Dans ce sens lire G. GUILLAUME dans sa préface de l'ouvrage *Le droit international face terrorisme*, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Pedone, Paris, 2002, p. 8.

fait qu'il ait su et pu s'imposer incontestablement comme un *lex specialis* du droit des conflits armés. Mais la montée en puissance du terrorisme international a permis à ses détracteurs de remettre en cause certaines de ses règles, c'est-à-dire celles qui font la force de sa pertinence. Qu'est donc le DIH, et qu'est-il devenu au lendemain du 11 septembre?

44. La Charte des NU, la Déclaration universelle des droits de l'homme, les activités de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, le DIH font partie des grandes réalisations de notre civilisation.

45. Le passé de chaque civilisation humaine a toujours été marqué par la guerre. Elle est de ce fait présente en chacun de nous. Dit autrement, la guerre est une pratique humaine immémoriale. Les conflits armés sont inmanquablement l'occasion d'abus. Dans certaines confrontations, ce ne sont pas forcément les forces directement engagées dans les hostilités qui y sont exposées au cœur des conflits armés. De plus en plus souvent la population civile est amenée à « payer le prix fort » de cette violence quelque fois aveugle.

En d'autres termes, lorsqu'un conflit armé éclate, l'humanité cède la place à la barbarie et à la loi du plus fort. La brutalité et le chaos s'installent : les maisons, les gens, les repères s'effondrent. A chaque fois, les premiers à payer le prix fort sont généralement les civils : Vols, viols, expulsions, massacres, et violence de tout genre façonnent le visage grimaçant, sanglant et désespéré de la guerre.

Pourtant, il y a des limites à la guerre. Ces limites sont érigées par les règles du DIH. En effet, en se battant pour attaquer ou se défendre, l'homme s'est très vite posé des règles pour assurer la survie de son groupe. Ces règles appartiennent au *jus in bello* ou droit de la guerre. L'homme a également règlementé le *jus ad bellum* ou droit de faire la guerre. Ce droit qui permet d'aller en guerre s'illustre clairement avec la notion de « guerre juste ». Une notion qui a été très vite érigée en doctrine par Saint AUGUSTIN, puis par Saint THOMAS D'AQUIN. Elle joue le rôle de cordon ombilical entre *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Il serait en effet improbable de conduire une « guerre juste » en marge des principes d'humanité qui sous-tendent le droit de la guerre. Dès le X^e siècle en Europe, l'Eglise parvient à établir le Code de conduite afin d'humaniser la guerre. De fil en aiguille, elle parvient également à imposer la « Trêve et

la paix de Dieu » au nom de la « guerre juste ». C'est d'elle qu'est née au V^e siècle une nouvelle doctrine formulée par Saint AUGUSTIN, et, qui avait pour vocation principale d'équilibrer l'idéal moral d'avec les nécessités politiques.

46. Les règles du DIH codifient la conduite de la guerre et prônent le respect de l'adversaire. Fondées sur la coutume et forgées sur les anciennes civilisations, les premières lois de la guerre s'inspirent des sources éthiques et religieuses telles que la Bible et le Coran⁸⁷.

47. Bien avant notre ère, en 2500 ans, la guerre était déjà une institution organisée avec déclaration de guerre, arbitrage, immunité des parlementaires et traités de paix. En effet, HAMMOURABI, roi de Babylone, le Souverain le plus prestigieux de la Mésopotamie ancienne par l'ampleur de son œuvre politique et législative, établit un Code qui révolutionne l'histoire du droit. Il proclama en ces termes : « *Je prescris ces lois afin d'empêcher que le fort n'opprime le faible* »⁸⁸. Il conditionne la libération des otages par le versement de la rançon. Par contre un commandement du deuxième millénaire exigeait que l'« on doit donner sa nourriture aussi à l'ennemi »⁸⁹.

48. Pour appliquer le principe d'humanité lors des combats, Sun TZU avait en 500 av. J. C. en Chine, ordonné aux combattants de respecter l'intégrité physique des PG, c'est-à-dire toute extermination de l'ennemi était interdite.

49. Alors que dans la conception islamique, « *L'Islam a devancé la chrétienté dans l'effort juridique destiné à restituer aux barbares, étrangers comme esclaves, la personnalité humaine* »⁹⁰. En effet, le guerrier n'avait le droit de tuer qu'en cas d'« extrême nécessité ». Il recommande des attaques contre les objectifs militaires et

⁸⁷ Par exemple pour l'Islam : Sourate VIII, verset 58, Hamed Sultan, *La conception islamique, in Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Institut Henri-Dunant, Pedone, UNESCO, Paris, 1986, pp. 47-60, ad 54.

⁸⁸ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, éd. A. Pedone, Institut Henri-Dunant, Genève, Paris, 1983, p. 14.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, éd., A. Pedone, Institut Henri-Dunant, Genève, Paris, 1983, p. 24.

privilégie le respect du principe d'humanité. En fait, le Coran défend l'intégrité de la personne humaine : interdiction des mutilations, de la torture, de tout traitement dégradant. C'est ainsi que l'interdiction de la perfidie est prononcée car (« *Dieu n'aime pas les traitres* »)⁹¹. C'est ainsi que qu'Abou BAKR, premier Calife de l'Islam, proclamait : « *Conduisez-vous comme des hommes, sans tourner le dos. Mais que le sang des femmes, celui des enfants et des vieillards ne souille jamais vos mains. Ne vous livrez pas à des actions perfides. Ne vous égarez pas du droit chemin. Ne mutilez jamais. Ne détruisez pas les palmiers, ne brûlez pas les habitations, le champs de blé...A mesure que vous avancerez vous rencontrerez des religieux qui vivent dans des monastères et qui servent Dieu dans la retraite. Laissez les seuls, ne les tuez point et ne détruisez pas leurs monastères* »⁹².

50. En Afrique, le déclenchement d'une guerre et sa conduite sont soumis à des règles, mais elle reste toutefois une affaire réservée aux notables, aux nobles. Enfin, c'est la classe dirigeante qui a le droit de combattre comme l'illustre ce proverbe africain : « *On ne prête pas la loyauté, on ne prête pas son fusil, on ne prête pas son droit de mourir pour sa terre* »⁹³. Réserver le domaine de la guerre exclusivement à une classe donnée n'est point spécifique au continent africain, car cette pratique existait déjà au Moyen Age, dans d'autres pays, hors du continent africain. Par contre, la protection du prisonnier n'est guère rassurante ; car en effet, il peut être employé aux travaux des champs, libéré contre rançon, ou intégrés dans la famille (exemple des Masai du Kenya). Au pire des cas, mis à mort selon la région dans laquelle le prisonnier vie sa captivité.

51. Enfin, le survol de l'Islam à travers les anciennes civilisations qu'offrent l'Asie et d'Europe, une conclusion s'impose : ces continents ont incontestablement contribué à la naissance et à l'essor du DIH. Toutefois, l'influence des religions sera déterminante pour la création du droit.

⁹¹ Soucrate VIII, verset 58, Hamed Sultan, *La conception islamique, in Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Institut Henri-Dunant, Paris, Pedone, UNESCO, 1986, p. 47-60, ad 54.

⁹² *Idem*, p. 57-58.

⁹³ Y. DIALLO, *Traditions africaines et droit humanitaire, similitudes et divergences*, CICR, Genève, 1976, p. 7.

52. Les temps modernes soufflent un vent nouveau sur le plan juridique. En effet, la formation des Etats modernes et le déclin inéluctable de l'autorité pontificale inspirent une nouvelle approche du droit des gens qui se convertit en *jus inter gentes* où les structures politiques remplacent l'individu comme sujet de droit.

Ainsi estimait GROTIUS, le droit n'est plus l'expression de la justice divine comme le pensait Saint Thomas D'ACQUIN, mais une détermination de la raison humaine. Par conséquent, le droit ne précède pas l'action, il en découle. Ceci étant, le destin du droit des gens n'est plus dépendant de la volonté divine, mais de celle de la nation et donc de l'Etat. Enfin, seul le droit international est en mesure de garantir le respect de la personne. C'est sur la base de la protection humaine que GROTIUS considère que, la « guerre juste » ne saurait justifier la violation des obligations en matière de droit de guerre incombant aux combattants en particulier et aux parties belligérantes en général. De même, il est primordial d'épargner les civils et les combattants dès lors que les exigences militaires sont favorables.

53. Le XVIII^e siècle sera marqué par la conclusion en 1785 du « Traité d'amitié et de paix » par Frédéric Le GRAND et Benjamin FRANKLIN. Il ressort de ce traité la protection de civils, l'application de l'équité en matière de traitement (nutrition et logement) entre prisonniers capturés et soldats de la puissance détentrice. On pouvait alors parler d'une avancée remarquable en matière d' « humanisation de la guerre ». Un véritable droit coutumier est ainsi créé.

54. Cette avancée sera renforcée grâce aux penseurs du siècle des Lumières au premier rang desquels figure Jean Jacques ROUSSEAU. Dans son œuvre intitulée *Contrat social* apparue en 1762, l'auteur écrit : « *La guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni comme citoyens, mais comme soldats (...). La fin de la guerre étant la destruction de l'Etat, on a le droit d'en tuer les défenseurs tant qu'ils ont les armes à la main ; mais sitôt qu'ils les posent et se rendent, cessant d'être ennemis ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes, et l'on n'a plus de droit sur leur vie* »⁹⁴.

⁹⁴ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, éd., A. Pedone, Institut Henri-Dunant, Genève, Paris, 1983, p. 31.

55. Paradoxalement à ce qui vient d'être précédemment mentionné, certains auteurs ne s'abstiennent pas de s'interroger sur la capacité qu'aura le droit à restreindre l'usage de la violence dans le cadre d'un conflit armé visant à régler un différend par la force et la violence ?

56. Ce paradoxe fut souligné par le philosophe allemand, Emmanuel KANT, lorsqu'il s'interrogeait, « *Comment prescrire des lois à un état d'indépendance qui n'en connaît point ?* »⁹⁵. A travers cette interrogation, l'auteur allemand semble conclure qu'aucunes nouvelles lois aussi pertinentes soient-elles, ne parviendront à mettre fin au cycle infernal de la guerre. Or, l'objectif principal de la prescription de nouvelles lois n'est absolument pas d'éradiquer totalement la guerre, mais de l'encadrer pour ne pas qu'elle devienne incontrôlable, accompagnée par son cortège d'horreurs aux conséquences catastrophiques en vies humaines⁹⁶.

57. L'incompatibilité entre le droit et la guerre rend toute interrogation à ce sujet totalement légitime. Cette première fut largement commentée par le Sir John FISHER, Premier Lord de l'Amirauté britannique, à l'occasion de la Conférence de La Haye en 1907, au cours de laquelle il déclarait : « *Humaniser la guerre, c'est comme si on voulait humaniser l'enfer* »⁹⁷.

En proclamant l'égalité de tous les hommes, SENEQUE et CICERON affirmaient communément que la guerre ne se dissociait pas du droit, mais ils récusaient la conception hobbesienne selon laquelle « *homo homini lupus* » (« L'homme est un loup pour l'homme, ou l'homme est le pire ennemi de son semblable, ou de sa propre espèce »). Ils considèrent en revanche que « *homo homini res sacra* » (« L'homme est une chose sacrée pour l'homme »)⁹⁸.

58. La violence masque toujours un corpus juridique composé de droits et devoirs. C'est dans ce sens que se dirigent les écrits de Jean PICTET : « *Le droit de la*

⁹⁵ *Idem*, p. 96.

⁹⁶ B. LACINA, N. P. GLEDITSCH, « Monitoring Trends in Global Combat : A New Dataset of Battle Deaths », *EJP*, 2005, n°21, p. 162.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ SENEQUE, *Lettres à Lucilius*, XCV, 33.

*guerre est le produit à la fois de la raison et des sentiments profonds d'humanité ; il doit être respecté par tous les hommes en tout temps (...) »*⁹⁹. Il serait néanmoins inapproprié d'utiliser l'expression « humaniser la guerre », car l'humaniser reviendrait à l'admettre, à la justifier, et à normaliser ses effets. Cela aller à l'encontre de l'esprit de la Charte des NU qui préconise de mettre la guerre hors la loi, « *Les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force...* »¹⁰⁰. En plus, elle incite à ses membres de régler « *[...] leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger* »¹⁰¹. Par contre, les expressions telles que « limiter les maux de la guerre », et ou « atténuer les effets des hostilités » semblent être appropriées et admissibles.

59. Ce corpus juridique représente une cloison étanche qui empêche l'individu à replonger dans la barbarie la plus extrême, c'est-à-dire dans cet état de nature que décrit Thomas HOBBS. Dans cette réalité, l'individu est donc rescapé de l'emprise de son obscurantisme qui le prive de l'humanité.

Comme le disait aisément Max HUBER, « *Du point de vue strictement juridique, un véritable droit de l'humanité s'est créé en vertu duquel la personne humaine, son intégrité, sa dignité, sont défendues au nom d'un principe moral qui s'élève bien au-delà des limites du droit national et de la politique* »¹⁰². Cette ligne tracée par Max HUBER rejoint la conviction de Marc AURELE dont la vision était largement en avance sur son temps : « *Ce qui est conforme à la nature d'un homme, voilà ce qui est bon et utile pour lui [...] Pour moi, en ma qualité d'Empereur, Rome est ma ville et ma patrie ; en ma qualité d'humain, j'ai le monde pour patrie. Ce qui est bon pour ces deux sociétés peut seul être bon pour moi* »¹⁰³.

On peut en déduire à travers la pensée de Marc AURELE la projection vers l'établissement d'un corpus juridique voué à la protection de l'humanité à dimension internationale.

⁹⁹ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, éd. A. Pedone, Institut Henri-Dunant, Paris, 1983, p. 97.

¹⁰⁰ Art. 2 al. 4 de la Charte des Nations Unies.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² M. HUBER, « Le droit des gens et l'humanité », *CICR*, août 1952, pp. 646-669, ad 666.

¹⁰³ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, éd. A. Pedone, Institut Henri-Dunant, Genève, Paris, 1983, p. 18.

60. La nécessité ressentie de disposer d'un ordre juridique conventionnel à vocation universelle a été rendue possible grâce à l'impulsion du CICR qui débouchera en 1864 à l'adoption des CG. L'action de la CICR va permettre aux règles humanitaires issues du fond des âges et aux principes chrétiens à transcender ces origines en leurs accordant une portée internationale. Le développement de ces principes a fini par donner naissance au DIH. C'est grâce à Henri DUNANT du CICR que, le DIH moderne prend son envol. Il se dote d'une règle capitale visant à protéger des hommes hors de combat sur le champ de bataille. Au fil du temps, son rayon d'action s'étend pour protéger des nouvelles victimes de la guerre et, restreindre les moyens et les méthodes de guerre.

61. Un droit qui se veut neutre et s'engage à respecter des religions et les opinions de chacun.

D'où l'importance de le connaître, mais aussi de le respecter et de le faire respecter. C'est une question fondamentale pour la survie des combattants comme pour celle des non-combattants au cours des conflits armés.

Le DIH est donc une partie du droit international public (DIP) composé essentiellement des « *règles internationales d'origine conventionnelle ou coutumière, qui sont spécialement destinées à régler les problèmes humanitaires découlant directement des conflits armés, internationaux ou non internationaux, et qui restreignent, pour des raisons humanitaires, le droit des parties au conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix ou protègent les personnes et les biens affectés, ou pouvant être affectés, par le conflit* »¹⁰⁴. Cette définition du DIH est assez compréhensible, car elle montre clairement l'adéquation entre les signes distinctifs marquant sa présence lors des conflits armés et l'action qu'il mène afin de secourir les victimes de ces derniers.

62. Lorsque les belligérants ne font pas la distinction entre population civile et objectif militaire, la terreur s'installe et nourrit le cycle infernal de représailles. Les populations civiles qui ne participent pas directement aux hostilités doivent être protégées contre l'engagement hostile des combattants. Elles ne peuvent en aucun cas

¹⁰⁴ Cette définition avait été adoptée par le CICR en 1981. Le but principal était de mettre l'accent sur les deux concepts fondamentaux du droit international humanitaire : d'une part, l'objectif primordial de protéger toutes les victimes des conflits armés ; d'autre part, le but tout aussi essentiel de réglementer la conduite des hostilités.

être prises pour cible ; car le non-respect de cette règle fondamentale entraîne très souvent les victimes civiles sur le chemin de l'exode. Un chemin lourd d'incertitude et de souffrance. Protéger des blessés ou malades qu'ils soient civils ou militaires, ennemis ou alliés est une obligation des belligérants. Ainsi rappelle Henri DURANT, « *Un soldat blessé est un homme hors de combat* ».

63. Rappelons en effet, que le signe distinctif de la Croix-Rouge sur fond blanc adopté en 1863 et 1864 correspond à l'inversion des couleurs du drapeau suisse. D'autres signes de couleur rouge ont été adoptés : il s'agit notamment du Croissant et du bouclier de David et du Cristal. Encore faut-il que les secouristes, leurs moyens de transports et les hôpitaux soient respectés. Les emblèmes distinctifs de la Croix rouge, du Croissant rouge et plus récemment du Cristal rouge exigent et garantissent la protection de l'exercice de la mission médicale et la sécurité des humanitaires. Une sécurité qui demeure malheureusement précaire.

64. La protection des détenus est au cœur des CG. Les combattants capturés et les civils sans le contrôle de la partie adverse ont droit au respect de leur vie et de leur dignité. Ils doivent être protégés contre tout acte de violence et de représailles à commencer par la torture. Ils ont le droit d'échanger de nouvelles avec leur famille respective et de bénéficier des garanties judiciaires fondamentales.

65. La guerre ne permet pas tout. La DIH interdit l'emploi d'armes aux effets indiscriminés et causant des souffrances excessives. Après une longue mobilisation, les mines antipersonnel dont les effets à retardement sur les civils sont dévastateurs, ont été finalement été mises hors d'usage par le traité d'Ottawa en 1977. Aujourd'hui, ce sont des armes à sous minutes qui sont au cœur de débats même si leur interdiction progresse, on peut craindre que demain de nouvelles armes encore plus sournoises n'apparaissent et que le DIH soit à nouveau sollicité pour réguler ou combattre leur utilisation.

C'est dans ce souci permanent d'éviter d'infliger des souffrances inutiles que le Processus d'Oslo initié par la Norvège aboutira à l'adoption de la Convention sur les armes à sous-minutions, le 30 mai 2008. L'adoption d'un traité interdisant l'utilisation de telles armes qui cause *a priori* des « souffrances inacceptables » aux populations

civiles est sans aucun doute une avancée pour le DIH. Ainsi, parvenir à un instrument international juridiquement contraignant interdisant les armes à sous-minutions dont la dangerosité sur les civils n'est plus à démontrer, renforcerait de toute évidence la protection déjà existante du DIH.

66. En effet, derrière les expressions telles que frappes chirurgicales ou dommages collatéraux peuvent se cacher de graves violations du DIH. Les belligérants doivent prendre toutes les précautions afin de limiter leurs attaques aux seuls objectifs militaires et renoncer aux attaques pouvant entraîner incidemment des pertes civiles démesurées.

67. Les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution sont essentiels, mais malheureusement pas toujours respectés.

68. Ratifiées par l'ensemble des Etats de la planète, les CG de 1949 sont régulièrement applicables lors des conflits armés internationaux (CAI). Elles sont complétées par deux Protocoles additionnels (PA) du 8 juin 1977. Contrairement aux quatre CG, les PA ne bénéficient pas encore de la reconnaissance universelle. Toutefois, l'ensemble de ces traités constitue une pertinence évidente et précise pour les CAI.

69. Cependant, la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 qui pose des jalons de la Convention de La Haye de 1899 a permis la juxtaposition de ce droit de La Haye auprès de celui de Genève. Cette première qui vise à limiter les moyens et méthodes de combat, fait partie intégrante du DIH coutumier. Ces deux droits furent fusionnés en 1977 lors de l'adoption d'une section du PA I consacrée aux moyens et méthodes de guerre.

Le premier Règlement sur les lois et coutumes de guerre fut renforcé par la Clause de Martens qui prévoit que « *dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées [...] les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire 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* ». L'objectif principal de l'adoption de cette Clause en 1899 était de parvenir à combler

d'éventuelles difficultés du droit conventionnel relatives à la protection des civils, car elle fait partie du DIH coutumier.

70. En effet, cette Clause contraint les Etats à se référer aux principes de l'humanité et à leurs exigences « *chaque fois qu'une règle du droit international humanitaire manque de rigueur ou de précision. Dans ces cas-là, le champ et l'objectif de la règle doivent être définis par rapport à ces principes et exigences* », a affirmé le Tribunal pénal international pour ex Yougoslavie (TPIY), le 14 janvier 2000 à propos de l'*Affaire Kupreskic et consorts*. Dès lors que, les principes d'humanité constituent une référence universelle ; ils s'imposent à tous, indépendamment de l'adhésion ou non aux traités de Genève.

71. Dans son avis consultatif datant du 8 juillet 1997 portant sur la *licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ faisait référence, elle aussi, à la Clause de Martens. Avant l'adoption de cet avis, elle avait montré l'existence d'un droit positif dépendant de la volonté de l'Etat qui s'harmonise avec le droit naturel, s'imposant ainsi à l'Etat et ayant une portée universelle.

72. En 1945, le Tribunal de Nüremberg s'était également référé à travers son Jugement au droit naturel en démontrant son importance « *en tant que fondement du droit du XX^e siècle* ». Lorsque le DIH renvoie à la Clause de Martens, il fait la démonstration selon laquelle « *le droit des conflits n'offre pas seulement un code de droit positif, mais aussi un code moral* ». Le lien entre le droit positif et le droit naturel est ainsi renforcé grâce à la pertinence de cette Clause.

73. Mais, au lendemain des attaques du 11 septembre, le contexte international s'est polarisé dangereusement et a généré de multiples tensions. En effet, l'essor de réseaux terroristes est parvenu par déstabiliser de nombreuses régions.

Dans ce contexte particulier, les règles du DIH devaient s'appliquer à cette nouvelle situation de conflit armé et tenter de répondre aux défis actuels¹⁰⁵. Dans cette conflictualité, le DIH est de moins en moins respecté lorsqu'il n'est pas bafoué ; ou tout

¹⁰⁵ A. BIAD, P. TAVERNIER, *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruylant, Coll. du CREDHO, Bruxelles, 2012, p. 2.

simplement ignoré par certains dirigeants ou chef de guerre. Dans ce cas de figure, il est important de responsabiliser toutes les forces armées engagées dans un conflit, c'est-à-dire les Etats et les acteurs non étatiques¹⁰⁶. L'application du DIH aux matières en rapport avec ces derniers s'inscrit dans le contexte global de l'effritement de la place de l'Etat en tant que garant du monopole de la violence légitime¹⁰⁷. Dit autrement, le monopole de l'usage de la violence physique exclusivement réservé à l'Etat est à l'époque actuelle largement contesté tant dans son propre territoire comme dans les rapports avec d'autres Etats¹⁰⁸. Dans le droit fil de ce qui précède, Samantha BESSON considère à ce sujet que : « *Le pouvoir de la communauté internationale s'est vu renforcé depuis quelque temps déjà au détriment de celui des Etats [...]* »¹⁰⁹. Ce déclin de l'Etat est également souligné par Mohammed BEDJAOUI, « *[l]'Etat, jadis sujet exclusif du droit international et acteur unique de l'ordre interne, est contesté dans ce double rôle. Le destinataire final de la norme de droit international n'est pas l'Etat mais l'individu* »¹¹⁰. Quoi qu'il en soit, l'Etat conservera sa place en droit international mais les individus pris collectivement en tant qu'organes ou membres de l'Etat, ou encore individuellement resteront de toute évidence des sujets de droit international¹¹¹.

En tout état de cause, les règles du DIH sont valables pour tous les conflits sans exception, car la guerre n'est plus un monopole des Etats. Elle implique souvent les rebelles, des insurgés, et d'autres groupes armés non étatiques, ou encore des

¹⁰⁶ Z. DABONE, *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, LGDJ, Schulthess éd. Romandes, Coll. Genevoise, Genève, p. 11.

¹⁰⁷ Le « supra étatisme » est parfois présenté comme la solution aux problèmes qui surgissent dans la scène internationale. Sur la question du déclin du droit international classique lors d'un colloque, P. LAMY propose : « Il faut accepter simplement-accepter de bon cœur, si je puis dire-de passer au niveau supra étatique. Toutes les solutions dont vous avez discuté [...] se situent dans une espèce d'horizontalité étatique, [...] je pense qu'il faut donner à vos débats une dimension plus verticale, une dimension supra étatique par la création d'institutions supra étatiques à vocation régionale ou autre [...], P. LAMY, « Le déclin du droit international classique ? », in H. GHERARI, S. SZUREK (sous la direction), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, Paris, 2003, p. 340.

¹⁰⁸ P. AEPLI, « De l'Etat-nation à l'Etat-mafieux : les avatars de la menace », in *Guerre, armées et sociétés, Actes du Symposium*, Centre d'histoire et perspective militaires, Pully (Suisse), 1998, p. 29.

¹⁰⁹ S. BESSON, « Post-souveraineté ou simple changement de paradigmes ? Variations sur un concept essentiellement contestable », in T. BALMELLI, A. BORGHI, P.-A. HILDBRAND (éditeurs), *La souveraineté au XXI^e siècle*, Editions interuniversitaires suisses, Fribourg, 2003, p. 9.

¹¹⁰ M. BEDJAOUI, « Le droit humanitaire à l'ère des ruptures des consensus nationaux et internationaux », in *La guerre aujourd'hui, défi humanitaire, Rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Bernard-Levrault, Genève, 1986, p. 68. V. aussi, C. OLIVIER, « Les organisations non gouvernementales et la répression pénale internationale », in *Les organisations internationales des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 123.

¹¹¹ H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *RCADI*, tome 84, 1953, p. 85.

Entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) dont le manque de responsabilisation est un sérieux obstacle à l'application du DIH¹¹².

74. En outre, le noyau dur des CG est toujours applicable et pertinent même au lendemain des attentats du 11 septembre. En ce sens qu'il se loge en son sein des règles protectrices qui prennent en compte toutes les dimensions y compris lorsqu'on est confronté à des entités non étatiques. Parmi lesquelles se trouvent des réseaux terroristes dont les « combattants » sont des terroristes prêts à poser des actes de terrorisme¹¹³.

75. En effet, la complexité conceptuelle du terrorisme contraint dans une certaine mesure à la nécessité d'aboutir à une définition universelle. La désignation de l'ennemi comme « terroriste » devenue une arme politique redoutable, l'absence d'une définition universelle du terrorisme ne peut que renforcer cette tendance. Seule une définition universelle du terrorisme parviendra à limiter son utilisation à des fins politiques.

Pour Johann SOUFI, il faudra procéder à l'adaptation du droit à la « mondialisation » du terrorisme¹¹⁴. Car le terrorisme s'inscrit dorénavant dans une perspective visant à annihiler de manière aveugle tout ce qu'il considère comme cible : c'est la vie contre la vie pour paraphraser Jürgen HABERMAS¹¹⁵.

76. Quelques années auparavant, le CS des NU avait déjà emboité le pas dans ce sens en estimant que : « *Le terrorisme ne peut être vaincu, conformément à la Charte des Nations Unies et au droit international, que grâce à une démarche suivie et globale fondée sur la participation et la collaboration actives de tous les Etats et de toutes les organisations internationales et régionales, et grâce à un redoublement des efforts au niveau national* »¹¹⁶. En d'autres termes, la concrétisation de ce souhait universel reste sans aucun doute dépendante du concert des Etats. Dit autrement, Le cadre juridique

¹¹² E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 4^e éd., Bruxelles, 2008, 221.

¹¹³ G. H. ALDRIH, « Individuals as subjects of international humanitarian law » in J. MAKARCZYK (éd.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, pp. 851-858.

¹¹⁴ J. SOUFI, *Vers une définition universelle du terrorisme ?* Ed. Universitaires européennes, Paris, 2015, p. 14.

¹¹⁵ J. HABERMAS, « Qu'est-ce que le terrorisme ? », *Le Monde diplomatique*, fév. 2004, p. 17.

¹¹⁶ Selon les termes de la résolution 1456 (2003) du CS des NU.

international en matière de terrorisme laisse entrevoir des difficultés réelles relatives à l'incapacité de la Communauté internationale à donner une explication précise de ce qu'on entend par « terrorisme ». Toutefois, « *Les Nations Unies sont le cadre naturel de toute forme de coopération internationale à grande échelle* »¹¹⁷. Il découle de cette capacité, qu'elles jouent un rôle primordial dans la mise en œuvre d'un cadre global de lutte contre le terrorisme.

77. Notre incapacité à aboutir à une définition coutumière de cette notion résume sans ambiguïté l'existence de ces difficultés pratiques auxquelles les Etats sont souvent confrontés dans la mise en place des politiques visant à lutter contre le terrorisme, « *Il existe des informations précises et concordantes selon lesquelles un grand nombre de peines de mort auraient été prononcées et exécutées à l'issue de procès iniques au cours desquels les accusés ont été condamnés sur la base d'éléments de preuve obtenus à travers des aveux extorqués sous la torture* »¹¹⁸. Pour ce faire, ils s'engouffrent à leur guise dans ce « flou juridique » au risque même de plonger dans des dérives liberticides en luttant contre le terrorisme, « *La lutte contre le terrorisme a pour but de protéger les droits humains fondamentaux et la démocratie, non de les saper* »¹¹⁹. Et ce, au mépris des obligations que leur impose le DIH.

78. Face à cette tendance dangereuse, la recherche d'une définition universelle du terrorisme doit être un objectif constant pour la Communauté internationale.

79. Certes, toute tentative relative à la conceptualisation du terrorisme demeure complexe et juridiquement quasi indéfinissable aujourd'hui. Cette complexité de la notion de « terrorisme » a plutôt ouvert la voie que de la fermer à toute tentative visant à définir cette « notion » enrichie par l'horreur et la terreur qu'est le « terrorisme ».

On peut alors s'interroger si cette difficulté résulterait de l'origine lointaine du terrorisme ?

¹¹⁷ Rapport d'information n°1716 du 6 juillet 2004 déposé par la Commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la coopération internationale pour lutter contre le terrorisme, p. 14.

¹¹⁸ Observations finales du Comité des Droits de l'Homme, République Arabe Syrienne, doc. ONU, CCPR/CO/71/SYR, § 8.

¹¹⁹ Communiqué de presse des Nations Unies, « *Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe appelle à la prudence dans l'adoption de lois antiterrorisme* », du 14 novembre 2001.

80. En effet, l'histoire de l'humanité est jonchée de scènes d'horreur et de terreur¹²⁰. C'est dans ce sens que Maximilien ROBESPIERRE déclarait : « *Il faut étouffer les ennemis intérieurs et extérieurs de la République ou périr avec elle. Or, dans cette situation, la première maxime de votre politique doit être qu'on conduit le peuple par la raison et les ennemis du peuple par la terreur. Si le ressort du gouvernement populaire dans la paix est la vertu, le ressort du gouvernement populaire en révolution est à la fois la vertu et la terreur ; la vertu sans laquelle la terreur est funeste ; la terreur sans laquelle la vertu est impuissante* »¹²¹. Elle s'écrit au fil des jours à travers des épisodes de violence quelques fois spectaculaires. Par conséquent, force est de reconnaître que, l'omniprésence de la violence empoisonne l'existence humaine sans relâche. Parmi ces sources de violence, figure le « terrorisme » que l'on connaît désormais très bien, même si sa définition demeure au centre de nos divergences.

81. La répétition quotidienne de notre rhétorique ne cesse de nous rappeler que le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau¹²². Le fait qu'il ne le soit pas serait normalement un avantage pour tous de l'appréhender. Malheureusement, une

¹²⁰ G. CHALIAND, A. BLIN, *Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al-Qaïda*, Bayard, Paris, 2004, p. 9.

¹²¹ Maximilien de ROBESPIERRE, *Discours à la Convention* du 5 février 1794.

¹²² Il a fait son apparition en langue française pour la première fois en 1355 par le moine BERSUIRE, elle tire son origine du latin *terror* qui signifiait « peur » ou « anxiété » extrême provoquée le plus souvent par une menace vaguement perçue, peu familière et largement imprévisible. Le dictionnaire de l'académie française l'a définie comme une « *émotion profonde causée dans l'âme par la présence, l'annonce ou la peinture d'un grand péril* ». La terreur peut également résulter de l'action humaine, mais aussi de l'emprunte des causes naturelles (tremblements de terre, éruptions volcaniques, tsunamis [...]). Ce n'est qu'à la fin du XVIII^{ème} siècle avec la Révolution française que la notion de « terreur » prend un sens nouveau¹²². Ainsi, pour faire face à la menace extérieure et intérieure que la Convention nationale proclame en effet, le 30 août 1793 la « terreur » et adopte à ce titre un ensemble de mesures d'exception. Ces mesures d'exception ont valu la justification de la part du « courrier de l'égalité » en soulignant que la « terreur causée par la guillotine » était une nécessité pour la « consolidation de la Révolution ». La terreur était en effet, devenue une « méthode de gouvernement ». Il était devenu, par conséquent, une « violence légitime » du pouvoir politique exercée au-delà de la révolution par le Comité du salut public sous l'autorité de ROBESPIERRE. Il fallait attendre la fin du XIX^{ème} pour que le mot « terreur » prenne un deuxième sens nouveau. Cela intervient précisément lors des attentats perpétrés en Russie en 1880 par les nihilistes puis dans l'ensemble de l'Europe dans les années 1890 par les anarchistes. C'est justement à la fin de ces faits historiques que les deux acceptions, « terrorisme » et « terreur ou terrorisme d'Etat » sont devenues courantes à partir de la période allant de 1918 à 1945 (Première et Deuxième Guerre mondiales).

évidence semble s'imposée en ce sens que le terrorisme reste un phénomène complexe et très difficile à cerner¹²³.

On constate en effet que depuis les attentats du 11 septembre, on assiste à la montée en puissance de *Deach* (communément appelé « Etat islamique d'Irak et au Levant »), ou encore de la secte Boko Haram qui sévit au Nigéria ainsi que dans certains pays frontaliers à celui-ci.

Cette montée en puissance de la violence a vraisemblablement atteint son paroxysme au point d'amener certains auteurs à employer le vocal d'« Hyper terrorisme »¹²⁴. De par des méthodes qu'il emploie, le « terrorisme » représente l'une des formes de violence les plus anciennes et redoutées au monde. Il constitue de ce fait, l'un des phénomènes capables de déstabiliser considérablement la stabilité et la sécurité internationales depuis plus d'un siècle¹²⁵. En effet, les formes qu'il prend justifient le fait qu'il ne soit pas né avec la société contemporaine¹²⁶. Pour s'en rendre compte de cette réalité, il suffit de se projeter dans son passé afin de comprendre que son objet vise étymologiquement à « semer la terreur » pour reprendre harmonieusement l'expression employée par B. STERN¹²⁷.

82. De ce point de vue, le « terrorisme » est donc indissociable à la violence et à la terreur et s'y inscrit. Car en effet, il ne présente pas de caractéristiques particulières capables de le soustraire du cycle de la violence et de la terreur. C'est d'ailleurs ce qui fait que toute réflexion fondée sur cette notion, débouche généralement sur la violence ou la terreur en général. Ceci dit, le « terrorisme » s'est révélé comme étant le principal vecteur capable de déclencher et de bouleverser le cours de notre histoire ancienne et récente.

¹²³ Au lendemain du 11 septembre B. STERN évoquait un droit incantatoire avant les évènements, inutilisé ou inadapté face aux évènements, bref « désemparé ». Voir en effet à ce sujet, B. STERN dans son Rapport introductif au colloque organisé par le CEDIN de Paris 1, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, 2002, pp. 3-32, spéc. p. 13 et s.

¹²⁴ F. HEIGSBOURG, *Hyper terrorisme : la nouvelle guerre*, Odile Jacob, Paris, 2003.

Voir aussi, Habib GHERARI, *Relations internationales*, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence/Montchrestien, Paris, 2010, p. 133.

¹²⁵ V. B. HOFFMAN, *La mécanique terroriste*, Calmann-Lévy, Paris, 1999, p. 26.

¹²⁶ R. SCHMELCK, G. PCCA, *L'Etat face au terrorisme*, Pouvoir, Paris, 1979, p. 53.

¹²⁷ V. B. STERN dans Rapport introductif, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 » de l'ouvrage, *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, 2002, p. 7.

83. En effet, parue en 1794, la notion de « terrorisme » fut vigoureusement employée sous le coup de l'émotion suscitée par l'assassinat du roi Alexandre de Yougoslavie en 1937¹²⁸. Son apparition dans le *Vocabulaire juridique du droit international* qu'il fut codifié pour la première fois par la *Commission pour la prévention et la répression du terrorisme*, adoptée par la Société des Nations (SDN) le 6 novembre 1937 comme des « faits criminels dirigés contre un Etat et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public ». Les art. 2 et 3 du Traité incriminaient des actes spécifiques ou des modalités de participation, voire de complicité à ces actes. Par conséquent, la définition générale comme les incriminations spécifiques ont fait l'objet de sévères critiques¹²⁹. Cela étant, cette définition en apparence modeste et pertinente en raison du contexte de l'époque, n'a pas été consacrée en droit positif car cette Convention n'est jamais entrée en vigueur.

84. L'échec de la première tentative visant à définir le « terrorisme » tentée par la *Commission pour la prévention et la répression du terrorisme* sous les auspices de la SDN aura permis aux Etats de prendre le relais en se livrant à toute tentative pouvant aboutir à une définition universellement acceptable. Nombreux d'entre-eux se remettent au pouvoir du législateur afin de parvenir à une définition capable d'être incorporée au droit pénal.

C'est ainsi que la France parvient aux qualificatifs de : meurtre, assassinat ou de coups et blessures tout acte ayant un caractère terroriste. C'est dans cette optique que la loi française du 9 septembre 1986 considère comme actes de terrorisme tout acte intentionnel en « relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur [...]»¹³⁰.

Selon le chercheur Julien FRAGON, l'originalité de cette définition juridique française issue de l'art. 421-1 du nouveau Code pénal réside dans l'intégration de «

¹²⁸ V. G. GUILLAUME dans sa préface de l'ouvrage, *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, Cahiers internationaux n° 17, Paris, 2002, p. 4.

¹²⁹ *Annuaire de la Commission du Droit international*, 1985, vol. II, 1^{er} partie, doc. A/CN. 4/SER. A/ 1985/ Add 1 (Part. 1), § 138 à 148.

¹³⁰ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, *journal officiel de la République française*, 10 septembre 1986, p. 10956.

notions d'opinion publique et de la peur »¹³¹. En revanche, il serait insuffisant dans une perspective analytique d'accorder à cette définition, aussi pertinente soit-elle, une portée internationale capable d'être exploitée, le cas échéant, en droit international en raison de la spécificité de la notion d'« ordre public » en droit français. Il est important de reconnaître l'efficacité de cette définition comme moyen juridique imparable dans la lutte menée auparavant contre Action directe.

85. Le législateur allemand quant à lui, se contente d'infliger des peines de prison très lourdes atteignant dix ans à toute constitution d'association ayant pour but de perpétrer diverses infractions pouvant causer la mort ou permettant la prise d'otages¹³². La référence à l'association fait penser automatiquement à ce que le droit français qualifie d'« association de malfaiteurs » ou à ce que les Américains qualifieraient de « *conspiracy* ». La démarche répressive allemande visait principalement la Fraction armée rouge qui devait sa triste célébrité à ses actions terroristes.

86. Dans cette même lancée, le législateur anglais dans sa confrontation avec l'IRA, a été amené à le définir le « terrorisme » comme étant l'« *usage de la violence à des fins politiques, y compris tout usage de la violence dans le but de créer la peur dans le public ou partie du public* »¹³³. Cependant, on ne s'empêcherait de penser que cette définition, non seulement qu'elle soit adaptée au contexte politique de l'époque, mais elle ne fait aucunement mention d'autres finalités que pourront envisager les terroristes. C'est justement ce manquement qui l'écarterait d'être appliquée dans une proportion plus large en droit international.

87. Pour le législateur américain, se livrer à des activités terroristes, c'est tout simplement : « *Organiser, encourager ou participer à tout acte de violence gratuit ou*

¹³¹ J. FRAGNON, « Médias et politique face au terrorisme : la nécessité d'une régulation », <http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/terrorisme/terrorisme4.htm>

¹³² V. Section 129 a) du Code pénal de la République fédéral d'Allemagne.

¹³³ V. Section 14 de la loi de 1976 reprise dans la loi de 1984, le terrorisme consiste en : « The use of violence for political ends and includes any use of violence for the purpose of putting the public or any section of the public in fear. » Pour des besoins d'interprétation de ces termes, voir le jugement de la Chambre des Lords sur l'application d'une loi de 1978 rédigée de manière identique dans l'affaire *Mc Kee v. chief Constable of Northern Ireland*, all England Law Reports, vol. 1, pp. 3-4.

indiscriminé avec une indifférence extrême au risque en résultant de causer la mort ou des dommages corporels graves à des personnes ne prenant pas part à des hostilités armées »¹³⁴. Les protections garanties par cette formulation se rapprochent de l'un des principes du DIH, à savoir la protection des civils. Ce texte ne vise pas à protéger n'importe quel civil mais plutôt la protection des ressortissants américains se trouvant à l'étranger. Cependant, la lecture qu'offre le Code des Etats-Unis sur le terrorisme semble relativement différente en ce sens qu'elle souligne la motivation du terroriste en considérant le terrorisme comme étant l'ensemble d' « *actes de violences prémédités à motivation politique perpétrés contre des non-combattants par des groupes nationaux ou des agents clandestins, généralement dans le dessein d'influencer un public* »¹³⁵. Dans cette définition le Code des Etats-Unis ne mentionne pas les autres motivations qui animent le terroriste par exemple le volet religieux et économique etc. Ne pas prendre en compte d'autres motivations, ce Code affaiblit en quelque sorte la pertinence de sa propre définition.

88. La notion de terrorisme est difficile à définir, elle est aussi complexe que les actes de terrorisme eux-mêmes¹³⁶. Des différents instruments juridiques relatifs à la lutte contre le terrorisme aussi pertinents soient-ils, se contentent de s'attaquer au

¹³⁴ *Public Law 100-204* du 22 décembre 1987. Section 901: « The term « terrorist activity » means the organizing, abetting or participating in a wanton or indiscriminate act of violence with extreme indifference to the risk of causing death or serious bodily harm to individuals not taking part in armed hostilities. » (*International legal materials*, 1988, p. 719.).

¹³⁵ Titre 22, section 2656 f (d).

¹³⁶ V. G. GUILLAUME dans sa préface de l'ouvrage, *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, 2002, p. 4.

terrorisme sans pour autant cerner spécifiquement ses contours¹³⁷. Il est plus facile de la décrire que de la définir, c'est d'ailleurs ce que constate Gábor KARACS¹³⁸.

89. Cette difficulté est étroitement liée aux formes extrêmement diverses et spectaculaires que prend ce phénomène dans le temps et dans l'espace reconnaît très justement Gilbert GUILLAUME¹³⁹. Or, pour lutter efficacement contre le terrorisme, il semble nécessaire que la menace engendrée par celui-ci soit identifiée et qualifiée. Cette absence de qualification est d'autant plus amplifiée par le vocabulaire souvent entretenu par des hautes personnalités politiques lorsqu'ils emploient aisément l'expression dite de « guerre contre le terrorisme »¹⁴⁰. En tout état de cause, l'après 11 septembre n'a pas pu marquer une rupture à cette difficulté épatante.

90. Selon le dictionnaire *Trésor de la langue française*, la notion de « terrorisme » est circonscrite par deux acceptions principales.

91. *Primo*, celle qui remonte à la Révolution française de 1789. Le terrorisme est alors défini comme la « *politique de terreur pratiquée pendant la Révolution* ». Par extension à cette définition, le terrorisme signifie, l'« *emploi systématique par un pouvoir ou par un gouvernement de mesures d'exception et/ou de la violence pour atteindre un but politique* »¹⁴¹.

¹³⁷ Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord d'aéronefs, 14 septembre 1963 ; Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970 ; Convention de Montréal sur la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, du 23 septembre 1971, complétée le 24 février 1988 par un protocole relatif à certains actes de violence commis dans les aéroports ; Convention de Montréal sur le marquage des explosifs plastiques aux fins de détection, du 1^{er} mars 1991 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, du 14 décembre 1973 ; Convention contre la prise d'otages, du 17 décembre 1979 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, du 9 décembre 1994 ; Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosifs, du 15 décembre 1997 ; Convention pour la répression du financement du terrorisme, adoptée le 9 décembre 1999, entrée en vigueur le 10 avril 2002.

¹³⁸ G. KARACS, H. BRUNO (dir.), « Le terrorisme et l'Union européenne », in *Közpolitika*, Budapest, 2002, <http://karacs.com>

¹³⁹ V. G. GUILLAUME dans sa préface de l'ouvrage, *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, 2002, p. 3.

¹⁴⁰ F. HOLLANDE : « Le terrorisme, nous lui faisons la guerre », *Vœux au corps diplomatique*, 16 janvier 2015.

¹⁴¹ <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=835647495>

92. *Secondo*, celle qui consiste à considérer le terrorisme comme « *l'ensemble des actes de violence qu'une organisation politique exécute dans le but de désorganiser la société existante et de créer un climat d'insécurité tel que la prise du pouvoir soit possible* »¹⁴². Par analogie, elle renvoie à une attitude d'intolérance, d'intimidation dans le domaine culturel, intellectuel et/ou spirituel.

93. Les juristes du dictionnaire français définissent le terrorisme de façon quasi empirique. Cependant, lorsqu'on aborde celui-ci sous l'angle rationnel, il est très vite considéré comme un phénomène multiforme, complexe, et évolutif, qui logiquement dépasse le cadre d'une définition simple et concise. Il est donc possible de distinguer les éléments saillants d'un acte terroriste.

Ces deux acceptions retenues par le dictionnaire français s'appuient sur le caractère politique de l'action terroriste. La mise en avant de cette caractéristique a été également retenue par *Oxford English Dictionary* dans lequel le terrorisme est défini comme étant « *l'usage non officiel et prohibé de la violence et l'intimidation dans la poursuite de buts politiques* »¹⁴³. Il faut admettre que cette définition connaît quelques difficultés en ce sens qu'un acte de violence peut toujours être qualifié de terroriste sans pour autant qu'il soit prohibé par la loi. Selon le sociologue Raymond ARON, « *Une action violente est dénommée terroriste lorsque ses effets psychologiques sont hors de proportion avec ses résultats purement physiques* »¹⁴⁴.

94. Pour Henri DONNEDIEU DE VABRES, « *Le terrorisme est une organisation collective agissant par des moyens d'épouvante* »¹⁴⁵. Dans sa définition, ce juriste français exclut systématiquement l'hypothèse selon laquelle une seule personne est capable de perpétrer un acte de terrorisme de grande ampleur¹⁴⁶. Dans les pages de son dictionnaire intitulé, *Vocabulaire juridique*, Gérard CORNU, en définissant le terrorisme va dans le même sens qu'Henri DONNEDIEU DE VABRES, en estimant qu'il

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/terrorism>

¹⁴⁴ R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, éd. Calmann-Lévy, Paris, 1962.

¹⁴⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES, « Répression du terrorisme », Bayard, *RIDC*, n° 4, Paris, 1973, p. 23.

¹⁴⁶ Les attentats de Nice, du 14 juillet 2016, http://www.lemonde.fr/société/article/2016/07/15/attentat-de-nice-qui-sont-les-victimes_4970380_3224.html

serait « *l'ensemble d'actes de violence commis par une organisation politique pour renverser le gouvernement* »¹⁴⁷. Seul le caractère politique différencie les deux auteurs. L'approche défendue par Gérard CORNU n'est rien d'autre que la synthèse des deux acceptions développées par le dictionnaire, *Trésor de la langue française*. Il faudra rappeler que les actes de terrorismes ne sont pas toujours planifiés par des organisations politiques dont l'ultime finalité serait le renversement d'un gouvernement.

95. En se prêtant à cet exercice consacré à la définition du concept de terrorisme, Jean SALMON a dans les lignes de son ouvrage intitulé : *Vocabulaire du droit international public*, définit le terrorisme comme étant « *un fait illicite de violence grave commis par un individu ou un groupe d'individus, agissant à titre individuel ou avec l'approbation, l'encouragement, la tolérance ou le soutien d'un Etat, contre des personnes ou des biens dans la poursuite d'un objectif idéologique, et susceptible de mettre en danger la paix et la sécurité internationale* »¹⁴⁸. Cette définition a sans doute le mérite d'être pertinente. Mais il est tout même important de rappeler pour l'intérêt de cette étude que les terroristes n'agissent pas forcément à titre individuel, l'agissement pourrait être collectif¹⁴⁹. De même, leur passage à l'acte ne résulte pas toujours de l'approbation, de l'encouragement, de la tolérance, ou encore du soutien émanant de la volonté manifeste d'un Etat, pour ne pas employer le qualificatif « Etat-voyou ».

96. Enfin, il est souvent difficile dans ce contexte de pouvoir proposer une définition relative aux notions ayant une connotation politique en droit, c'est évidemment ce que l'on constate avec la notion de terrorisme. Après avoir analysé toutes ces définitions portant sur le terrorisme dont la pertinence ne fait aucun doute, force est de constater qu'elles ne sont pas pour autant exemptées de tout critique.

97. En s'appuyant sur de différentes définitions sur le terrorisme précédemment mentionnées, on peut cependant se permettre de le définir comme étant : *la perpétration intentionnelle d'actes de violence commis individuellement ou*

¹⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 7^{ème} éd., Paris, 1995, p. 117.

¹⁴⁸ J. SALMON, *Dictionnaire du droit international public*, Bruyant, Bruxelles, 2001, p. 1081.

¹⁴⁹ Exemple les attaques du 11 septembre 2001.

collectivement contre des cibles protégées par le droit national ou international, dans le but de porter atteinte à l'intégrité physique ou morale d'autrui; ou en causant des dégâts matériels susceptibles de semer la panique sur le territoire national ou étranger afin d'installer un climat de peur ou de terreur, en période de paix ou de guerre, pour des raisons politico-économiques ou socio-culturelles. Il semble évident que cette définition a le mérite de rivaliser avec les autres dès lors qu'elle recense presque l'ensemble d'éléments fondamentaux qui caractérisent le terrorisme dans sa globalité.

98. Quoi qu'il en soit, les différentes définitions du terrorisme ci-haut mentionnées qu'elles soient imprégnées simplement d'un caractère théorique, juridique ou politique ; elles conviennent toutes que le terrorisme est une forme de violence politique et de terreur. Mais certains auteurs récusent clairement cette approche du fait du risque d'amalgame qui plane entre terrorisme et l'usage de la violence.

Ce refus de réduire la notion de « terrorisme » à la seule notion de « violence » se trouve dans le questionnement d'Alain GRESH et Dominique VDAL, *« Un des premiers droits "naturels et imprescriptibles" proclamés par la Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme ne fut-il pas " la résistance à l'oppression" ? De ce point de vue, qui oserait—sans une considération de mauvaise foi—qualifier par exemple de terroriste, comme le faisaient l'occupant allemand et ses complices français, le combat armé de la Résistance française pendant la Seconde Guerre mondiale ? »*¹⁵⁰. L'approche avancée par ces deux auteurs fusionne parfaitement avec ce que disait Gracchus BABEUF en 1792, en légitimant les moyens utilisés par l'opprimé contre son oppresseur : *« [t]ous les moyens sont légitimes pour lutter contre les tyrans »*¹⁵¹. Autrement dit, cela peut être considéré comme l'expression de la sagesse populaire lorsqu'elle estime que la « la fin justifie les moyens ».

99. D'autres auteurs vont un peu plus loin lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la typologie de la notion de « terrorisme ». C'est le cas notamment du philosophe

¹⁵⁰ A. GRESH, D. VIDAL, *Les 100 clés du Proche-Orient*, Hachette, Coll. Pluriel, Paris, 2003, <http://www.monde-diplomatique.fr/livre/centcles/terrorisme>

¹⁵¹ B. STERN dans son Rapport introductif au Colloque organisé par le CEDIN de Paris 1, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, Cahiers internationaux n° 17, Paris, 2002, p. 7.

allemand, Jürgen HABERMAS. Selon lui, le terrorisme qui accompagne les mouvements de libération nationale qui a prospéré dans la seconde partie du XX^e siècle jusqu'aujourd'hui d'ailleurs mérite d'être légitimé.

Faut-il encore que la légitimité des objectifs poursuivis ne fasse sans doute pas l'unanimité, dès lors que l'on est face à des situations concrètes, qui sont diversement qualifiées en fonction du côté où l'on se situe¹⁵². Pour ce faire, il évoque la lutte d'indépendance des tchéchènes¹⁵³. Il va un peu plus loin encore pour établir « *la différence entre le terrorisme politique et le crime habituel [...] lors de certains changements de régime qui portent au pouvoir les terroristes d'hier et en font des représentants respectés de leur pays* ». Enfin, il conclut en amplifiant son raisonnement « *qu'il reste qu'une telle transformation politique ne peut être escomptée que pour des terroristes qui, d'une manière générale, poursuivent avec réalisme des buts politiques compréhensibles et qui, eu égard à leurs actes criminels, peuvent tirer de la nécessité dans laquelle ils étaient de sortir d'une situation d'injustice manifeste, une certaine légitimation* »¹⁵⁴.

C'est d'ailleurs ce que déclarait Ronald REAGAN devant le Congrès américain en 1985 : « *Nous devons reconnaître que le terrorisme est symptomatique de problèmes plus vastes [...] nous devons nous efforcer d'extirper les causes de frustration et de désespoir qui sont les lieux d'épanouissement et les aliments du terrorisme* »¹⁵⁵. Bref, le raisonnement de Jürgen HABERMAS devient plus intéressant lorsqu'on saisit son refus d'admettre une quelconque justification du « *contexte qui permettrait de faire un jour*

¹⁵² Citons par exemple la déclaration du Représentant permanent de Cuba, à la séance du Conseil de sécurité du 12 septembre, indiquant qu'il condamnait avec la plus grande énergie les actes terroristes tout en faisant savoir qu'il considérait que pouvait ainsi être qualifiées les actes des Etats-Unis à l'égard de Cuba, depuis l'avènement du castrisme : « *La position de Cuba à l'encontre de tout acte terroriste est bien connue. Il est impossible d'oublier que notre peuple a été victime pendant plus de 40 ans de tels actes, organisés à partir du territoire même des Etats-Unis* », Doc. ONU, S/2001/864, p. 5.

¹⁵³ J. HABERMAS, « Qu'est-ce que le terrorisme », in *Le Monde diplomatique*, février 2004, p. 17, <http://www.monde-diplomatique.fr/2004/02/HABERMAS/11007>. On peut éventuellement évoquer la lutte contre les tyrans, lutte contre l'occupation étrangère : le cas notamment de l'occupation de l'Irak par l'armée américaine au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, lutte contre les systèmes socio-politiques inacceptables, tels que les régimes d'apartheid. Force est de constater qu'il y a là quelques objectifs qui peuvent sembler légitimes.

¹⁵⁴ J. HABERMAS, « Qu'est-ce que le terrorisme », in *Le Monde diplomatique*, février 2004, p. 17, <http://www.monde-diplomatique.fr/2004/02/HABERMAS/11007>

¹⁵⁵ R. REAGAN, dans un message au Congrès du 26 avril 1984, cité par G. SOULIER dans « Comment combattre le terrorisme ? », publié initialement dans *Le Monde diplomatique* en 1986, repris—sans une ride—dans "11 septembre 2001. Ondes de choc", *Manière de voir, Le Monde diplomatique*, novembre-décembre 2001, p. 42.

du « crime monstrueux » du 11 septembre un acte politique [...] et qui puisse être, à un titre ou à un autre, revendiqué »¹⁵⁶.

100. Ce raisonnement abouti à la distinction entre le « bon » et le « mauvais » terroriste, un peu à l'image du *distinguo* entre les expressions « guerre juste » et « guerre injuste »¹⁵⁷. Ce raisonnement se transforme en une théorie soutenue par certains auteurs parmi lesquels Ignacio RAMONET. Ce dernier considère que « [...] le terme terrorisme est imprécis. Depuis deux siècles, il a été utilisé pour désigner indistinctement tous ceux qui recourent, à tort ou à raison, à la violence pour changer l'ordre politique »¹⁵⁸.

Cela rejoint l'analyse faite par Brigitte STERN, lorsqu'elle débouche sur un constat selon lequel : « les terroristes des uns sont souvent les résistants des autres »¹⁵⁹. Ce constat est largement partagé par Sophie CLAVET, lorsqu'elle considère que « [...] la subjectivité de la notion même de terrorisme vient augmenter la difficulté de l'appréhender de manière objective et académique : en effet, un terroriste pour l'un peut être envisagé comme un héros par l'autre. »¹⁶⁰.

La glorification du terroriste remonte à une époque lointaine à la nôtre. En effet, en 1863, Serge Stepniak KRAVTCHINSKI écrivait déjà sur la personnalité du terroriste en ces termes : « Le terroriste est noble, terrible, irrésistiblement fascinant car il combine en lui les deux sommets sublimes de la grandeur humaine : le martyr et le héros. Du jour où il jure, du fond du cœur, de libérer son peuple et sa patrie, il sait qu'il est voué à la mort »¹⁶¹. Il décrit la détermination du terroriste pour faire connaître sa cause pour laquelle il est prêt à se sacrifier avec beaucoup d'admiration et de justification.

¹⁵⁶ J. HABERMAS, « Qu'est-ce que le terrorisme », in *Le Monde diplomatique*, février 2004, p. 17, <http://www.monde-diplomatique.fr/2004/02/HABERMAS/11007>

¹⁵⁷ G. GUILLAUME dans sa préface au Colloque organisé par le CEDIN de Paris 1, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, Cahiers internationaux n° 17, Paris, 2002, p. 5.

¹⁵⁸ I. RAMONET, « Buts de guerre », *Le Monde diplomatique*, novembre 2001, p. 1.

¹⁵⁹ B. STERN dans son Rapport introductif au Colloque organisé par le CEDIN de Paris 1, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, Cahiers internationaux n° 17, Paris, 2002, p. 7.

¹⁶⁰ S. CLAVET, « Les enjeux du terrorisme international. L'impossible définition d'un phénomène protéiforme : le terrorisme international est-il révélateur des faiblesses de l'Etat de droit ? », *ERTA*, 2006, p. 1.

¹⁶¹ *La Russie clandestine* (1863), citée par Gérard CHALIAND, Arnaud BLIN, *Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al-Qaïda*, Bayard, Paris, 2004, p. 7.

101. En revanche, certaines personnalités politiques trouvent dans la justification de certains actes terroristes insupportable et ignoble. En effet, Jean-David LEVITTE déclarait avec force à propos des attaques du 11 septembre lors de la réunion du CS des NU en date du 12 septembre 2001 que : « *[t]ous ensemble, nous devons dire que rien, jamais et nulle part, ne justifie le recours au terrorisme* »¹⁶². Il a vraisemblablement été suivi trois semaines après par Lionel JOSPIN, à travers son discours à l'Assemblée nationale « *Le terrorisme ne s'explique pas, et se justifie encore moins, par les inégalités qui divisent le monde et par les conflits qui le bouleversent* »¹⁶³.

102. C'est ainsi que, de fil en aiguille, le CS des NU parvient à conclure efficacement à travers ses différentes résolutions en déclarant que : « *Tous les actes de terrorisme quels qu'en soient les motifs [...] constituent l'une des plus graves menaces contre la paix et la sécurité internationales* »¹⁶⁴. Dans la résolution du 8 octobre 2004 adoptée par le CS au lendemain des attentats du 11 septembre, L'ONU invite tous ses Etats membres à se soumettre à l'impératif visant à combattre le terrorisme par tous les moyens, conformément à la Charte des NU et au droit international, le terrorisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations¹⁶⁵. Dans sa résolution 49/60 du 9 décembre 1994, le AGNU définissait déjà avant de juger injustifiable les actes de terrorisme en ces termes : « *Les actes criminels conçus ou calculés pour provoquer un état de terreur dans un grand public, un groupe de personnes ou de personnes en particulier pour des raisons politiques fins sont injustifiables en toutes circonstances, quelles que soient les considérations de politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou autre nature qui peuvent être invoquées pour les justifier* »¹⁶⁶. Autrement dit, aucun motif ne saurait justifier de tels actes.

103. La vulnérabilité des Etats-Unis a contraint certains Etats à s'interroger sur l'efficacité de leurs mécanismes de prévention et de répression contre ce phénomène.

¹⁶² Doc. ONU, S/PV/4370, p. 8.

¹⁶³ Cité par C. TREAN, « Le premier ministre défend la "légitimité" d'une riposte américaine », *Le Monde* du 5 octobre 2001, p. 3.

¹⁶⁴ Les résolutions adoptées par le CS des NU au lendemain des attentats du 11 septembre 2001: 1373 (2001) du 28 septembre 2001 ; 1566 (2004) du 8 octobre 2004.

¹⁶⁵ Cf. Résolution du CS des NU, 1566 du 8 octobre 2004.

¹⁶⁶ AG/RES/49/60 par. 3 (1994) (Mesures visant à éliminer le terrorisme international).

Par conséquent, il semblerait qu'il serait impossible d'endiguer le terrorisme sans chercher à le définir¹⁶⁷. Encore faut-il le faire tout en appliquant rigoureusement et objectivement le DIH comme le préconise Katia BOUSTANY ; afin de permettre au droit international de parvenir à dégager une définition du terrorisme acceptée par tous¹⁶⁸. Dit autrement, le mécanisme de répression contre le terrorisme ne saurait être efficace en aval que s'il est doté d'une définition juridique universelle du terrorisme en amont. La définition de certaines notions juridiques le prouve clairement. C'est le cas notamment des notions telles que : crime de guerre, crime contre l'humanité etc.¹⁶⁹.

104. Cette complexité à définir la notion de « terrorisme » amène le Professeur Jean-Marc SOREL à s'interroger avec beaucoup d'intérêt sur notre capacité à parvenir à une définition concise¹⁷⁰. Cette interrogation montre combien même la définition du terrorisme reste extrêmement difficile en droit en général et en particulier en droit international. L'existence d'une pluralité de définitions prouve une fois de plus cette complexité à trouver sereinement une définition consensuelle du terrorisme de portée universelle. En effet, entre 1936 et 1981, Charles W. KEGLEY est parvenu à recenser 109 définitions consacrées au terrorisme dont chacune d'elles mettaient en avant une multitude d'interprétations¹⁷¹.

105. Enfin, toute cette multiplicité de définitions portant sur la notion de « terrorisme » aurait eu le droit de cité si elle parvenait à l'internationalisation d'au

¹⁶⁷ M. SASSOLI, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *RQDI*, 2007, p. 29.

¹⁶⁸ K. BOUSTANY, D. DERMOY, *dir.*, *Humanitaires entre conflit Perspectives*, droit(s) et action, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; Katia BOUSTANY, Daniel DERMOY, *Génocide (s)*, Bruylant, Bruxelles, 1999 ; Katia BOUSTANY, « Brocklebank : a Questionable Decision of the Court Martial Appeal Court of Canada » (1998) 1 Y.B. Int'l Human. L. 371 ; Katia Boustany, *Le conflit intraétatique au Liban : problèmes de maintien de la paix*, Bruylant, Bruxelles, 1994.

¹⁶⁹ - crime de guerre : Violation des lois et coutumes de guerre (Pillage, assassinat, exécution d'otages).

- Crime contre l'humanité : exécution d'un plan concerté (génocide, exportation, extermination, réduction en esclave) inspiré par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux perpétré à l'encontre de tout ou partie d'un groupe de population civile. Acte répréhensible lourd de conséquences.

- Crime de guerre ou crime contre l'humanité : Sont des crimes de droit international définis en 1945 par l'organisation des Nations Unies. Les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. Ceux qui ont été commis pendant la Seconde guerre mondiale furent jugés par le Tribunal international de Nuremberg.

¹⁷⁰ J.-M. SOREL, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme », K. BANNELIER, T. CHRISTAKI, O. CORTEN, B. DELCOURT (*dir.pub*), *Le droit international face au terrorisme, après le 11 septembre 2001*. p. 35.

¹⁷¹ G. KARACS, H. BRUNO (*dir.*), « Le terrorisme et l'Union européenne », in *Közpolitika*, Budapest, 2002, <http://karacs.com>

moins d'une d'elles, c'est-à-dire à la délibération d'une définition consensuelle mondialisée. Faute de quoi, la nécessité d'une définition juridique universellement acceptée demeure vivement souhaitée.

106. Le volontarisme de la Communauté internationale visant à combattre le terrorisme n'est pas une démarche animée par une volonté récente. En effet, depuis quelques années, la notion de « terrorisme » s'est confortablement installée dans notre vocabulaire juridique commun¹⁷². Mais, malgré la multiplicité d'initiatives, et l'adoption des instruments juridiques internationaux sous les auspices des NU, la Communauté internationale n'est jamais parvenue à l'adoption consensuelle d'une définition commune de ce phénomène. Car en effet, il n'existe actuellement aucun traité globale des NU sur le terrorisme, ni aucune définition universelle contraignante du terrorisme¹⁷³.

107. Certes, les Etats membres des NU travaillent sans relâche à l'élaboration d'une Convention internationale sur le terrorisme international qui contiendra *in fine* une définition générique et internationale du terrorisme¹⁷⁴. Le CS des NU n'hésite pas de rappeler l'une de ses résolutions adoptées au lendemain des attentats du 11 septembre. Il s'agit notamment de la résolution 1566 que le terrorisme représentait un ensemble d'« *actes criminels, notamment ceux dirigés contre des civils dans l'intention de causer la mort ou des blessures graves ou la prise d'otages dans le but de semer la terreur parmi la population, un groupe de personnes ou chez des particuliers, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à*

¹⁷² Cf. Le résumé de l'ouvrage de Johann SOUFI, *Vers une définition universelle du terrorisme ?* Saarbrücken, Deutschland/Allemagne, Editions universitaires européennes, 2015.

¹⁷³ Cf. *Programme de formation juridique contre le terrorisme*, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC), Service de la prévention du terrorisme, NU, New York, 2010, p. 3.

¹⁷⁴ Des négociations se déroulent depuis quelques années en vue d'une Convention globale contre le terrorisme au sein de la sixième Commission et le comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale des NU. En dépit des accords sur les comportements à incriminer comme " actes de terrorisme ", aucun consensus n'a pu être trouvé. Quant au champ d'application de cet instrument, les questions sont toujours débattues ont trait aux interférences complexes entre les instruments internationaux de droit pénal et les normes applicables lors des conflits armés (droit international humanitaire), en particulier pour déterminer si la Convention globale devrait couvrir explicitement les actes commis par les parties à un conflit armé lorsqu'elles ne sont pas les forces armées régulières d'un Etat. Cependant, en cas de consensus ou d'adoption, la Convention globale ne rendras pas automatiquement caducs les traités anti terroristes existants. Au contraire, ces derniers demeureront applicables en tant que *l'ex specialis*.

*accomplir un acte ou à s'abstenir de la faire (...) »*¹⁷⁵. Cette définition rejoint la Décision-cadre prise par le Conseil de l'Union européenne en mettant, elle aussi, l'accent sur la contrainte faite au gouvernement ou à une organisation internationale (OI).

108. La problématique relative à la qualification du terrorisme reste quasiment entière. C'est cet état de choses qui rend cette définition presque introuvable¹⁷⁶. Le maintien de cette problématique par le droit international est clairement résumé par Pascale MARTIN-BIDOU « *Le droit international ne donne pas de définition du terrorisme. Cependant il élabore des règles qui visent à lutter contre les actes terroristes et les Etats coopèrent par l'adoption de conventions internationales. Si le cadre universel de l'Organisation des Nations Unies semble approprié, il n'est pas véritablement mis en œuvre et il est parfois difficile de trouver un fondement juridique solide à l'emploi de la force par les Etats dans leur lutte contre le terrorisme* »¹⁷⁷. Particulièrement, le DIH ne délivre non plus une définition explicite du terrorisme. En revanche, il interdit certains actes commis durant les conflits armés susceptibles d'être qualifiés d'« actes de terrorisme » dès lors qu'ils sont commis en temps de paix. C'est en cela que, A. P. SCHMID considère que « *Le terrorisme est l'équivalent d'un crime de guerre en temps de paix* »¹⁷⁸. Le DIH interdit à travers une allusion toute mesure d'intimidation ou de terrorisme¹⁷⁹. De même, il interdit formellement des actes ou menaces de violence dont la finalité est de terroriser la population civile¹⁸⁰. Force est de constater que le DIH interdit clairement des actes de terrorisme, mais il ne détermine pas la notion même du terrorisme.

109. Les difficultés rencontrées par le droit international à définition le terrorisme ont ajouté un degré supplémentaire de complexité. C'est cette difficulté que Gilbert GUILLAUME considère comme le fait des rédacteurs des conventions internationales.

¹⁷⁵ Conseil de sécurité des Nations Unies, résolution 1566 du 8 octobre 2004.

¹⁷⁶ B. STERN dans son Rapport introductif au colloque organisé par le CEDIN de Paris 1, « *Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001* », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, 2002, pp. 3-32, spéc. pp. 13 et s.

¹⁷⁷ P. MARTIN-BIDOU, Maître de conférences à l'université Panthéon-Assas (Paris II), dans, « *Droit international et terrorisme* », p. 1, <http://www.riseo.fr/IMG/pdf/2-2015/04-Martin-Bidou-Terrorisme-et-DI-1.pdf>

¹⁷⁸ A. P. SCHMID, expert des Nations Unies.

¹⁷⁹ Art. 33 de la CG IV.

¹⁸⁰ Art. 51 al. 2 du PA I et 13 du PA II.

Selon lui, « *le droit international s'était bien gardé d'user de ce terme et d'en fournir une définition [...] les rédacteurs de ces diverses conventions conclues dans les années 1970 et 1980 avaient sciemment évité d'user du mot « terrorisme » afin de n'avoir pas à le définir. Les discussions tant au sein du Conseil de l'Europe que des Nations Unies avaient en effet montré à l'époque la difficulté de parvenir à une telle définition* »¹⁸¹. En fait, la doctrine n'est pas d'un grand secours aux conventions internationales, car elle se contente de donner une définition universelle du terrorisme comme le souligne Jean-Marc SOREL, « *une partie de la doctrine refuse de s'engager dans ce champ trop délicat [de la définition] et rejette toute signification juridique au terme terrorisme, le considérant comme un simple **term of convenience** pour certaines activités criminelles.* »¹⁸².

110. Cependant, on peut aussi émettre l'hypothèse selon laquelle le refus des Etats à définir le terrorisme est motivé par la considération selon laquelle les « *terroristes des uns sont parfois considérés comme des résistants des autres* »¹⁸³. Il faudra admettre qu'au-delà de toutes ces considérations, le caractère pluriel du terrorisme représente un obstacle majeur pour que les Etats parviennent à une définition consensuelle. Dit autrement, il peut être le fait d'un Etat, peut revêtir une dimension religieuse, peut être lié à une volonté d'autodétermination, ou être celui d'une secte comme par exemple Boko Haram.

111. En l'absence de tout instrument juridique global contraignant à la lutte contre le terrorisme, le régime juridique mondial applicable est essentiellement formé de différentes sources, parmi lesquelles des traités, des résolutions du CS et de l'AG des NU, et aussi de la jurisprudence. En outre, les sources des obligations juridiques constituant le cadre juridique universel contre le terrorisme sont scindées en deux groupes :

¹⁸¹ V. G. GUILLAUME dans sa préface de l'ouvrage, *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris 1, Cahiers internationaux n° 17, Pedone, Paris, 2002, p. 3.

¹⁸² J.-M. SOREL, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? » in, *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN, Paris, 2002, pp. 43-44.

¹⁸³ B. MOUNIRA, « Les transformations juridiques et politiques de la notion de guerre depuis le 11 septembre. De l'Afghanistan à l'Irak », <http://www.cedim.uqam.ca>

- les résolutions du CS (en vertu du Chapitre VII de la Charte des NU)¹⁸⁴.
- les instruments universels contre le terrorisme.

112. Il est important de rappeler que dans ce contexte le terme « universel » ne signifie pas qu'il existe une gamme d'instruments juridiques qui serait uniformément contraignants pour tous les Etats souverains du monde. En revanche, ce terme indique plutôt que les accords ouverts à l'adhésion de tous les Etats membres de l'Organisation des NU ou à ses institutions affiliées et spécialisées.

113. La rédaction d'un texte législatif qualifiant sans difficulté un comportement constitutif d'infraction et les peines qui leur sont attachées ne saurait être un exercice aisé lorsqu'on fait face à une pluralité de définitions du terrorisme. D'où la nécessité d'une définition universellement acceptée, aussi pour permettre le renforcement de l'efficacité de l'applicabilité des instruments pertinents de la lutte contre ce fléau planétaire qu'est le terrorisme.

114. Le 11 septembre marque le point de départ d'un terrorisme international usant des moyens de la globalisation dont il est le premier détracteur. C'est cette même globalisation qui a permis à ce terrorisme internationalisé de devenir ce qu'il est devenu, c'est-à-dire un phénomène globalisé. La nouvelle dimension prise par ce type de terrorisme exige une réponse, tout aussi, globale comme l'avait déjà compris l'ONU en établissant un vaste dispositif visant à endiguer les activités terroristes. C'est d'ailleurs ce qu'avait constaté Chantal DE JONGE OUDRAAT en faisant de la lutte contre le terrorisme un combat mondial¹⁸⁵. En effet, le terrorisme international prétend justifier ce qu'il réclame par le biais d'une rhétorique politique ou religieuse violente et dévastatrice de nature idéologique. La gravité exceptionnelle de ses actes oriente le terrorisme vers une destruction massive, en portant ainsi atteinte aux valeurs fondatrices de la Charte des NU. De même, il tente de briser tous les instruments juridiques internationaux de protection. C'est en connaissance de cause que l'ex

¹⁸⁴ Art. 39, 40, 41, 42 ; Parmi les résolutions du Conseil de Sécurité relatives au terrorisme qui ont été adoptées en vertu du Chapitre VII (articles 39 à 51) de la Charte des NU figurent celle-ci : 1267 (1999), 1373 (2001) et 1540 (2004).

¹⁸⁵ C. DE JONGE OUDRAAT, « Conseil de sécurité de l'ONU et la lutte contre le terrorisme », *Annuaire français de relations internationales*, vol. VI, 2005, pp. 116-117.

Secrétaire général des NU, Kofi ANNAN considérait qu' « *une attaque terroriste contre un pays est une attaque contre l'humanité tout entière* »¹⁸⁶. En d'autres termes, la cible visée par ce terrorisme déterritorialisé devient une cible globale. Par conséquent, ce terrorisme devenu global nécessite impérativement une réponse globale au niveau international.

115. Mais, à l'heure actuelle, aucune Convention générale sur le terrorisme identique à celle de 1937 n'est pas encore adoptée. En se succédant à la SDN, l'ONU a néanmoins permis le développement d'un certain nombre de Conventions permettant ainsi aux différents Etats membres de pouvoir lutter contre le terrorisme.

116. Dans cette lutte contre le terrorisme, l'ONU a mis en place 16 instruments juridiques internationaux, mais aucun d'eux ne comporte une définition universellement admise. D'après certaines règles de l'AG des NU adoptées en 1970, « *Chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager [...] des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre Etat, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés impliquent une menace ou l'emploi de la force* », et « *[...] tous les Etats doivent s'abstenir d'organiser, d'aider, de fomenter, de financer, d'encourager ou de tolérer des activités armées subversives ou terroristes destinées à changer par la violence le régime d'un autre Etat ainsi que d'intervenir dans les luttes intestines d'un autre Etat* »¹⁸⁷.

117. Parvenir à une définition universelle serait donc une avancée doublement bénéfique pour le Communauté internationale. Car, elle permettra premièrement aux Etats de lutter efficacement au terrorisme. Par exemple, le renforcement de l'application du principe *Aut dedere aut judicare* (extrader ou poursuivre) dont l'objectif rendra le monde inhospitalier aux terroristes et, à ceux qui les financent et les appuient, en les privant ainsi de refuge. Ce principe peut aussi être interprété comme la réaffirmation qu'il ne saurait exister de riposte efficace au terrorisme en l'absence

¹⁸⁶ K. ANNAN, Déclaration prononcée le 12 septembre 2001.

¹⁸⁷ Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies, Doc. Off. AG NU A/Rés. 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, premier principe, 9^e al.; troisième principe, 2^e al.

d'une institution de justice pénale. Comme le déplore d'ailleurs Ghislaine DOUCET, « *En décidant d'exclure le terrorisme de la compétence de la Cour pénale internationale au motif que cette infraction n'était pas définie, les Etats ont renoncé, au moins provisoirement, à l'instauration d'une réponse pénale universelle au terrorisme* »¹⁸⁸.

118. Deuxièmement, il réduira considérablement les risques de dérives liberticides, auxquels les Etats sont souvent tentés d'y recourir à travers certains régimes d'exception ; afin de réprimer brutalement le terrorisme comme fut le cas de l'Administration Bush.

119. Confrontée à la difficulté de parvenir à une définition universellement acceptable du terrorisme, la Communauté internationale a choisi une approche pragmatique. Des instruments spécifiques ont été adoptés en réponse à certaines manifestations graves du terrorisme international. On notera en guise d'exemple l'évènement de l'Achille Lauro en 1995 qui, conduira aux négociations en vue de la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*¹⁸⁹. On mentionnera également, qu'une série de détournements d'avions dans les années 1960 et 1970, a réactivé les négociations de plusieurs traités relatifs à la sécurité des transports aériens¹⁹⁰. La mise en place des nouveaux mécanismes de coopération et protection internationales a été créée sans qu'il ait eu besoin de définir ce qu'est réellement, ou n'est normalement pas le terrorisme¹⁹¹.

¹⁸⁸ G. DOUCET, « Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes », *RIDP*, vol. 76, 2005/3, p. 1.

¹⁸⁹ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1678, n° 29004.

¹⁹⁰ G. GUILLAUME dans sa préface de l'ouvrage *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, 2002, p. 3.

¹⁹¹ Cf. La CIJ., *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique/Iran), Arrêt du 24 mai 1980, Rec, 1980, pp. 28-37 aux paragraphes 56-79. Egalement, voir à cet égard, résolutions du Conseil de sécurité 687 du 3 avril 1991 et 748 du 31 mars 1992 en vertu desquelles l'Etat iraquien est directement condamné pour des actes de terrorisme et résolutions du Conseil de sécurité 1044 du 31 janvier 1996, 1054 du 26 avril 1996 et 1070 du 16 août 1966 sanctionnant le Soudan pour son manque de coopération à la suite de l'attentat terroriste contre le Président égyptien en Ethiopie le 6 juin 1995. Au même effet, consulter l'opinion dissidente du Juge BEDJAOUI qui, dans *l'Affaire sur les questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya arabe libyenne c/ Royaume-Uni), a affirmé que la Convention de Montréal peut s'appliquer aussi bien à des agents de l'Etat qu'à des personnes privées (mesures conservatoires, Ordonnance du 14 avril 1992, Rec, 1992, p. 38, par. 10).

120. En outre, certaines entités régionales ont montré leur implication dans la recherche d'une définition universelle du terrorisme. C'est le cas notamment de l'Union européenne et la Ligue des Etats arabes.

121. En effet, l'Union européenne n'est pas restée en marge de la problématique omniprésente relative à la définition du terrorisme. Pour ce faire, elle adopte la *Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme*¹⁹². Son art. 1^{er} stipule qu'il est « *considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels [qui énumèrent notamment les atteinte à la vie et aux personnes, les prises d'otages, les destructions massives d'infrastructures critiques, la fabrication, la possession et la détention, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs ou d'armes de type NRBC...] tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit international, qui, par leur nature et leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de :*

- *gravement intimider une population ou ;*
- *contraindre indument des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou ;*
- *gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale... ».*

122. L'adoption de ce texte juridique a été suscitée grandement par l'ampleur des attentats du 11 septembre¹⁹³. Il n'en demeure pas moins que l'impulsion donnée par ces évènements a fortement précipité l'adoption de la *Décision-cadre*¹⁹⁴. En effet, dans la conclusion du Conseil européen tenu le 21 septembre 2001, la lutte contre le terrorisme fut présentée comme étant plus que jamais un objectif prioritaire de l'Union

¹⁹² J. O., L 164 du 22 juin 2002, pp. 3 et s. v. aussi A. BAUER, J.-L. BRUGUIERE, *Les 100 mots du terrorisme*, Que sais-je ? PUF, Paris, 2010, pp. 7-8.

¹⁹³ M.-A. BEERNAERT, « 10. Le décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme », *RIDP*, vol. 77, 2006/1, p. 2.

¹⁹⁴ Rappelons que la proposition de la décision-cadre a été présentée par la commission le 19 septembre 2001 (J. O., C 332 E du 27 novembre 2001, pp. 300 et s.). L'accord politique sur le texte fut obtenu lors du Conseil "justice et affaires intérieures" des 6 et 7 décembre 2001—quant à l'adoption formelle, elle eut lieu lors du Conseil du 13 juin 2002. Dans un sens comparable, voy. aussi S. BOSLY et M. VAN RAVENSTEIN, « L'harmonisation des incriminations », in *ADPE*, sous la direction de D. FLORE, dossiers de la RDPC, n° 9, La Charte, Bruxelles, 2003, p. 45.

européenne ¹⁹⁵. Cependant, les comportements susceptibles d'être qualifiés d'infractions terroristes doivent en outre, de par leur nature dangereuse ou contextuelle potentiellement capables de « *porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale* ». Faut-il rappeler que le caractère objectif d'un tel élément ne modifiait nullement l'appréciation de l'auteur de l'acte mais de celle du juge¹⁹⁶.

123. Quant à la Ligue des Etats arabes, l'adoption au Caire en 1998 de la *Convention arabe pour la suppression du terrorisme* par le conseil des ministres arabes de l'intérieur et le conseil des ministres arabes de la justice ont contribué à leur façon à la définition de la notion de terrorisme. Ils définissent le terrorisme en ces termes : « *"Terrorisme" s'entend de tout acte ou menace de violence, quels que soient leur motifs ou buts, qui viserait à semer la terreur dans la population, à lui inspirer de la peur, en lui portant préjudice ou en mettant sa vie, sa liberté ou son indépendance en péril, à causer des dommages à l'environnement, ou à une installation ou un bien, tant public que privé, à occuper ces installations ou ces biens ou à s'en emparer, ou à mettre en danger une ressource nationale* »¹⁹⁷. Cette définition met plus l'accent sur l'un des principes *sacro saints* du droit international public (DIP), c'est-à-dire celui relatif aux violations de l'intégrité territoriale de l'Etat qui serait constitutive du *casus belli* ; comme ce qu'on observe en Syrie et en Irak avec le contrôle du pétrole de ces pays par *Deach*¹⁹⁸.

¹⁹⁵ A. WEYEMBERGH qui souligne que la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme—comme d'ailleurs celle sur le mandat d'arrêt européen—a « très clairement bénéficié de "l'élan" consécutif au choc produit par les attentats du 11 septembre », (« L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, sous la direction de E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 159.

¹⁹⁶ D. FLORE, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : Genèse, principes et conséquences », in *Question d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 213 ; L'auteur qualifie cette exigence complémentaire d'élément "contextuel" et, à son estime, « *en visant au pays ou une organisation internationale dans la globalité, la norme place la barre très haute* ». « *Quel est l'acte* », s'interroge-t-il en effet, « *qui, pris isolément, par sa nature même est susceptible de porter gravement atteinte à un pays ?* », (D. FLORE, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : Genèse, principes et conséquences », in *Question d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 213 »).

¹⁹⁷ Article premier al. 2.

¹⁹⁸ *Deach* contrôle un territoire à cheval entre la Syrie et l'Irak en mettant la main sur une dizaine de champs de pétrole, <http://www.lefigaro.fr/le-scan-eco/decryptage/2005/11/26>

124. Toute cette constellation de définition sur le terrorisme nous renvoie vers l'interrogation de Mario BETTATI. Ce dernier se demande légitimement « *si notre boîte à outils juridiques était devenue inadaptée. Il ajoutait que la boîte à outils est l'instrument des bricoleurs et relevait que les Etats, depuis le 11 septembre, avaient effectivement bricolé des résolutions plus ou moins claires et jonglé avec les concepts au gré des circonstances* »¹⁹⁹. Force est de constater que ce « bricolage » étatique n'a fait que conforter la définition universelle du terrorisme dans ce statut introuvable²⁰⁰.

125. Il convient de noter que l'usage systématique de la violence ayant la capacité de semer la terreur au sein de la population et, par ce biais, d'interpeler les institutions juridiques et politiques, reste au cœur même de l'action terroriste. L'action terroriste est souvent caractéristique d'une gravité exceptionnelle orientée vers une destruction massive. Elle broie par conséquent tous les instruments juridiques internationaux de protection et aux valeurs fondatrices de la Charte des NU. Elle prétend enfin justifier ce qu'elle réclame à travers un discours politique ou religieux radical de nature idéologique.

Dans ce contexte, il est quasiment impossible à l'heure actuelle de parvenir à une définition universelle du terrorisme. Dit autrement, il est impossible d'extraire une telle définition de tout jugement normatif, en ce sens que chaque définition du terrorisme comporte un certain degré de subjectivité. Car enfin, le terrorisme est un phénomène multiforme, complexe, évolutif, qui logiquement dépasse le cadre d'une définition simple et concise.

126. En outre, l'absence d'une définition claire, précise et universellement acceptée ne remet pas en cause l'existence d'instruments juridiques internationaux consacrés à la répression du terrorisme. Toutefois, cette absence de définition universelle claire et précise nuit considérablement à la clarté de l'action des Etats dans la lutte contre le terrorisme.

¹⁹⁹ G. GUILLAUME dans sa préface de l'ouvrage *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, 2002, p. 8.

²⁰⁰ B. STERN dans son Rapport introductif au colloque organisé par le CEDIN de Paris 1, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Pedone, Paris, 2002, pp. 3-32, spéc. pp. 13 et s.

Ceci étant, la nécessité d'une définition universelle claire et précise reste l'une des préoccupations de la Communauté internationale. L'ONU serait la garante du « [...] *maintien de la paix et de la sécurité internationales* »²⁰¹.

Enfin, les Etats demeureront les seuls sujets de droit international et continueront à disposer du monopole de la « violence légitime ». Ils resteront dans ce contexte particulier épaulés par le terrorisme international comme seuls remparts légitimes contre la terreur terroriste. Encore, faut-il qu'ils agissent dans le respect du DIH dans leur recours à la force, c'est-à-dire en s'interrogeant sur une possible applicabilité de celui-ci ; et d'accepter son application dès lors que toutes les conditions sont réunies.

127. Quoi qu'il en soit, que la « guerre contre le terrorisme » se poursuive dans le cadre d'un conflit armé au sens juridique du terme, et qu'elle soit dirigée contre des membres de forces armées d'un Etat ou contre des civils d'un réseau terroriste. Cependant, le droit international aura pour rôle de garantir la jouissance d'un minimum des droits fondamentaux auxquels toute dérogation n'est possible que dans un cadre prédéfini reconnu à toute personne impliquée dans cette « guerre contre le terrorisme ». Ces droits fondamentaux découleront de certaines branches spécifiques de droit dont le DIH ou de sa combinaison avec un autre²⁰².

128. De ce point de vue, Le DIH était-il applicable à la « guerre contre le terrorisme » déclarée par le Président George W. BUSH au lendemain des attentats du 11 septembre 2001?

129. La « guerre contre le terrorisme » est incontestablement une nouvelle forme de « guerre » qui n'avait pas été envisagée lors de l'adoption des CG. Force est de constater que, l'applicabilité et l'application de ce droit dans la « guerre contre le terrorisme » semblent controversées, notamment en ce qui concerne le statut des personnes arrêtées puis détenues par les Etats-Unis. Toutefois, la constante du DIH veut qu'il soit applicable dès qu'une situation de violence se transforme en conflit armé. Dit autrement, il doit s'appliquer dès lors que l'on est en présence d'un CAI.

²⁰¹ Art. 24 de la Charte des Nations Unies.

²⁰² Le cas notamment du droit international des droits de l'homme (DIDH).

130. Pour tenter de répondre à cette question, nous aborderons dans un premier temps, la question relative à l'applicabilité suivie de l'application du DIH (Première partie I). Puis, dans un second temps, nous essayerons de mettre en évidence la commission d'infractions graves au DIH impliquant ainsi l'obligation de poursuivre (Deuxième partie II).

PREMIERE PARTIE
DE L'APPLICABILITE A L'APPLICATION DU DROIT
INTERNATIONAL HUMANITAIRE

131. La militarisation de la lutte contre le terrorisme suscite de sérieuses questions dont celle relative à l'applicabilité du DIH dans le cadre d'une « guerre contre le terrorisme »²⁰³. En effet, selon le CICR, « *Le droit international humanitaire est la branche du droit international applicable lorsqu'une situation de violence se transforme en conflit armé, qu'il soit international ou non international* »²⁰⁴. Or, l'expression dite de « guerre contre le terrorisme » est la conséquence directe d'une série de violences successives qui se sont transformées en conflit armé à travers de multiples interventions militaires américaines en Afghanistan puis en Irak.

132. L'expression « guerre contre le terrorisme » renferme juridiquement une ambiguïté évidente. Dans le cadre de ce travail, la seule solution idéale pour éliminer cette ambiguïté serait de répondre à la question de savoir si la « guerre contre le terrorisme » est véritablement une « guerre » au sens juridique du terme ?²⁰⁵.

²⁰³ C. CAMUS, *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, éd. Du Félin, Paris, 2007, p. 25.

²⁰⁴ « Droit international humanitaire : questions et réponses », *CICR*, 15 mai 2004, p. 1, disponible sur le site web du CICR : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/SYGFGR>. Les principaux traités de droit international humanitaire applicables aux conflits armés sont les quatre Conventions de Genève de 1949 et leur deux Protocoles additionnels de 1977.

²⁰⁵ L'art. 2 commun aux conventions de Genève de 1949 dispose que : « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles (...) » ; J. PICTET, *Commentaire de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952, p. 34. « *Tout différend surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention des membres des forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. La durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle* » ; le PA I quant à lui, étend la définition au-delà des conflits réguliers entre Etats, c'est-à-dire du conflit armé international aux conflits armés dans lesquels des peuples se battent contre la domination coloniale, l'occupation étrangère ou les régimes racistes en faisant usage de leur droit à l'autodétermination (guerre de libération nationale), art. 1 paragraphe 4 : « ...les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » ; Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a proposé une définition générale du conflit armé international. Dans l'affaire Tadic, le Tribunal a stipulé que « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ». Rappelons que cette définition a été adoptée par d'autres instances internationales. V. à cet effet, TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'Appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-A, 2 octobre 1995, paragraphe 70 ; selon D. SCHNINDLER, « [...] On peut toujours présumer l'existence d'un conflit armé au sens de l'art. 2 commun aux Conventions de Genève lorsque des parties des forces armées de deux Etats s'affrontent. (...) tout usage de la force entre deux Etats, quel qu'il soit, entraîne l'application des Conventions » (trad. CICR), *The different Types of Armed Conflicts According to*

Visiblement, elle serait plutôt qualifiée juridiquement de conflit armé que de « guerre » au sens strict du terme.

133. A ce stade, il va falloir s'appuyant sur les deux distinctions fondamentales de principe qui permettent aux DIH de déterminer précisément si on est en présence d'un conflit armé international (CAI) ou non international (CANI). En effet, le DIH met clairement en exergue une nette distinction entre les CAI des CANI²⁰⁶. Doctrinalement parlant, les premiers sont globalement régis par l'ensemble du DIH. Alors que, les seconds sont soumis au strict minimum de l'application des règles fondamentales. La seconde distinction faite par le DIH concerne des conflits armés de haute intensité et ceux de basse intensité. Ils sont tous logés au sein des CANI²⁰⁷. Contrairement aux CANI, ces derniers sont soumis à des régimes juridiques spécifiques. Il faut noter que l'intérêt de cette distinction réside dans le conditionnement de l'application du DIH²⁰⁸.

the Geneva Conventions and Protocols, RCADI, vol. 163, 1979-II, p. 131. Pour H.-P. GASSER, « tout usage de la force armée par un Etat contre le territoire d'un autre Etat, déclenche l'application des Conventions de Genève entre ces deux Etats. (...) Il est sans importance que la partie attaquée résiste ou non. (...) Dès que les forces armées d'un Etat ont des membres des forces armées blessés ou hors de combat ou des civils d'un autre Etat entre leurs mains, dès qu'elles détiennent des prisonniers ou exercent un contrôle sur une partie du territoire de l'Etat ennemi, elles doivent respecter le Convention pertinente » (Trad. CICR), H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law: an Introduction, in: Humanity for All : the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. HAUG (ed.), Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, p. 510-511. Les Règlements communs de l'armée allemande (ZDv 15/2) disposent que « un conflit armé international existe si une partie à recours à la force armée contre une autre partie. (...) L'usage de la force militaire par des individus ou des groupes d'individus n'est pas suffisant » (trad. CICR), D. FLECK, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 40. Enfin, pour le Professeur E. DAVID, « tout affrontement armé entre forces des Etats parties aux CG de 1949 (et éventuellement le PA I de 1977) relève de ces instruments, qu'elle que soit l'ampleur de cet affrontement : une escarmouche, un incident de frontière entre les forces armées des Parties suffisent à provoquer l'application des Conventions (et du 1^{er} Protocole, s'il lie les Etats) à cette situation », E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, ULB, Bruxelles, 2002, p. 109.

²⁰⁶ J. D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, A. Pedone, Paris, 2012, p. 45.

²⁰⁷ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1987, § 4457. L'expression « conflit armé non international » de haute et de basse intensité est empruntée à G. ABI-SAAB, « Les Protocoles additionnels, 25 ans après », in J.-F. FLAUSS (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 27-30.

²⁰⁸ Cf. le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, adopté à Genève, 3 mai 1996, Recueil des Traités, vol. 2048, 2001, RTNU n° A-22495, pp. 149-165, article 1 paragraphe 2 et 3 ; le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, adoptée à New York, 25 mai 2000, Recueil des Traités, volé 2173, 2004, RTNU n° I-27531, pp. 242-247, article 4 ; ou encore la Convention sur les armes à sous munitions, adoptée le 30 mai 2008, 12^{ème} al. du Préambule. Pour Theodor MERON, la tendance à l'abandon de la distinction est désormais capable de la faire

134. Selon la TPIY, l'existence du CAI se prouve « à chaque fois qu'il y a un recours à la force armée entre Etats ». Une fois cette existence prouvée, les CG peuvent s'appliquer « en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles »²⁰⁹. Les Parties belligérantes en CAI sont deux ou plusieurs Etats (ou les Etats et les mouvements de libération nationale).

135. A à différence du concept de CAI, le concept de CANI est défini par le TPIY comme étant « un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat »²¹⁰. Dans ce conflit armé, les Parties belligérantes peuvent être composées d'un Etat et des groupes armés (par exemple, des forces rebelles), soit uniquement des groupes armés²¹¹.

136. Si l'on se contente du contenu de ces deux définitions, on dirait que la « guerre contre le terrorisme » s'inscrit largement dans la première catégorie. D'autant plus que parmi les CAI on range des CANI qui s'internationalisent à travers l'intervention d'un ou plusieurs Etats tiers ou d'une ou plusieurs Organisations internationales (OI).

Le dénominateur commun entre ces deux catégories de conflits armés est marqué par la formation de type militaire que reçoivent toutes les Parties belligérantes. Ces dernières exécutent des ordres relevant d'une organisation plus ou moins structurée.

Dans ce contexte, elles sont censées respecter et éventuellement faire respecter le DIH²¹². Cette obligation a d'ailleurs été rappelée en 1968 lors de la Conférence internationale des droits de l'homme convoquée à Téhéran par les NU. A l'issue de

disparaître, Theodor MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *AJIL*, vol. 94, 2004, pp. 239-278, p. 262. V. aussi, S. VITE, « Typology of armed conflicts in international Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations », *RICR*, Vol. 91, n° 873, 2009, pp. 69-94.

²⁰⁹ Art. 2 commun aux CG de 1949.

²¹⁰ TPIY, Procureur c. Tadic, IT-94-AR 72, 2 oct. 1995, paragraphe 70.

²¹¹ Prévu par l'art. 3 Commun aux CG de 1949 ; b) Art. 1 du PA II.

²¹² H.-P. GASSER, « tout usage de la force armée par un Etat contre le territoire d'un autre Etat, déclenche l'application des Conventions de Genève entre ces deux Etats. (...) Il est sans importance que la partie attaquée résiste ou non. (...) Dès que les forces armées d'un Etat ont des membres des forces armées blessés ou hors de combat ou des civils d'un autre Etat entre leurs mains, dès qu'elles détiennent des prisonniers ou exercent un contrôle sur une partie du territoire de l'Etat ennemi, elles doivent respecter le Convention pertinente » (Trad. CICR), H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law: an Introduction, in: Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. HAUG (ed.), Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, p. 510-511.

laquelle, une résolution fut adoptée et elle « constate que les Etats Parties aux Conventions de la Croix-Rouge n'ont pas toujours conscience de la responsabilité qui leur incombe de prendre les mesures nécessaires pour faire respecter ces règles humanitaires en toutes circonstances par les autres Etats, même s'ils ne sont pas eux-mêmes impliqués dans un conflit armé »²¹³. Cette obligation de faire respecter le DIH va connaître un succès considérable au sein de la doctrine²¹⁴.

137. La consécration interviendra deux ans plus tard lorsque la CIJ reconnaît dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le caractère coutumier de l'art. 1 commun aux CG et à leur PA I²¹⁵. On va très vite assister à l'élargissement du champ de l'obligation, car le respect de cette dernière ne se résume pas uniquement aux CG et le PA I mais dans la globalité du DIH ; en se soumettant également aux règles relevant du droit de La Haye²¹⁶. De même que, des règles applicables aux CANI²¹⁷. Plus récemment, la CIJ avait clairement reconnu dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire*

²¹³ Résolution XIII, citée par Y. SANDOZ, « Mise en œuvre du droit international humanitaire » dans *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, A. Pedone, Paris, 1986, 299 à la p. 306. En 1993, la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre avait adopté une déclaration allant dans le même sens.

²¹⁴ L. CONDORELLI, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation de "en toutes circonstances" » dans Christophe SWINARSKI, (dir.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Genève, 1984, 17 aux pp. 24-26.

²¹⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, [1986] CIJ rec. 114 au § 220, (« [u]ne telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du DIH dont les conventions ne sont que l'expression concrète »).

²¹⁶ Voir les appels du CICR et l'avis consultatif de la CIJ du 9 juillet 2004 : *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ, rec. 136.

²¹⁷ L. CONDORELLI, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation de "en toutes circonstances" » dans Christophe SWINARSKI (dir.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Genève, 1984, 17 ; pp. 17-35, (Selon Luigi CONDORELLI et Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, les dispositions du deuxième Protocole additionnel sont également soumises à l'obligation de faire respecter dans la mesure où elles complètent et développent l'article 3 commun aux Conventions de Genève. On remarquera par ailleurs la tendance contemporaine au rapprochement du droit des conflits non internationaux au droit des conflits internationaux, révélée par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale).

palestinien occupé, l'existence d'un contenu positif à l'obligation de faire respecter le DIH, même si elle n'offre aucune perspective pour sa mise en œuvre²¹⁸.

138. Cette mise en œuvre du DIH allait être rapidement mise à l'épreuve dès le début de la première campagne militaire lancée par les Etats-Unis, appuyée par les troupes de la coalition, en Afghanistan en octobre 2001. Elle fut considérée par le CICR comme une guerre au sens premier du terme²¹⁹. C'est d'ailleurs ce qu'il précise : « *les Conventions de Genève de 1949 et les règles du droit international coutumier étaient à tous points applicable à ce conflit armé international opposant, d'une part, la coalition menée par les Etats-Unis et de l'autre, l'Afghanistan* »²²⁰. Autrement dit, une guerre qui opposait plusieurs Etats contre un autre ; ce qui donne à ce conflit le caractère de CAI.

139. Cette considération du gardien incontestable des CG a été largement soutenue par la doctrine « *les forces armées américaines ont commencé un conflit armé sur le sol afghan, dirigé non seulement contre des cibles d'Al-Qaïda, mais également contre les taliban*²²¹. Pour cette dernière raison tout au moins, ces hostilités doivent être qualifiées de conflit armé international. (...) c'est donc à juste titre que le Président George W. BUSH reconnaît par sa décision du 7 février 2002, l'applicabilité des Conventions de Genève au hostilités en Afghanistan »²²². Il est important de préciser que dans de telles circonstances, l'application du droit international des droits de l'homme

²¹⁸ Voir les appels du CICR et l'avis consultatif de la CIJ du 9 juillet 2004 : *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ, rec. 136.

²¹⁹ CICR, La pertinence du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme, Déclaration, du 27 juillet 2005. <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/terrorism-ihl-210705> ; V. aussi M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », article paru dans, *CYIL*, vol. 39, 2001, pp. 11-12.

²²⁰ CICR, La pertinence du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme, Déclaration, du 27 juillet 2005. <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/terrorism-ihl-210705>. V. également, Droit international humanitaire : questions et réponses, Comité international de la Croix-Rouge, 15 mai 2004, p. 3, disponible sur le site web du CICR : http://www.cicr.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/_SYYGFR. Les principaux traités de droit international humanitaire applicables aux conflits armés sont les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977.

²²¹ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 2^e éd., Bruxelles, 1999, pp. 120, 124-125, estime à juste titre que même des hostilités contre un groupe non étatique comme Al-Qaïda déclenchent l'applicabilité du droit des conflits armés internationaux si l'Etat territorial ne donne pas son accord.

²²² M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *The CYIL*, vol. 39, 2001, pp. 11-12.

http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/sassoli_terrorism_2001_fre.pdf

(DIDH) n'est pas pour autant suspendue, car en effet son application s'effectue en tout temps, c'est-à-dire en temps de guerre comme en temps de paix.

140. La guerre américaine en Afghanistan en octobre 2001 était bel et bien une guerre au sens juridique du terme. Comme le précise clairement le CICR : « *Les Conventions de Genève de 1949 et les règles du droit international coutumier étaient en tous points applicables à ce conflit armé international opposant, d'une part, la coalition menée par les Etats-Unis et de l'autre, l'Afghanistan* »²²³. Cette précision du CICR est soutenue par la doctrine notamment par le Professeur Marco SASSOLI, « *Les forces armées américaines ont commencé un conflit armé sur le sol afghan, dirigé non seulement contre des cibles d'Al-Qaïda, mais également contre les Talibans. Pour cette dernière raison tout au moins, ces hostilités doivent être qualifiées de conflit armé international. (...) c'est donc à juste titre que le Président BUSH reconnaît, par sa décision du 7 février 2002, l'applicabilité des Conventions de Genève aux hostilités en Afghanistan* »²²⁴.

141. La déclaration de la « guerre contre le terrorisme » suscite légitimement des interrogations quant à l'effectivité de l'applicabilité du DIH et de son application²²⁵. En effet, les deux interventions militaires majeures qui ont commencé successivement en Afghanistan puis en Irak n'étaient jamais soustraites du champ d'application du droit de Genève. Car en effet, ces campagnes militaires d'envergure entraient clairement dans le champ d'application de ce droit²²⁶.

142. La riposte des Etats-Unis au lendemain des attaques du 11 septembre a converti la situation de violence en conflit armé, déclenchant ainsi l'applicabilité du DIH (Titre I). Cette conversion de la violence exigeait justement l'application de ce corpus juridique (Titre II).

²²³ « Droit international humanitaire : questions et réponses », *CICR*, 15 mai 2004, p. 3, disponible sur le site web du CICR : <http://www.cicr.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/SYYGFR>. Les principaux traités de droit international humanitaire applicables aux conflits armés sont les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977.

²²⁴ M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme » le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYL*, vol. 39, 2001, pp. 11, 12.

²²⁵ G. ANDREANI, « La guerre contre le terrorisme, le piège des mots », *AFRI*, vol. IV, 2003, pp. 102, 103.

²²⁶ Art. 2 al. 1 et 2 al. 2 commun aux quatre CG de 1949.

Titre I : De l'applicabilité du droit international humanitaire

143. Les CG sont représentatives de notre système universel de traitement des personnes victimes des conflits armés. En effet, la CG I, CG II, CG III, CG IV de 1949 et leurs PA de 1977 sont dotés de normes juridiques pertinentes et capables d'apporter des réponses satisfaisantes aux problématiques soulevées par la « guerre contre le terrorisme ». Force est de constater que, les dispositions des PA font aujourd'hui partie du droit international coutumier que tous les Etats sont tenus de respecter. Il en est de même pour les CG et les traités des droits de l'homme (DH) et le droit coutumier des droits de l'homme.

144. Conscients du risque auquel leurs troupes allaient être exposées, les Etats-Unis ont rapidement qualifié leur intervention militaire en Afghanistan de CAI. Cette démarche visait particulièrement à garantir la protection des troupes américaines contre les combattants ennemis qui, découlera sur l'interprétation extensive de la notion de CAI. Cette interprétation extensive va enclencher quasi automatiquement le déclenchement de l'application de la CG III. C'est sur cette base extensive que le Président George W. BUSH reconnaît l'applicabilité des CG à la guerre en Afghanistan²²⁷.

145. Pour le CICR, les Parties belligérantes devaient respecter leurs obligations en vertu du DIH. Il précise en effet que : « *les combattants capturés par les forces ennemies dans ce conflit armé international entre les Taliban et la coalition dirigée par les Etats-Unis doivent être traités conformément aux dispositions de la troisième Convention de Genève et, les civils détenus par une partie dont ils ne sont pas des ressortissants doivent être traités en conformité avec la quatrième Convention de Genève* »²²⁸. Par là, le CICR rappelait aux Etats-Unis et à l'Afghanistan, tous deux Parties

²²⁷ Décision du 7 février 2002.

²²⁸ CICR, *Afghanistan : Le CICR demande à toutes les parties au conflit de respecter le droit international humanitaire*, Communication à la presse 1/47 du 24 octobre 2001, en ligne : <http://www.icrc.org/fre>, également reproduite dans (2001) 844 *RICR*, pp. 1178-1179.

aux CG et principaux belligérants, la nécessité à ne pas se soustraire à leurs obligations conventionnelles.

146. Le déclenchement de l'applicabilité du DIH repose sur une sorte de « synchronisation juridique » connectant la PA I de 1977 aux CG de 1949. En effet, le PA I renvoie en son art. 1 paragraphe 3 la situation déclenchant l'applicabilité du DIH à l'art. 2 al. 1 commun aux quatre CG de 1949 : « *En cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* »²²⁹. L'effectivité de son applicabilité peut également être possible dans le cas énuméré par l'art. 2 al. 2 commun aux quatre CG qui stipule : « *La convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou une partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire* »²³⁰. Rappelons en effet que la Convention relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954, et ses Protocoles s'appliquent dans les mêmes conditions que celles énoncées à l'art. 2 commun aux CG et à l'art. 1 paragraphe 4 du PA I de 1977, relatif aux guerres de libération nationale.

147. L'applicabilité du DIH trouve son effectivité en présence d'un conflit armé²³¹. Cette effectivité tient sa légitimité dès l'ouverture du conflit armé et s'éteint qu'à la fin de celui-ci. En outre, l'applicabilité du DIH peut éventuellement se poursuivre après la fin du conflit armé grâce aux dispositions dérogatoires qui garantissent la protection des personnes maintenues en détention. On peut citer notamment le cas des détenus de Guantanamo.

148. Toutefois, on peut admettre que l'effectivité d'une telle applicabilité, c'est-à-dire celle résultant des actes de terrorisme international réside dans la bataille sémantique menée par l'emploi de l'expression « guerre contre le terrorisme ». En effet, la justification de la lutte contre le terrorisme par la métaphore dite de « guerre

²²⁹ Art. 2 al. 1 commun aux quatre CG.

²³⁰ Art. 2 al. 2 commun aux quatre CG.

²³¹ L'intervention du Professeur Djamchid MOMTAZ, lors du 37th Round Table on Current issues of International Humanitarian Law « Conduct of Hostilities : the Practice, the Law and the Future », Sanremo, 4-6 September 2014.

contre le terrorisme », suivie du déploiement massif des troupes en Afghanistan et en Irak, suscitent légitimement des interrogations quant à l'applicabilité du DIH.

149. La militarisation de lutte contre le terrorisme pour reprendre l'expression utilisée par Colombe CAMUS avait conduit les Etats-Unis dans une « guerre » contre une entité privée terroriste. Cette « guerre » d'un genre nouveau est devenue une question fondamentale en droit alors qu'elle ne l'était avant le 11 septembre. Ainsi indiquait très justement la Rapporteuse spéciale de la Sous-Commission des droits de l'homme des NU : « *La question nouvelle, celle de savoir si un Etat peut-être en guerre avec un groupe terroriste ou avec une organisation criminelle multinationale ne s'était jamais posée avant le 11 septembre 2001. Depuis le 11 septembre 2001, elle se pose bien, et elle est même difficile* »²³². Peu importe le moment du déclenchement du conflit justifiant l'applicabilité du DIH, l'affirmation de l'existence d'une « guerre » menée par les Etats-Unis contre le réseau terroriste ne doit justifier en aucun cas certains actes répréhensibles. Même si l'emploi du terme « guerre » par le Président George W. BUSH ne s'apparentait pas à une simple métaphore²³³.

150. Enfin, la « guerre contre le terrorisme » étant la conséquence directe résultant d'un acte de violence planifié par une entité privée et exécuté par des individus, pousse à s'intéresser tout d'abord à la qualification juridique de ces attaques. Ensuite, elle remet en scène la question relative à la nature du conflit (Chapitre II).

²³² K., K., KOUFA, *Terrorisme et droits de l'homme, Deuxième rapport intérimaire, Conseil économique et social*, voir documents des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/2002/35, p. 21.

²³³ G. ANDRÉANI, « La guerre contre le terrorisme. Le piège des mots », *Annuaire français de relations internationales*, 2003, vol. IV, pp. 102-104. V. aussi « *This language stretches the meaning of the word "war". If Washington means "war" metaphorically, as when it speaks of the war on drugs, the rhetoric would be uncontroversial-a mere hortatory device designed to rally support to an important cause. But the administration seems to think of the war on terrorism quite literally-as a real war-and that has worrying implications.* », K. Roth, *Drawing the Line: War Rules and Law Enforcement Rules in the Fight against Terrorism*, Human Rights Watch, January 2004, p. 1.

Voir également : G. ANDRÉANI, « La guerre contre le terrorisme. Le piège des mots », *AFRI*, vol. IV, 2003, p. 103 ; <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/FD001270.pdf>

Chapitre I : De la qualification des attentats du 11 septembre 2001

151. Le 12 septembre 2001, le Président George W. BUSH déclarait dans son discours que « *les attaques délibérées et meurtrières qui ont été perpétrées [...] contre notre pays étaient plus que des actes de terrorisme, c'était des actes de guerre* »²³⁴. Ces attentats vont servir à justifier la mise en route de la « guerre contre le terrorisme » qu'il entendait mener contre l' « Axe du Mal »²³⁵.

152. Ainsi, l'OTAN décide d'appliquer son art. 5 du Traité au motif que les Etats-Unis faisaient face à une « attaque armée ». Quant au CS des NU, ces attentats représentaient une « *menace à la paix et à la sécurité international* » qui fonde un « *droit inhérent de légitime défense individuelle ou collective conformément à la carte* »²³⁶. On peut en déduire en effet que l'ampleur des dégâts causés par ces événements a fait basculer ces attentats en « agression armée ».

153. Dans ces conditions, la qualification des attentats du 11 septembre nécessitait un recours au droit international. En plus, la légitimité de la riposte américaine était soumise en partie à cette qualification juridique. Rappelons tout de même que cette notion de « guerre » renvoie à un formalisme désuet, on lui préfère d'ailleurs celle de conflit armé qui semble le mieux correspondre à la situation conflictuelle contemporaine.

154. L'utilisation de la notion de « guerre » par l'Administration Bush ne répond certes pas à un simple exercice de rhétorique fortuit, mais consacre une stratégie politique particulière de légitimation de la riposte envisagée.

155. Par conséquent, cette démarche a dénaturisé la notion de « guerre ». Les attentats du 11 septembre ont été le fait d'individu et non d'Etats. Or, la « guerre »

²³⁴ Discours prononcé le 12 septembre devant le Conseil de sécurité.

²³⁵ Discours sur l'état de l'Union du 29 décembre 2002. L'expression fut de toute évidence créée par le rédacteur des discours de George W. BUSH, en l'occurrence David FRUM.

²³⁶ La résolution 1368 du CS des NU du 12 septembre 2001.

s'entend de la confrontation entre deux ou plusieurs Etats. Même si aucune guerre contemporaine ne se plie plus à cette règle. Toutefois, il n'empêche que le dominateur commun de la définition de cette notion réside dans la présence de ou des Etats et d'un théâtre d'opération où les Parties belligérantes sont censées s'affronter. Il se trouve en revanche que dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », on note une nette absence d'une déclaration de guerre contre les Etats-Unis, aucun ennemi visible et identifiable. Cette absence d'ennemi visible et identifiable a d'ailleurs été reconnue par le Président américain lorsqu'il déclarait : « *Le peuple américain doit savoir que nous faisons face à un ennemi différent de tous ceux qui nous ont combattus. Il se cache dans l'ombre et n'a aucun respect pour la vie humaine* »²³⁷.

156. Faire des attaques du 11 septembre des « actes de guerre » susceptibles d'engendrer le recours à la force, reviendra à légitimer l'idée selon laquelle la « guerre » peut être déclenchée par un groupe terroriste à l'instar d'Al-Qaïda, contraignant ainsi l'Etat à la mener contre ces derniers. Si nous admettons cela, nous reconnaissons sans le vouloir à Al-Qaïda le monopole de la violence légitime réservé jusqu'à présent à une seule entité qu'est l'Etat. Autrement dit, le chef d'Al-Qaïda allait être assimilé à un quasi chef d'Etat et son organisation terroriste à un quasi Etat comme le soulignait J. FITZPATRICK²³⁸. En revanche, la dénaturalisation de la notion de « guerre » ne nous permet pas de placer les Etats-Unis et Al-Qaïda au même pied d'égalité, mais à comprendre la spécificité de cette nouvelle forme de conflit²³⁹.

157. Enfin, il semble certain que George W. BUSH mettait l'accent sur le caractère atypique dudit conflit, certainement pour mieux échapper aux règles codifiant les hostilités. Même si le fondement juridique de l'intervention militaire américaine avait été contesté, mais une fois les hostilités déclenchées, il n'ignorait pas que le *jus in bello* allait s'appliquer à ce conflit.

²³⁷ Le Président américain revenait très souvent sur la nature atypique de cette guerre : « *Il s'agit d'un type de conflit nouveau, contre un ennemi d'une nature différente* », discours prononcé le 15 septembre 2001 à l'issue d'un conseil de guerre.

²³⁸ J. FITZPATRICK, « Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism », *AJIL*, 2002, p. 349.

²³⁹ H. MÜNKLER, « The Wars of the 21st Century », *RICR*, mars 2003, pp. 7-8.

158. D'où l'intérêt de rechercher d'abord comment peuvent être qualifiés juridiquement les actes de terrorismes international (Section I), puis il faudra examiner la position de l'Administration Bush par rapport la qualification juridique de ces actes de terrorisme international (Section II).

Section I: De la qualification juridique des actes de terrorisme international

159. La qualification juridique des actes de terrorisme international n'est possible qu'en examinant les attentats du 11 septembre 2001 (Paragraphe I), puis en définissant juridiquement l'expression dite de « guerre contre le terrorisme » (Paragraphe II).

Paragraphe I: Les attaques du 11 septembre 2001: actes de terrorisme international.

160. Les attaques du 11 septembre 2001 ont été qualifiées par certains juristes comme des « crimes contre l'humanité »²⁴⁰. Une notion qui rend perplexe la considération de Carl SCHMITT. Pour lui, la notion de « crimes contre l'humanité » n'a pas de fondement juridique véritable—elle représenterait l'implication d'un sujet qui parle au nom de l'humanité. Elle suppose d'une part, une dangereuse exclusion de ceux qui ne sont pas reconnus comme y appartenant. D'autre part, elle revêt la particularité

²⁴⁰ Cf. Procès-verbal de la conférence de presse de Mary ROBINSON, Haut-Commissaire aux droits de l'homme, 25 septembre 2001. Geoffrey ROBERTSON (Avocat)—*The Times*, 18 septembre 2001. Alain PELLET (Juriste)—*Le Monde*, 21 septembre 2001.

concrète d'un crime en lui accordant une portée hautement universelle. A travers cette critique, l'auteur ne récuse nullement pas l'approche de l'idée d'humanité, mais nous interpelle du risque de l'imminence captation politique et juridique que pouvait avoir un vainqueur probable contre un vaincu éventuel²⁴¹.

161. On pense que la répétition de la qualification des attaques du 11 septembre apparaissait trop rapide et simpliste dans certaines mesures. Notre prise de distance à une telle qualification repose sur le fondement même de la définition des crimes contre l'humanité : « (...) on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile (...) »²⁴². Certes, les attaques du 11 septembre englobaient en son sein les trois notions importantes qui constituent l'ossature de cette définition—généralisé, systématique, civile. Force est de constater que, cette qualification aussi pertinente soit-elle peut également s'appliquer à des crimes relevant des pulsions d'un « tireur fou » comme fut le cas du « Tireur fou de Washington »²⁴³.

162. Si on admet que les attaques du 11 septembre 2001 soient qualifiées de crimes contre l'humanité, notre raisonnement finira par se heurter durement à un obstacle lié à la compétence juridictionnelle. Car en effet, les actes de terrorisme échappent complètement de la compétence de la CPI. Enfin, de tous les crimes énumérés (crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes d'agression) par le Statut de Rome, ceux relevant des actes de terrorisme ne figurent nulle part. En fait, le terrorisme reste exclu de la compétence de la CPI, ce qui rend cette qualification intenable dans certaines mesures. D'ailleurs, la position américaine en faveur de l'exclusion des infractions du terrorisme de la compétence de la CPI ne

²⁴¹ C. SCHMITT, « Ethique de l'Etat et Etat pluraliste », *Parlementarisme et Démocratie*, 1930, p. 146. V. également à ce sujet, E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Paris, Classiques GARNIER, 2012, p. 506.

²⁴² Art. 7 (1) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

²⁴³ John Allen MOHAMMED, qui se fit mondialement connaître en 2002 comme le « Tireur fou de Washington »—surnommé le « Sniper de Washington » pour avoir terrorisé la capitale américaine en tuant au hasard dix personnes en trois semaines, avant d'être arrêté puis exécuté par injection mortelle en Virginie, le 10 novembre 2009. (Agence France Presse—Washington) http://www.lapresse.ca/international/etat-unis/200911/10/01-920403-le-tireur-fou-de-washington_-_execute.php

fait aucun doute si l'on s'abstient aux déclarations de David SCHEFFER, « *Le fait de conférer cette compétence à la Cour pourrait saper des efforts nationaux et transnationaux essentiels et faire obstacle à l'efficacité de la lutte contre ces crimes* »²⁴⁴. Toutefois, à travers ces crimes introduits dans le Statut de Rome, les actes de terrorisme sont explicitement interdits²⁴⁵.

163. L'évidence est que les attaques du 11 septembre 2001 ont terrorisé les populations civiles à travers le monde et particulièrement aux Etats-Unis. Elles peuvent être résumées en trois mots-clés—généralisées, systématiques, population civile. L'art. 7 (1) du Statut de Rome n'aurait suffi à qualifier ces événements tragiques de crimes contre l'humanité. S'obstiner à accepter une telle qualification pour ces attaques reviendra à considérer que tout acte de terrorisme international sera dorénavant considéré comme tel. En effet, depuis sa définition lors du procès de Nuremberg en 1944, la notion de crimes contre l'humanité impliquait avant tout une action offensive de l'Etat. Cette opinion est largement partagée par le Professeur BASSIOUNI lorsqu'il estime que : « *l'action ou la politique de l'Etat était un élément juridique préalable des crime contre l'humanité* »²⁴⁶. En inscrivant la composante de l'Etat dans la qualification de lutte contre l'humanité, les attaques du 11 septembre semblent être exclues même si Al-Qaïda avait pour refuge le territoire afghan.

164. Dans les année 1990, l'une des Chambres de première instance de la CPIY soutenait l'élargissement de l'étendue de la portée de la notion de crimes contre l'humanité, en jugeant qu'elle était non seulement l'œuvre de la « *politique d'un gouvernement* », mais aussi l'œuvre initiée par une « *organisation ou un groupe* ». Certes, cette désignation s'étend aux organisations et aux groupes, faut-il inscrire Al-Qaïda dans le champ d'application de cette approche ? Par conséquent, la prise en compte de cette notion ne pourrait se résumer au strict caractère relevant de l'action étroite d'une « *politique d'un Etat* »²⁴⁷. Ecarter la notion de crimes contre l'humanité de la portée globalisante qui incluait des « *organisations ou des groupe* », permettrait de

²⁴⁴ Déclaration de David SCHEFFER, ambassadeur des Etats-Unis et chef de la délégation américaine, faite le 23 juillet 1998 devant le Comité des affaires étrangères du Sénat faisant suite à la Conférence de Rome.

²⁴⁵ Y. SANDOZ, « Lutte contre le terrorisme et droit international », *RSDIDE*, 3/2002, p. 348.

²⁴⁶ C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, 2^e éd. modifiée, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 243-281.

²⁴⁷ *Procureur c. Tadic* (Case n° IT-94-1-T), opinion et jugement, 7 mai 1997, paragraphe 645.

procéder à la « purification définitionnelle » de la notion en la libérant des détails qui englobaient des nouveaux acteurs comme par exemple : le « tireur fou », les tueurs en série. Mettre en avant le critère politique ajouterait de l'inconnu à la définition initiale consacrée à l'art. 7 (1)²⁴⁸.

165. Si l'on remonte à la politique menée par l'Allemagne dans les années trente, on peut comprendre l'intérêt du caractère politique dans la définition de cette notion. Car en effet, le caractère collectif de ce crime exige, de toute évidence, l'action de l'Etat qu'il sert des moyens qui sont mis à sa disposition à travers les institutions de commettre ou d'empêcher la perpétration des crimes jugés spécifiques par le Statut de Nüremberg²⁴⁹.

On constate en effet que, le raisonnement avancé par la Chambre de première instance dans l'affaire *Tadic* a été repris lors de la Conférence de Rome en se référant à l'élément politique, tout en l'insérant dans la définition initiale relative à la notion de crimes contre l'humanité²⁵⁰.

166. Un revirement jurisprudentiel intervient à ce sujet dans la décision de la Chambre d'appel du TPIY lorsqu'elle estime que l'existence d'un plan ou d'une politique n'était point fondamentale pour qualifier un acte de crimes contre l'humanité. Pour le Tribunal, « Rien, dans le Statut ou le droit international coutumier tel qu'il existait à l'époque des faits allégués, n'exige la preuve de l'existence d'un plan ou d'une politique visant à la perpétration de ces crimes », avant de poursuivre « Plusieurs Chambres du Tribunal se sont penchées sur la question de savoir si la condition d'existence d'un plan ou d'une politique était un des éléments de la définition des crimes contre l'humanité »²⁵¹. Vouloir qualifier les attaques terroristes de crimes contre l'humanité en avançant l'art. 7 du Statut de Rome, tout en exigeant une souplesse interprétative de cette disposition afin d'inscrire ces malheureux événements serait

²⁴⁸ W. A. SCHABAS, « Terrorisme : crime contre l'humanité ? », in, *SOS Attentats terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, Paris, 2003, p. 382.

²⁴⁹ Art. 6 c du Statut de Nüremberg.

²⁵⁰ Cf. Statut de Rome de la Cour pénale internationale, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, art. 7 (2) (a), « (...) on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

²⁵¹ Procureur c. Kunarac et al. (Affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A), jugement, 12 juin 2002, para. 98.

risqué pour le droit. De même, qu'une telle approche conduirait à ignorer le fondement même de l'art. 22 (2) du Statut de Rome ; selon lequel : « *La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation* »²⁵².

167. Enfin, il ne serait nullement prétentieux, ni erroné de qualifier les attaques terroristes de meurtre à grande échelle. En les considérant comme un crime de droit commun, soumis au régime pénal et relevant ainsi de la compétence des tribunaux pénaux américains. La gravité des faits ne pouvait qu'alimenter toute perspective visant à durcir la militarisation de la lutte contre le terrorisme.

Paragraphe II : La « guerre contre le terrorisme » : une militarisation de la lutte contre le terrorisme.

168. Il n'existe pas de termes juridiques en droit international tels que la « guerre contre le terrorisme » déclarée par le Président George W. BUSH le 20 septembre 2001 ; ou encore l'« Axe du Mal » évoqué dans son discours sur l'état de l'Union du 31 janvier 2002, qui permettraient aux Etats-Unis de déroger à leurs obligations en DIH.

169. De par sa particularité, la « guerre contre le terrorisme » s'inscrit dans la réflexion de Philippe WECKEL en pensant qu'elle « *ouvre un champ d'application du droit dans la guerre qui échappe au cadre spatial et temporel du droit des conflits armés, tel qu'il est généralement accepté. Il n'y aurait plus à proprement parler, ni de période des hostilités actives, ni de théâtre des opérations militaires* »²⁵³. Cette conception américaine de la « guerre contre le terrorisme » est élaborée dans une configuration

²⁵² Art. 22 (2) du Statut de Rome.

²⁵³ P. WECKEL cité par V. HAROUËL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, Paris, PUF, 2005, p. 312.

qui se positionne à l'opposé de l'idéalisme kantien de la « paix perpétuelle ». Ce qui suppose en effet qu'avec cette conception américaine la « guerre contre le terrorisme » se dirige semble-t-il vers une sorte de « guerre perpétuelle ». Une guerre qui a certes un début mais qui ne connaîtra jamais une fin. C'est en quelque sorte une véritable inscription au « *caractère indéterminé d'une guerre sans fin* » pour reprendre l'observation faite par Gilles ANDREANI²⁵⁴.

170. L'emploi de l'expression « guerre contre le terrorisme » par George W. BUSH au lendemain de ces attaques terroristes a créé une « guerre sémantique » entre deux expressions diamétralement opposées à savoir : « guerre contre le terrorisme » et « lutte contre le terrorisme ».

En raison du contexte qui prévalait après ces attaques, l'emploi de la première expression nous semble politiquement légitime comme le pense Gilles ANDREANI, « *On peut juger que l'emploi du mot "guerre" pour désigner la lutte contre le terrorisme était la conséquence naturelle de l'énormité de l'attaque et de la haine envers l'Amérique qu'elle exprimait. On ne voit d'ailleurs pas comment le Président BUSH aurait pu faire l'économie. Ce mot n'avait d'ailleurs pas été impropre pour désigner la campagne d'Afghanistan* »²⁵⁵. Par conséquent, l'emploi d'une telle expression au-delà de son aspect métaphorique semble juridiquement maladroit et lourd de conséquences comme le soulignait Alain PELLET²⁵⁶. Pire encore, l'emploi de la première expression à la place de la deuxième serait certes juridiquement acceptable, suscitait et amplifiait à juste titre d'ailleurs de multiples réactions²⁵⁷.

171. Née au lendemain des attaques terroriste, la « guerre contre le terrorisme » symbolisait la « militarisation » de la lutte contre le terrorisme²⁵⁸. Cette « lutte contre le terrorisme militarisée » initiée par les Etats-Unis avait pour objectif l'éradication du réseau terroriste Al-Qaïda. Mais elle a été étendue à une échelle

²⁵⁴ G. ANDREANI, « La guerre contre le terrorisme : un succès incertain et couteux », *IFRI/PE*, 2011/2-Eté, p. 257.

²⁵⁵ G. ANDREANI, « La guerre contre le terrorisme. Le piège des mots », *AFRI*, vol. IV, 2003. p. 103. <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/andréani2003.pdf>

²⁵⁶ A. PELLET, *Le Monde*, 21 sept. 2001.

²⁵⁷ E. MOURLON-DRUOL, *La stratégie nord-américaine après le 11 septembre. Un réel renouveau ?* L'Harmattan, Paris, 2005, p. 74.

²⁵⁸ C. CAMUS, *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Ed. Du Félin, Paris, 2007, p. 25.

globale à partir de laquelle toutes cibles verrouillées par le système sécuritaire américain allaient être détruites²⁵⁹. On pourrait également considérer à l'instar d'Hélène TIGROUDJA que « *l'utilisation du vocabulaire issu du droit des conflits pour décrire les attaques du 11 septembre et la situation juridique qui en est née n'est pas anodine, mais traduit plutôt, du moins du côté américain, un changement de paradigme : la lutte contre le terrorisme ne s'inscrit plus dans un contexte juridique de paix, mais plutôt dans celui de la guerre* »²⁶⁰. Dans cette approche globalisante on pouvait y voire la réduction de la prolifération des armes de destruction massive détenues, semble-t-il, par certains pays parmi lesquels l'Irak²⁶¹. Ceci est purement une démarche politique que Gilles ANDREANI qualifiait de « *bellicisation de la lutte contre le terrorisme* »²⁶². Cette « *lutte contre le terrorisme bellicisée* » pour paraphraser l'auteur est une particularité de l'unilatéralisme américaine.

172. L'expression « *guerre contre le terrorisme* » tout comme la notion de « *guerre* » au sens strict font référence à une action militaire. Autrement dit, elles renvoient toutes les deux à l'engagement dans la guerre au sens classique du terme ou étroit, pour reprendre la terminologie confortablement employée par le Professeur Eric DAVID²⁶³. Cependant, le parallèle à travers l'utilisation de l'expression « *guerre contre le terrorisme* » et « *lutte contre le terrorisme* » n'apporte aucune valeur ajoutée quant à son acceptation juridique. Bref, la « *guerre contre le terrorisme* » ne serait pas considérée dans sa globalité comme une véritable « *guerre* » au sens juridique du terme, c'est-à-dire comme un conflit armé au regard des dispositions prévues par le

²⁵⁹ Discours du Président BUSH au Congrès le 20 septembre 2002 : « *Notre guerre contre le terrorisme commence par Al-Qaïda mais ne se termine pas là. Elle ne se terminera que lorsque chaque groupe terroriste capable de frapper à l'échelle mondiale aura été repéré, arrêté et vaincu.* ». V. également, G. ANDREANI, « *La guerre contre le terrorisme : un succès incertain et coûteux* », *IFRI / PE*, 2011/2, p. 256.

²⁶⁰ H. TIGROUDJA, « *Quel (s) droit (s) applicable (s) à la « guerre au terrorisme »* », *AFDI*, vol. 48, 2002. Pp. 82.

²⁶¹ Discours à West Point du Président BUSH le 1^{er} juin 2002 : « *Le danger le plus grave qui menace la liberté se situe à la croisée périlleuse des chemins que sont le radicalisme et la technologie. Lorsque se produit une prolifération d'armes chimiques, biologiques et nucléaires et qu'existe la technologie pour la fabrication de missiles balistiques, même des Etats faibles et de petits groupes peuvent accumuler une puissance catastrophique leur permettant de frapper les grandes nations.* ».

²⁶² G. ANDREANI, « *La guerre contre le terrorisme. Le piège des mots* », *Annuaire français de relations internationales*, vol. IV, 2003. p. 105.

²⁶³ E. DAVID., *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 4^e éd., Bruxelles, 2008, pp. 115 et s.

droit de Genève²⁶⁴. De toute façon, cette problématique n'a jamais été posée avant 2001. Ceci va dans le droit fil de ce que pense K. K. KOUFA, « *La question nouvelle, celle de savoir si un Etat peut être en guerre avec un groupe terroriste ou avec une organisation criminelle multinationale ne s'était jamais posée avant le 11 septembre 2001. Depuis le 11 septembre 2001, elle se pose bien, et elle est même difficile* »²⁶⁵. Cette

²⁶⁴ L'art. 2 commun aux convention de Genève de 1949 dispose que : « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles (...) » ; J. PICTET, *Commentaire de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952, p. 34. « *Tout différend surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention des membres des forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. La durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle* » ; le PA I quant à lui, étend la définition au-delà des conflits réguliers entre Etats, c'est-à-dire du conflit armé international aux conflits armés dans lesquels des peuples se battent contre la domination coloniale, l'occupation étrangère ou les régimes racistes en faisant usage de leur droit à l'autodétermination (guerre de libération nationale), art. 1 paragraphe 4 : « ...les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » ; Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a proposé une définition générale du conflit armé international. Dans l'affaire Tadic, le Tribunal a stipulé que « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ». Rappelons que cette définition a été adoptée par d'autres instances internationales. V. à cet effet, TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'Appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-A, 2 octobre 1995, paragraphe 70 ; selon D. SCHNINDLER, « (...) on peut toujours présumer l'existence d'un conflit armé au sens de l'art. 2 commun aux Conventions de Genève lorsque des parties des forces armées de deux Etats s'affrontent. (...) tout usage de la force entre deux Etats, quel qu'il soit, entraîne l'application des Conventions » (trad. CICR), *The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, RCADI, vol. 163, 1979-II, p. 131. Pour H.-P. GASSER, « tout usage de la force armée par un Etat contre le territoire d'un autre Etat, déclenche l'application des Conventions de Genève entre ces deux Etats. (...) Il est sans importance que la partie attaquée résiste ou non. (...) Dès que les forces armées d'un Etat ont des membres des forces armées blessés ou hors de combat ou des civils d'un autre Etat entre leurs mains, dès qu'elles détiennent des prisonniers ou exercent un contrôle sur une partie du territoire de l'Etat ennemi, elles doivent respecter le Convention pertinente » (Trad. CICR), H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law: an Introduction, in Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. HAUG (ed.), Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, p. 510-511. Les Règlements communs de l'armée allemande (ZDv 15/2) disposent que « un conflit armé international existe si une partie à recours à la force armée contre une autre partie. (...) L'usage de la force militaire par des individus ou des groupes d'individus n'est pas suffisant » (trad. CICR), D. FLECK, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 40. Enfin, pour le Professeur E. DAVID, « tout affrontement armé entre forces des Etats parties aux CG de 1949 (et éventuellement au 1^{er} PA de 1977) relève de ces instruments, qu'elle que soit l'ampleur de cet affrontement : une escarmouche, un incident de frontière entre les forces armées des Parties suffisent à provoquer l'application des Conventions (et du 1^{er} Protocole, s'il lie les Etats) à cette situation », E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, ULB, Bruxelles, 2002, p. 109.

²⁶⁵ K. K. KOUFA, *Terrorisme et droits de l'Homme*, Deuxième rapport intérimaire, Conseil économique et social, voir document des Nations Unies E/CN. 4/Sub. 2/2002/35, p. 21.

difficulté s'accroît à cause de l'expression maladroite choisie par le Président George W. BUSH pour justifier la fermeté des Etats-Unis à réagir militairement suite aux attaques.

173. Quoi qu'il en soit, l'utilisation de cette expression « guerre contre le terrorisme » ne s'inscrit nullement dans le cadre strictement étroit du droit international relatif au *jus ad bellum*—l'usage de la force, ni de celui du DIH relatif au *jus in bello*—la conduite de la guerre. Par conséquent, « (...) n'est comprise dans un sens étroit et militaire mais dans une acception beaucoup plus large, comme on a pu parler de « guerre à la pauvreté »)²⁶⁶. Au regard de ce qui précède, les Professeurs de droit à l'instar de Yves SANDOZ et Eric DAVID estimaient que, l'expression « guerre contre le terrorisme » dans son sens large comprend aussi la possibilité d'actions militaires, donc l'engagement dans un conflit armé.

174. La multiplicité doctrinale reste divergente quant à la définition juridique à accorder à cette expression. En effet, selon la doctrine du CICR, « L'expression « guerre contre le terrorisme » est une formule de rhétorique, sans aucune signification juridique. Prétendre que le droit des conflits armés s'applique automatiquement à la « guerre contre le terrorisme » n'a pas plus de sens que lorsqu'il s'agit des « guerre » contre la drogue, la pauvreté ou le cancer. Par conséquent, en soi, la critique générale proférée contre le droit des conflits armés en raison de son incapacité à couvrir le terrorisme, équivaut à reprocher au droit des sociétés de ne pas permettre de trancher tous les litiges commerciaux »²⁶⁷. Ce qui signifierait que, lorsqu'il est fait usage de violence armée en dehors du contexte d'un conflit armé au sens juridique du terme, ou encore lorsqu'une personne est soupçonnée d'activités terroristes, elle n'est pas détenue dans le cadre d'un conflit armé. Et ce, quel qu'il soit, le DIH n'est pas applicable.

Ces deux cas cités sont sanctionnés par le droit interne, le droit pénal international et les droits de l'homme. L'emploi de l'expression « guerre contre le terrorisme » n'implique pas forcément l'applicabilité du DIH à tous les aspects résultant de ce concept. En revanche, le DIH pourrait s'appliquer à certains des aspects de la « guerre

²⁶⁶ Y. SANDOZ, « Guerre contre le terrorisme : fondements juridiques et réflexion prospective », in, *SOS Terrorisme, Victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, Paris, 2003, p. 506.

²⁶⁷ G. RONA, « Quand une "guerre" n'est-elle pas une "guerre" ? Le droit des conflits armés et la « guerre internationale contre le terrorisme » », *CICR*, 16 mars 2004, p. 1.

contre le terrorisme » se déroulant dans le cadre d'un conflit armé. Autrement dit, la manifestation de la « guerre contre le terrorisme » sous l'une ou l'autre des conflits armés impliquerait par conséquent l'application du DIH. Pour le CICR, la question relative à l'inscription de la « guerre contre le terrorisme » dans un conflit armé international ou non international n'est pas juridique mais politique. C'est en allant dans ce sens que, Gabor RONA écrit : « *Prétendre que le droit des conflits armés s'applique automatiquement à la « guerre contre le terrorisme » n'a pas plus de sens que lorsqu'il s'agit des "guerre" contre la drogue, la pauvreté ou le cancer* »²⁶⁸. On peut ainsi affirmer qu'en absence de toutes caractéristiques déterminantes des conflits internationaux ou non internationaux, le DIH n'est pas applicable²⁶⁹.

175. Mais, l'argumentation avancée par Gabor RONA peut être anéantie par la décision de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Hamdam c/Rumsfeld*. Dans cette affaire, elle avait décidé que l'art. 3 Commun aux CG était applicable aux membres d'Al-Qaïda. De ce point de vue, Al-Qaïda représentait une Partie à un conflit armé. D'après le DIH, l'élément fondamental de la notion de conflit armé est l'existence de « Parties belligérantes ».

176. Cependant, il n'est pas exclu de s'interroger qu'Al-Qaïda puisse être défini comme une Partie belligérante au sens du DIH. Dès lors que, les mesures anti-terroristes prises par les Etats-Unis ne sont pas tous assimilables à des actes de guerre. C'est ainsi que le CICR considère que : « *le terrorisme est un phénomène. Or, tant dans la pratique que du point de vue juridique, on ne peut livrer une guerre contre un phénomène. On peut seulement combattre une partie identifiable à un conflit. Pour toutes ces raisons, il serait plus judicieux de parler de "lutte contre le terrorisme" plutôt que de "guerre contre le terrorisme", la première revêtant de multiples facettes* »²⁷⁰. Toutefois, au-delà de cette considération du CICR, la question relative à l'applicabilité des CG dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » est toujours d'actualité. Car en effet, cette

²⁶⁸ G. RONA, « Quand une « guerre » n'est-elle pas une « guerre »? Le droit des conflits armés et la « guerre internationale contre le terrorisme » ; intervention lors de l'atelier Action internationale visant à prévenir et à combattre le terrorisme, Copenhague, 15-16 mars 2004.

²⁶⁹ G. RONA, « Quand une « guerre » n'est-elle pas une « guerre »? Le droit des conflits armés et la « guerre internationale contre le terrorisme », *CICR*, 16 mars 2004, pp. 1-2.

²⁷⁰ « Droit international humanitaire : questions et réponses », *CICR*, 15 mai 2004, p. 3. CICR : <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/SYYGFR>

célèbre expression post-11 septembre ne devait tomber en désuétude qu'après l'éradication complète du terrorisme. Cette réalité fait de la « guerre contre le terrorisme » une sorte de « guerre » prolongée.

Section II : De la position controversée de l'Administration Bush

177. La qualification de ces attaques terroristes en « agression armée » a été d'un point de politique une vraie stratégie pour l'Administration Bush, afin de justifier sa politique interventionniste. L'objectif principal était de donner plus de gravité à tout recourir à la force armée contre les pays qu'elle qualifiait d' « Axe du mal ». Cette surenchère « juridico-politique » a donné lieu à des interprétations erronées de certains actes de terrorisme ; ainsi qu'à certaines expressions qu'ils ont engendrées. Pour mieux comprendre la position de l'Administration Bush sur la qualification de ces actes de terrorisme, il serait important de comprendre pourquoi les attaques du 11 septembre ont été considérées comme une « agression armée » par l'Administration Bush (Paragraphe I), et la « guerre contre le terrorisme » considérée comme une « guerre » au sens du droit des conflits armés (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les attaques du 11 septembre 2001 : une « agression armée ».

178. Le droit relatif au recours à la légitime défense tire sa légitimité dans le cas d'une agression armée contre un Etat²⁷¹. Dans le cas des attaques du 11 septembre 2001, il est difficile d'affirmer précocement qu'on est en face de ce type d'agression,

²⁷¹ M. KAMTO, *L'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, pp. 23, 24, 25.

c'est-à-dire une agression perpétrée par un Etat en l'occurrence l'Afghanistan, et ou, une agression attribuée spécifiquement à Al-Qaïda assimilable à un crime de l'individu ?

179. Pour Van STEENBERGHE, « *le terrorisme peut constituer un acte d'agression, on suggère de distinguer entre l'« agression armée directe », « c'est-à-dire l'agression résultant d'un niveau d'implication d'un Etat dans les attaques commises par des acteurs non étatiques et dont l'existence permet d'y répondre par une riposte ciblant l'Etat », et l'« agression armée privée », « c'est-à-dire l'agression résultant uniquement des attaques commises par des auteurs non étatiques et dont la survenance permet d'y répondre par une riposte uniquement ciblant ces acteurs, à la condition toutefois que l'Etat sur le territoire duquel cette riposte a lieu n'ait pas voulu ou pu mettre un terme à ces attaques »*²⁷². C'est dans cette optique que la résolution 1378, le Conseil de Sécurité condamne les Talibans du fait d' « *avoir permis que l'Afghanistan soit utilisé comme base d'exportation du terrorisme par le réseau Al-Qaïda [...] et pour avoir accordé l'asile à Oussama Ben Laden »*²⁷³. Le Conseil de Sécurité des NU ne reproche nullement pas aux Taliban d'avoir commandité les membres d'Al-Qaïda à commettre les attaques terroristes dans cette résolution²⁷⁴.

180. Seule la définition de la notion d'agression peut nous aider à répondre à cette interrogation.

181. En effet, c'est lors de la Conférence sur le désarmement au « *Projet de définition de l'agression* » que la première tentative de définition de l'agression intervient en février 1933. Projet déposé par M. LITINOV, représentant soviétique, à partir duquel découlera une définition qui sera reprise par différents traités de non-agression conclus autrefois entre l'URSS et certains Etats²⁷⁵. Agression, notion d'origine latine *aggresio* qui signifie de façon générale : « *Une attaque violente, contre une personne, est apparue dans la langue française dans la seconde moitié du Moyen âge,*

²⁷² R. V. STEENBERGHE, « Le pacte de non-agression et de défense commune de l'Union africaine : entre unilatéralisme et responsabilité collective », *RGDIP*, 2009-1, p. 139.

²⁷³ Résolution 1378 du 14 décembre 2001 relative à la réorganisation de l'Afghanistan après la défaite du régime taliban.

²⁷⁴ Résolution 1378 du 14 novembre 2001, adoptée par le Conseil de Sécurité à sa 4415^e séance.

²⁷⁵ E. ARONEAU, *La définition de l'agression*, éd. Internationales, Paris, 1954, pp. 279-290.

et elle est introduite en droit positif via le droit pénal où elle est définie comme une attaque contre les personnes ou les biens protégés par la loi pénale »²⁷⁶.

182. Il faut cependant admettre que cette notion latine est de plus en plus employée surtout après les attaques du 11 septembre 2001. Aussi pour toute situation liée à un éventuel recours à la force par n'importe quel Etat contre un Etat tiers. Pour éviter tout usage abusif de celle-ci, l'AG des NU adopte en 1974 une définition de l'agression, mais elle est rigoureusement moins appliquée et présente certaines « lacunes »²⁷⁷.

183. Soulignons au passage que cette définition n'a pas été acceptée par l'ensemble des pays du monde, en l'occurrence ceux du nord (Comme c'est le cas aujourd'hui pour la définition du terrorisme, non acceptée par la majorité des pays du sud). Ceci pour des raisons purement politiques, et non, à cause de son insatisfaction comme prétendent certaines opinions²⁷⁸.

184. L'agression armée considérée comme le recours à la menace ou l'emploi de la force dans les relations internationales est prohibé par une règle fondamentale²⁷⁹. Cette règle constitue l'un des principes *sacro-saint* de la Charte des Nations Unies et s'impose à ses Etats membres, ainsi qu'à l'Organisation des Nations Unies elle-même²⁸⁰. Ce principe de l'interdiction du recours à la force représente un véritable droit impératif de nature *jus cogens*, c'est-à-dire une règle de portée générale²⁸¹. Par compte, l'interdiction des formes moins graves de recours à la force ne sont quant à elles des normes de *jus cogens*. C'est notamment le cas de l'interdiction de

²⁷⁶ M. KAMTO, *L'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, p. 8.

²⁷⁷ P. DAILLER, A. Pellet, *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd., Paris, 2002, p. 713.

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ Art. 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies.

²⁸⁰ C'est d'ailleurs l'article 2 paragraphe 4 qui cristallise ce fameux principe en disposant : « les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

²⁸¹ T. CHRISTAKIS, « Unilatéralisme et multilatéralisme dans la lutte contre la terreur : l'exemple du terrorisme biologique et chimique », in Karine BANNELIER, et autres (*dir.*), *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, Paris, 2002, p. 173.

recours à la force relative à l'agression²⁸². Le droit de la Charte consacré à l'emploi de la force symbolise en soi la preuve existante d'une règle du droit international venant du *jus cogens*, c'est-à-dire de ce droit impératif²⁸³.

185. Certes, la Conférence de San Francisco n'était pas parvenue à élaborer une définition de l'agression en mettant tous les Etats d'accord sur un projet de définition de celle-ci, cela n'a pas empêché à l'Organisation mondiale en l'occurrence l'ONU ; forte de sa capacité d'initiative à trouver une définition à travers l'un de ses organes à savoir l'AG²⁸⁴. Il a fallu à cet effet créer un Comité spécial en application de la résolution 2330 (XXII) du 18 décembre 1967, après de très difficiles travaux²⁸⁵. Ce projet de définition d'agression fut adopté successivement par consensus par ledit Comité et par l'AG elle-même²⁸⁶.

186. On ne pourrait pas en effet parler de l'intérêt que représente la résolution 2330 (XXII) sans souligner l'évolution apportée par la résolution 3314 à l'égard du droit international, comme le pense avec rigueur le Professeur Jaroslav ZOUREK : « *l'approbation de la définition de l'agression par l'Assemblée générale des Nations Unies est un évènement historique dans l'évolution du droit international et constitue un aboutissement des longs efforts entrepris par l'Organisation des Nations Unies depuis la cinquième session de l'Assemblée générale ou l'examen de cette question fut commencé*

²⁸² O. CORTEN, *Le droit contre la guerre, l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, A. Pedone, Paris, 2008, pp. 293-316.

²⁸³ Voir à cet effet, le premier paragraphe du commentaire de la Commission sur l'article 50 de ses projets d'articles sur le droit des traités, *ACDI*, 1966-II, p. 270.

²⁸⁴ La résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, voir *United Nations Audiovisual Library of international Law*, 2008. www.un.org/law/avl

²⁸⁵ W. KONARNICKI, « *La définition de l'agression dans le droit international moderne* », *RCADI*, 1949, II, pp. 5 et s.; J. ZOUREK, « *La définition de l'agression et le droit international. Développement de la question* », *RCADI*, 1957, II, pp. 755 et s ; ainsi que, « *Enfin une définition de l'agression* », *AFDI*, vol. XX, 1974, pp. 10-19 ; voir enfin, M. CORDIER, « *Certains aspect actuels de la définition de l'agression* », Mémoire de l'Institut des Hautes Etudes internationales (I.H.E.I.) de l'université de Paris II, 1973.

²⁸⁶ P. RAMBAUD, « *La définition de l'agression par l'Organisation des Nations Unies* », *RGDIP*, Tome LXXX, 1976, p. 836, note 1.

sur la proposition de l'Union soviétique »²⁸⁷. Mais, cette opinion bien particulière et rigoureuse n'a pas échappé aux critiques venant de certains auteurs²⁸⁸.

187. En fait, cette définition doit son inspiration à l'art. 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies, c'est d'ailleurs ce que pense Patrick RAMBAUD en la considérant comme étant une « définition conforme au droit des Nations Unies »²⁸⁹. Pour le Professeur Maurice KAMTO, « l'agression est un acte matériel de guerre qui se distingue par la nature, des autres formes de recours à la force armée. La qualification d'un cas d'utilisation de la force armée contre un Etat d'acte d'agression, exige la réunion d'un certain nombre d'éléments opérant de manière cumulative. La détermination de l'auteur d'un tel acte ne va pas quelquefois sans difficulté, d'autant plus que l'Etat agresseur n'agit pas toujours directement par lui-même. L'agression est lourde de conséquences pour l'auteur de l'acte, et c'est sans doute pour cette raison que les instances habilitées à la constater, n'appliquent que rarement cette qualification à des cas de recours à la force armée », il poursuit son propos en soulignant, « l'agression est une opération militaire spécifique distincte des autres formes de recours à la force armée. Elle ne peut se déduire simplement de l'intention ou du comportement de son auteur présumé. C'est lorsqu'elle est arrivée, qu'elle justifie la légitime défense. Dans cet ordre d'idées, une guerre préventive ne serait pas de la légitime défense ; l'opinion dominante tend à la considérer au contraire comme un acte d'agression »²⁹⁰.

188. En tout état de cause, on ne peut ignorer l'impact que cette définition de 1974 a eu sur l'ordre juridique international. Force est de constater avec indignation que, les conflits interétatiques via l'agression armée comme « mode opératoire » n'ont pas hélas cessé de se multiplier après cette année²⁹¹.

²⁸⁷ J. ZOUREK, « Enfin une définition de l'agression », *AFDI*, 1975, pp. 9-30. Voir à la 385^e séance de la Première Commission ; voir aussi le document A/C.I./ 608, Rev. 1.

²⁸⁸ A. HASBI, M. LAMOURI, « La définition de l'agression à l'épreuve de la réalité » in *Discours juridique sur l'agression et réalité internationale. Réalités du droit international contemporain*, 6^{ème} Rencontres de Reims, Publications universitaires de Reims, 1982, pp. 22-52.

²⁸⁹ P. RAMBAUD, « La définition de l'agression par l'Organisation des Nations Unies », *RGDIP*, Tome LXXX, 1976, pp. 841-863.

²⁹⁰ M. KAMTO, *l'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, pp. 91-92.

²⁹¹ L'exemple le plus marquant et le plus récent est bien évidemment la Seconde Guerre du Golfe déclenchée par George W. BUSH.

189. Pour les NU, une seule et unique définition suffira : « *l'agression est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de tout autre manière incompatible avec la charte des Nations Unies, ainsi qu'il ressort de la présente définition* »²⁹². Alors qu'en est-il des attaques du 11 septembre 2001 ? En effet, il est difficile de pouvoir loger ces attaques dans cette définition sans démontrer qu'Al-Qaïda représente l'un des organes de l'Etat afghan et que ce dernier avait planifié ces opérations²⁹³. Ceci dit, l'activité terroriste menée sur le territoire afghan par le réseau terroriste Al-Qaïda en causant la mort à des milliers de personnes aux Etats-Unis engageait de ce fait la responsabilité internationale de l'Afghanistan²⁹⁴.

190. Tout cela nous rappelle un précédent, *l'affaire Nicaragua c. Etats-Unis*, dans laquelle il était écrit, « *même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des contras, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même, d'après les informations dont la Cour dispose, pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les contras au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. (...) Même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifierait pas (...), sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes (...) allégués (...). Ces actes auraient fort bien pu être commis par les membres de la force contra en dehors du contrôle des Etats-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires et paramilitaires au cours desquelles les violations en question*

²⁹² Conseil de Sécurité des NU, annexe art. 1 de la résolution 3314 (XXIX).

²⁹³ M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme » le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYIL*, vol. 39, 2001, pp. 6-7-8. ; voir aussi CIJ dans *l'affaire des activités militaire et paramilitaires au Nicaragua* de 1986. ; *Affaire Tadic* du 15 juillet 1999. ; Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Art. 1 « *Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale* ».

²⁹⁴ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, article 8. Et commentaires y relatifs (ci-après Projet d'articles), dans le Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Doc. Off. Commission du droit international NU, 53^e sess., Doc. NU A/56/10 (2001), aux pp. 60-391, en ligne : Organisation des Nations Unies <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>> (L'Assemblée générale de l'ONU a pris note de ce Projet dans sa résolution A/RES/56/83 du 12 décembre 2001.

se seraient produites »²⁹⁵. Mais on peut, en revanche, dire que la force de ces attaques a été dirigée contre la souveraineté et l'intégrité politique des Etats-Unis²⁹⁶.

191. On sait que ces attaques ont causé des dommages sur une échelle importante, c'est-à-dire contre plusieurs cibles dont l'une d'elles représentant un objectif militaire (Pentagone) en temps de guerre; ainsi que contre des personnes civiles, et biens civils (dommages collatéraux). En fait, ce sont des attaques à caractère « sans discrimination », en raison de leur dangerosité²⁹⁷. Elles sont condamnées par le Protocole additionnel I de 1977 aux CG de 1949²⁹⁸.

192. Il est sans doute évident qu'une attaque armée créait un état de guerre sur le territoire de l'Etat victime d'un tel acte. De même que du côté de l'Etat auteur de cet acte par crainte de représailles. C'est une véritable angoisse réciproque entre Etats concernés par une telle confrontation²⁹⁹. Elle se caractérise souvent par son ampleur et sa durée, ainsi que par ses conséquences sur le plan diplomatique³⁰⁰.

193. Notons qu'il est toujours important d'apporter le *distinguo* entre une « attaque armée » et une « incursion armée ». A ce sujet, la CIJ a très bien reconnu cette importance lorsqu'elle statuait sur l'affaire dite des *Activités militaires et paramilitaires*, « on peut considérer comme admis que, par agression armée il faut entendre non seulement l'action des forces armées régulières à travers une frontière internationale mais encore « l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent » (entre autres) à une véritable

²⁹⁵ *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 1986. CJI, Rec 1. Paragraphe 115.

²⁹⁶ D. CARREAU citant J. BODIN : « La souveraineté était un principe essentiel de droit interne destiné à ordonner la société politique », dans, *Droit international*, A. Pedone, 11^e éd., Paris, 2012, p. 51

²⁹⁷ Ce sont des « attaques aveugles » qui ne distinguent point des civils des militaires, et qui sont sans nul doute contraire au DIH.

²⁹⁸ Voir, l'art. 51 paragraphe 4 et 5 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949.

²⁹⁹ F. BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, Paris, 2006, pp. 103-104.

³⁰⁰ M. KOMTO, *L'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, p. 24.

*agression armée accomplie par des forces régulières, « ou (au) fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action »*³⁰¹.

194. Il ressort de cette affaire précédemment citée, l'annonce sans détour de la remarquable carrière du plaideur français : le Professeur Alain PELLET, alors Conseil du Nicaragua. En effet, le 9 avril 1984, le Nicaragua, Etat victime introduit une instance contre les Etats-Unis devant la CIJ. Ce premier reprochait à ces derniers de faire usage de la force militaire contre le Nicaragua en s'immisçant dans ses affaires intérieures. La requête soulignait en l'espèce que les Etats-Unis avaient violé le droit international en armant et en assistant les mouvements séditieux locaux les *contrats* dont le principal but était la destitution du gouvernement de M. SOMOZA.

195. L'attitude américaine portait sans doute atteinte à l'intégrité territoriale du Nicaragua³⁰². Il figure dans ce litige un grand nombre de thèmes du droit international public : la souveraineté de l'Etat, le règlement des différends, l'application de la coutume, l'intervention armée, le DIH, les Nations Unies (...), la responsabilité internationale³⁰³.

196. Ce fut, il faut le souligner, une occasion pour la Cour de montrer la primauté de la Charte des Nations Unies (1945) dans la hiérarchie des normes internationales³⁰⁴. Cette disposition stoppait nettement l'argument avancé par Etats-Unis, selon lequel la requête nicaraguayenne était irrecevabilité ; au motif qu'il n'avait pas épuisé les autres voies de recours. Faisant allusion au processus de Contadora comme moyen conventionnel régional de règlement de différends³⁰⁵. Cet argument est très vite évacué par la Cour lorsqu'elle rappelle au défendeur la primauté de la Charte

³⁰¹ C.I.J., Recueil, 1986, p. 103, par. 195.

³⁰² J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 9^e éd., Paris, 2010, pp. 269, 270.

³⁰³ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Art. 1 « Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale ».

³⁰⁴ Art. 103 de la Charte des Nations Unies de 1945, « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

³⁰⁵ Les 7 et 8 janvier 1983, dans l'île panaméenne de Contadora, naissance du groupe de Contadora : Colombie, Mexique, Panama, Venezuela, qui se donne pour objectif de favoriser une solution négociée aux conflits Centre-amérique (Nicaragua, Salvadore, Guatemala). L'initiative de définit comme une alternative à la politique agressive des Etats-Unis. <http://www.monde-diplomatique.fr/mav/90/PIRONET/14292>

des NU (art. 103). A propos, elle soulignait en effet qu'en toute hypothèse, les accords régionaux, bilatéraux et même multilatéraux sont toujours subordonnés à l'art. 103 de la Charte³⁰⁶. Cette dernière pose le principe de sa supériorité en cas de conflit de normes³⁰⁷. Cette primauté est incluse dans l'esprit de l'art. 20 de la SDN³⁰⁸.

197. En ce qui concernant la question relative à la violation de la souveraineté du Nicaragua, la Cour considère que l'attitude des Etats-Unis n'est pas conforme au droit international coutumier. Car, ces derniers n'ont dans leur intervention d'aide aux *Contras*, signalé le minage des ports nicaraguayens³⁰⁹. Même si l'aide ait été demandée par les opposants politiques hostiles au gouvernement légitime, cela n'écarte en rien les Etats-Unis de leur responsabilité internationale³¹⁰. Cela revient à dire que, les attaques contre les ports, les installations pétrolières, constituent des atteintes à la souveraineté territoriale du Nicaragua³¹¹.

198. Cependant, au titre du DIH, les Etats-Unis n'avaient point le droit de soutenir des personnes participant à un conflit armé dans un Etats tiers³¹². Pour ces raisons tout autant pertinentes, la Cour rejette ainsi le moyen tiré de la légitime défense par les Etats-Unis.

³⁰⁶ Voir L. DUBOUIS, Les rapports du droit régional et du droit universel, *in* Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, Colloque, *SFDI*, 1976, pp. 263 et s.

Voir aussi, D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, 10^e éd., Paris, 2009, p. 82.

³⁰⁷ Voir CIJ, 26 nov. 1986, par. 107.

³⁰⁸ Art. 20 du Pacte de la SDN disposait, « 1^{er} les membres de la Société reconnaissent, chacun en ce qui le concerne, que le présent Pacte abroge toutes les obligations ou ententes incompatibles avec ses termes et s'engagent solennellement à n'en pas conclure à l'avenir de semblables ;

2^e Si, avant son entrée dans la Société, un membre a assumé des obligations incompatibles avec les termes du Pacte, il doit prendre des mesures immédiates pour se dégager de ces obligations ».

³⁰⁹ Voir CIJ, 9 avril 1949, *Affaire dite du Détroit de Corfou*.

³¹⁰ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Art. 1 « *Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale* ».

³¹¹ D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, 10^e éd., Paris, 2009, pp. 34, 35.

³¹² Violation de l'art. 1 paragraphe 2 de la Charte des NU, « Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde ».

199. Le Statut de la CIJ pose un principe très important qui oblige à la Cour de statuer que sur les différends d'ordre juridique³¹³. Ce principe exclut tout différend de nature politique. C'est pour cette raison que les Etats-Unis avaient alors utilisé ce moyen afin de demander à la Cour l'irrecevabilité de la requête en évoquant son incompétence pour les litiges d'ordre politique. Pour ce faire, la Cour avait tout d'abord reconnu l'existence du caractère politique de certains aspects du litige, avant d'indiquer ensuite que ce n'est pas « *parce qu'un litige ne constitue qu'un aspect d'un litige politique, que la Cour doit se refuser de résoudre dans l'intérêt des parties les questions juridiques* ». Enfin, la Cour avait également rappelé que la compétence du CS des NU, organe politique, n'enlève aucunement à la Cour la maîtrise de ses fonctions juridictionnelles³¹⁴. Ainsi donc, la CIJ avait condamné les Etats-Unis pour recours illicite à la force et non pour menace d'y recourir³¹⁵.

200. Elle avait enfin rappelé que les Etats-Unis n'avaient pas respecté dans le passé les rapports de voisinage³¹⁶. Et, les rapports d'amitié, en violant ainsi le traité d'amitié qui les liait avec le Nicaragua³¹⁷.

A titre de rappel historique, l'audace de la Cour sur l'étendue de la recevabilité des requêtes a fait preuve d'efficacité en 1980 lors de l'*affaire du Personnel diplomatique et Consulaire des Etats-Unis à Téhéran*³¹⁸.

201. Enfin, la motivation de cette définition restrictive de la notion de « menace » est la base même du choix terminologique de cette condamnation qui engendre une différence de traitement. De toute façon, la condamnation d'un Etat relative à une « menace » ou à un « recours à la force » est souvent dictée par des raisons d'ordre politique et juridique³¹⁹.

³¹³ Art. 36 du Statut de la CIJ, « La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur ».

³¹⁴ Art. 1 et 36 du Statut de la Cour internationale de justice.

³¹⁵ CIJ., arrêt du 27 juin 1986, Recueil, 1986, p. 53, par. 92.

³¹⁶ Voir, SA, *Lac Lanoux*, 16 nov. 1957.

³¹⁷ Traité d'amitié du 21 janvier 1956.

³¹⁸ Voir CIJ, 24 mai 1980.

³¹⁹ L'invasion du Koweït par l'Irak de Saddam HUSSEIN, le 2 au 4 août 1990.

202. En restant entre les lignes du raisonnement de la Cour, on peut considérer que si les terroristes du 11 septembre furent commandités par les taliban, autorités *de facto* de l'Afghanistan, alors leurs attaques seraient de ce fait considérées comme une agression armée³²⁰.

203. Selon les règles établies par la Commission du droit international (CDI), un Etat peut voir sa responsabilité être engagée par le fait internationalement illicite d'une entité, dès lors qu'il reconnaît et adopte ce fait comme son propre acte³²¹. Il faudra aussi que l'Etat identifie et fasse sien le fait en cause³²². Si Al-Qaïda était un organe de l'Etat afghan, alors ce dernier devait veiller à ce que ce premier exerce la diligence tout abstenant à ne pas violer les droits garantis par le droit international (v. *l'Affaire l'Alabama*)³²³. Autrement dit, malgré le fait que les autorités afghanes soient prévenues de la nature d'activités menées par Al-Qaïda, le fait qu'Oussama BEN LADEN et ses complices soient poursuivis par la justice américaine pour avoir commandité les attentats de Nairobi et de Dar es-Salaam ; bref, de les avoir permis de transformer le territoire afghan en sanctuaire pour terrorisme international³²⁴. Tous ces éléments cumulés rendent inévitablement l'Afghanistan responsable des conséquences d'une telle activité³²⁵.

Paragraphe II : La « guerre contre le terrorisme » : une « guerre » classique

³²⁰ Voir la résolution 3314 de l'AG de 1974 portant sur la définition de l'agression.

³²¹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, art. 11; *Concession des Phares de l'Empire ottoman*, (1956) Recueil des sentences arbitrales, vol. XII 155 aux pp. 197 et 198 (Nations Unies). Dans *l'affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, (1980) C.I.J. Rec. 3 au paragraphe 74.

³²² CDI, rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Doc. Off. Commission du droit international NU, 53^e sess., Doc. NU A/56/10 (2001), aux p. 128. <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>

³²³ L. CONDERELLI, « L'imputabilité à l'Etat d'un fait internationalement illicite », (1984) 188 *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye* 10 pp. 105-116. ; A. De LA PRADELLE et N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, éd. internationales, 2^e éd., Paris, 1957, vol. II, pp. 713 s. 965 s.; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, art. 2.; *ACDI*, 1975, vol. 2, New York, NU, p. 87.

³²⁴ Résolution 1269 du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 19 octobre 1999.

³²⁵ Résolution 1267 Doc. Off. CS NU, 4051^e séance, Doc. NU S/RES/1267 (1999).

204. Après les attaques du 11 septembre 2001, l'expression « conflit armé » avait été préférée au détriment de la notion « guerre ». Cette préférence terminologique et juridique n'était pas anodine³²⁶. Du point de vue terminologique cette expression comporte toute une panoplie de situations qu'on ne trouvera certainement pas dans la notion de « guerre ». En vertu de l'art. 2 al. 1 commun aux CG, tout regard sous l'angle du DIH établit une nette préférence de l'expression « conflit armé » au détriment de celle de « guerre »³²⁷. La reprise de l'expression « conflit armé » par les CG montre son intérêt pour le DIH avant comme après le 11 septembre 2001.

205. Le « conflit armé » est le contexte exclusif dans lequel s'applique le DIH. C'est d'ailleurs ce que Charles ROUSSEAU qualifie de l' « acte condition » de la mise en application du DIH³²⁸. En effet, le concept de « conflit armé » n'est guère défini dans aucune des Conventions pertinentes, la jurisprudence en a donné la définition suivante : « *un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes armés au sein d'un Etat* »³²⁹. Cette définition apporte une véritable distinction entre le concept de CAI et celui de CANI.

206. Comme on vient de l'indiquer, le DIH n'est applicable qu'en cas de conflit armé. Cependant, l'identification d'un conflit armé reste subordonnée à son élément fondamental qui n'est autre que l'existence des « Parties » belligérantes. Etant bien structurées, ces « Parties » au conflit armé ont donc le devoir de respecter le DIH. Ce droit permet en revanche aux combattants bénéficient des garanties accordées par ce droit une fois tombés au pouvoir de l'ennemi ou de la Partie adverse³³⁰. Car, toute

³²⁶ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 4^e éd., Bruxelles, 2008, pp. 115-117.

³²⁷ Art. 2 al. 1 commun des CG « *En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* ».

³²⁸ Ch. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Pédone, Paris, 1983, p. 7 ; E. DAVID, « Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales », in J.-F. FLAUSS, *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 136.

³²⁹ TPIY, app. , aff. IT-94-1-AR 72, 2 oct. 1995, *Tadic*, paragraphe 70.

³³⁰ Voir, « Droit international humanitaire et terrorisme : questions et réponses », *CICR*, 1 janvier 2011, p. 2-3.

personne capturée dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » ne peut pas être considérée comme se trouvant en dehors du cadre normatif de ce corpus juridique. Il n'existe pas de « vide juridique » en matière de protection juridique³³¹.

207. Cependant, il est difficile d'attribuer à ce stade du raisonnement le critère juridique adéquat relatif aux attaques du 11 septembre 2001. Si bien qu'il est important de s'interroger sur la qualification juridique de ces attaques. De même, il est également important de s'intéresser sur la qualification juridique de celles-ci.

208. Si l'on s'appuie uniquement sur l'acharnement des terroristes pour qualifier juridiquement les attaques du 11 septembre, on risquera de restreindre très fortement la pertinence de notre raisonnement. Autrement dit, convertir notre raisonnement uniquement sur la gravité de ces attaques reviendra à en conclure qu'elles remplissaient cumulativement, à elles seules, toutes les conditions nécessaires pour qu'elles soient incontestablement constitutives de conflit armé³³². Pour le CICR, l'application du champ d'application extensive de l'art. 3 commun aux quatre CG ainsi que l'application du PA I demeurent l'évidence³³³.

209. De 1974 à 1977, lors de la Conférence diplomatique, axée autour de la réaffirmation et le développement du DIH, au cours de laquelle une solution semblait être trouvée. Mais cela n'avait pas empêché aux Etats d'apporter une précision supplémentaire sur la notion de CANI. Tout ceci avait pour but de fixer les conditions

<http://www.icrc.org/fre/ressources/documents/faq/terrorism-faq-050504.htm>

Voir aussi, « *Le droit international humanitaire et les défis que posent les conflits armés contemporains* », un rapport préparé par le CICR pour la XXVIIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2-6, décembre 2003.

³³¹ CICR, « Droit international humanitaire et terrorisme : questions et réponses », 14 mai 2004, p. 3. <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/terrorism-faq-050504>

³³² Ce qui impliquerait l'application par exemple de la CG du 12 août 1949 (art. 2, al. 1^{er}, Commun).

³³³ Art. 43 al. 1 du PA I : « les forces armées d'une partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armées et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés ».

Voir également, l'art. 44 al 1 : « Tout combattant, au sens de l'art. 43 qui tombe au pouvoir d'une partie adverse est prisonnier de guerre ».

adéquates afin d'éviter d'entretenir le flou imposé par l'art. 3 Commun aux CG³³⁴. Car, l'art. 3 Commun des CG ne fixe aucune condition à ce sujet³³⁵. En revanche, le PA II apporte, quant à lui, une série de conditions nouvelles qui ont d'ailleurs permis au CICR et à d'autres acteurs de considérer qu'il existait désormais deux types de CANI. Il s'agit de ceux qui dépendent du fameux art. 3 Commun aux quatre CG et ceux répondant aux exigences relevant du PA II³³⁶. Ceci implique l'applicabilité conjointe de l'art. 3 Commun aux CG et du PA II, pourvu que l'Etat concerné soit lié par ledit instrument. Ainsi, cette applicabilité en osmose entre l'art. 3 Commun aux CG et le PA II ne fait que renforcer le DIH, en le rendant beaucoup plus pertinent et facilement applicable.

Le PA II se base essentiellement sur la capacité d'appliquer le DIH en le considérant comme un critère fondamental. En effet, cette considération ne tient pas rigueur à l'application effective. Car, il serait quasiment impossible de pouvoir juger de l'existence ou non des conditions requises afin de permettre l'application du Protocole. Pour éviter d'appliquer des règles du DH les plus élémentaires, certains Etats Parties au conflit tentent toujours de qualifier les forces dissidentes de « terroristes ». Cependant, si le Protocole avait fait mention de l'application effective. Cela serait une véritable opportunité pour certains gouvernements de nier l'applicabilité du DIH aux forces dissidentes³³⁷. Le CICR exige à toutes les Parties concernées un respect strict des règles tout en rappelant que le respect des règles n'implique point l'immunité juridictionnelle³³⁸.

³³⁴ ³³⁴ Y. SANDOZ « L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes », in J.-F. FLAUSS, *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 48.

³³⁵ Art. 3 commun au CG, « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions (...) ».

³³⁶ Art. 1 al. 1 du PAII : « le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 Commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une haute partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole ».

³³⁷ S. SZUREK, « La question du statut des « prisonniers du champ de bataille » », A. Pedone, Paris, 2003, p. 129, in Onzièmes rencontres internationales d'Aix-en-Provence, Colloque des 17 et 18 janvier 2003, en l'honneur d'Ahmed MAHIOU.

³³⁸ *Ibid.*,

Chapitre II : De l'existence d'un conflit armé

210. L'application du DIH à la conduite des hostilités est conditionnée par l'existence d'un conflit armé. En effet, la qualification d'une situation de conflit armé relève du DIH qui fixe des critères objectifs pour définir un conflit armé³³⁹. Mais, certains Etats à l'instar des Etats-Unis ont profité de la tendance actuelle pour qu'ils parviennent à qualifier de « guerre » la lutte contre le terrorisme, alors même que la situation était loin d'atteindre le seuil fixé par le DIH. Cette tendance n'est pas pour autant sans conséquence pour le DIH. C'est ainsi que, avant le 11 septembre, le droit international faisait déjà l'objet de nombreuses critiques visant principalement sa capacité à répondre efficacement aux nouvelles formes de conflits armés³⁴⁰. Avec les évènements du 11 septembre 2001, ce pessimisme s'est accentué.

211. En effet, le vocal de « guerre contre le terrorisme » utilisé par George W. BUSH pour indiquer la substitution de la lutte contre le terrorisme par la militarisation de celle-ci n'était guère une erreur de communication. Il implique le changement du contexte juridique notamment du droit applicable. C'est ce que pense aussi le Professeur Hélène TIGROUDJA, « *La lutte contre le terrorisme ne s'inscrit plus dans un contexte juridique de paix, mais plutôt dans celui de la guerre* »³⁴¹. Cette orientation donnée par le choix sémantique de l'Administration Bush exclut systématiquement l'application des règles du droit commun au profit du droit dérogatoire³⁴². Sauf qu'on

³³⁹ Cf. Art. 2 commun aux CG et art. 1 du PA pour ce qui est des critères sur la base desquels on peut qualifier un CAI.

³⁴⁰ G. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, 1989-III, tome 215 et s ; Voir également, Y. DAUDET, « International action against State terrorism », in R. HIGGINS, M. FLORY (edts), *Terrorism and International Law*, London/New-York : LES/Routledge, 1997, pp. 201 et s.

³⁴¹ H. TIGROUDJA, « Quel (s) droit (s) applicable (s) à la « guerre au terrorisme » », *AFDI*, vol. 48, 2002. p. 82.

³⁴² P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd., Paris, p. 967, paragraphe 576, « *Le droit des conflits armés internationaux proprement dit ne s'applique qu'une fois le conflit déclenché. Son objet essentiel est de régler, dans le cadre de l'état de guerre substitué à l'état de paix, deux séries de rapports, ceux entre combattants et ceux entre combattants et non-combattants. On se trouve en présence d'un effet considérable de la souveraineté : par un acte unilatéral, la partie qui a décidé de recourir aux armes provoque une novation du régime juridique international tout entier réalisée par le passage du « droit de la paix » au « droit de la guerre ».*

est face à une « agression terroriste » et non une « agression armée », pour prétendre déroger au droit commun au motif que cette « agression » ne rentre pas dans la catégorie classique du droit des conflits armés. Ce qui implique que, les interventions militaires s'inscrivent bel et bien dans le cadre d'un CAI. A ce titre, l'application du droit des conflits armés est plus qu'évidente. Cette évidence est également confirmée par l'existence de l'état de belligérance.

212. Encore appelé droit des conflits armés, le droit international de la guerre ou *jus in bello* s'applique aux conflits armés que, ceux-ci soient légaux ou non comme fut le cas de l'Afghanistan et de l'Irak³⁴³. La question relative à la légalité de la guerre est réglée par le *jus ad bellum*³⁴⁴. Sous l'angle juridique, il est presque impératif d'établir la distinction entre le motif pour lequel une guerre est conduite et la manière dont elle est conduite. Cette distinction est d'une importance capitale car en effet elle permet d'éviter que les belligérants n'invoquent une légitimité morale ou religieuse, ou encore la poursuite inexorable d'un but supérieur pour se placer au-dessus des règles du DIH, ou encore dans le but de mener une guerre sans merci ou totale³⁴⁵. Le DIH repose sur un équilibre entre les besoins humanitaires et les intérêts militaires. Pour éviter d'entrer dans l'engrenage d'une guerre totale, il est recommandé aux Parties belligérantes de ne pas utiliser à leur guise n'importe quels moyens et méthodes de guerre qui leur conviennent pour conduire la guerre afin d'atteindre leur fin³⁴⁶.

213. Dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », le DIH ne contient pas spécifiquement une définition juridique de ce type de conflit armé. En revanche, lorsque la « guerre contre le terrorisme » se manifeste sous l'une ou l'autre forme de conflit armé tels le cas du conflit afghan et irakien, le DIH s'applique. De même que certaines dispositions du CIDH et même du droit interne. Par conséquent, lorsqu'il est fait usage de la violence armée en dehors du contexte d'un conflit armé au sens

³⁴³ Cf. paragraphe 5 du Préambule du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (RS. 0. 518. 521).

³⁴⁴ Ce droit est ancré notamment dans la Charte de l'ONU, à l'art. 2, al. 4, et dans le Chap. VII, en particulier à l'art. 51 (RS 0. 120).

³⁴⁵ T. PFANNER, « Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire », *RICR*, vol. 87, N° 857, Mars 2005, p. 159.

³⁴⁶ CICR, *Méthodes et moyens de guerre*, 29 octobre 2010, <https://www.icrc.org/fre/war-and-law/conduct-hostilities/methods-means-warfare/overview-methods-and-means-of-warfare.htm>

juridique, ou lorsqu'une personne soupçonnée d'activités terroristes n'est pas détenue dans le cadre d'un conflit armé, quel qu'il soit, le DIH n'est pas applicable. Ces cas sont alors régis par le droit interne, le droit pénal international et les droits de l'homme.

214. Selon le CICR, « *la question de savoir si un conflit armé international ou non international s'inscrit dans la « guerre contre le terrorisme » n'est pas juridique mais politique. Enfin, l'appellation « guerre contre le terrorisme » n'implique pas implicitement l'applicabilité du DIH à tous les cas de violence qui peuvent découler de cette notion, mais seulement et principalement à ceux qui se déroulent dans le cadre strict d'un conflit armé. Ceci étant, la guerre en Afghanistan et en Irak s'inscrivent parfaitement dans le cadre d'un conflit armé. Cette inscription dans le cadre d'un conflit armé justifie de ce fait l'application du DIH.*

215. En outre, il est également applicable à la « guerre contre le terrorisme » que les acteurs (étatiques ou non étatiques) en respectent ou non les règles de ce droit, et qu'ils se considèrent ou non comme liés par celles-ci. Le respect du DIH ne s'impose pas seulement aux Etats mais à tous acteurs belligérants et, même aux civils considérés *a priori* comme ne participant pas directement aux hostilités. C'est dans le droit fil de ce respect que, la CIJ a qualifié les dispositions de l'art. 3 commun aux CG : « *considérations élémentaires de l'humanité* »³⁴⁷. La mise en pratique de ces considérations élémentaires que rappelle la CIJ n'est possible que dans un conflit armé.

Section I : De la nature du conflit armé

216. On a souvent posé la question de savoir si la « guerre contre le terrorisme » dans sa globalité était constitutive de conflit armé ? Pour répondre à cette

³⁴⁷ CIJ, *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, Rec. 1986, p. 14, paragraphe 218, confirmé dans CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004 paragraphe 157.

question, il suffit de appuyer sur la réponse partielle qu'avait apportée un tribunal de district américain dans l'affaire *Jose Padilla c. Hanft*. Il s'agissait en effet d'un citoyen américain suspecté de terrorisme et arrêté à l'aéroport de Chicago. Après son interpellation, il a été tout de suite placé en détention dans un établissement pénal avant d'être transféré dans un établissement militaire en tant que « combattant ennemi ». Les autorités s'étaient prétendument fondées sur l'autorité présidentielle accordée sous l'autorisation d'usage de la force militaire (en anglais « *Autorisation for Use of Military Force* » (*AUMF*)). En statuant sur cette question juridique, le tribunal avait déclaré que, si l'usage approprié de la force pour arrêter un citoyen américain sur le champ de bataille pouvait s'avérer nécessaire, le tribunal ne pouvait statuer qu'il en allait de même lorsqu'un citoyen américain était arrêté dans une infrastructure civile telle qu'un aéroport. En clair, il s'agit d'une affaire qui relève de l'application de la loi et, non d'une affaire à caractère militaire³⁴⁸.

217. En guise de rappel, ce travail de recherche ne traitera que des CAI tels que celui d'Afghanistan et d'Irak. Il est clairement établi que les CG s'appliquent à ces conflits dès lors que les Parties en conflit sont des Etats comme fut d'ailleurs le cas en Afghanistan et en Irak.

218. Il faut admettre sans détour possible que le DIH est la *lex specialis* qui s'applique en cas de conflit armé. Même en cas de danger public national, il n'est pas censé se soumettre à une quelconque dérogation possible au risque de remettre en cause son application. Il ne se substitue pas au DIDH, c'est-à-dire en l'absence de toute dérogation en bonne et due forme.

219. Ceci étant, les normes en matière des droits de l'homme continuent de s'appliquer même en cas de conflit armé. Ainsi rappelle l'Observation générale n°29 que « *Pendant un conflit armé, qu'il soit international ou non, les règles du droit international humanitaire deviennent applicables et contribuent, outre les articles 4 et 5, paragraphe 1, du PIDCP, à empêcher tout abus des pouvoirs exceptionnels par un Etat* »³⁴⁹. Dit autrement, la complémentarité entre les deux corpus juridiques, c'est-à-

³⁴⁸ Action civile n°02 :04-2221-26AJ, arrêt du 28 février 2005.

³⁴⁹ Observation générale n°29, paragraphe 3.

dire entre le DIH et le DIDH est plus qu'effective pendant le conflit armé. En ce sens, le DIH parvient à compléter les normes censées appartenir au DIDH afin d'établir un niveau minimal de protection des droits fondamentaux si une dérogation à ces normes devait s'avérer nécessaire³⁵⁰.

220. Le DIH accorde certains « privilèges » aux Etats belligérants, notamment celui de tuer les combattants ennemis et d'appliquer des normes spécifiques concernant la détention et la tenue de procès équitable pour les PG. Rappelons par conséquent que les Etats-Unis n'ont pas ratifié l'ensemble de l'architecture juridique de Genève puisqu'ils ne sont pas Partie aux PA de 1977.

221. Ainsi, pour comprendre dans quelles circonstances le DIH s'appliquera en Afghanistan puis en Irak, il faut tout d'abord aborder la question relative à la qualification de la guerre en Afghanistan (Paragraphe I), puis démontrer que l'invasion suivie de l'occupation de l'Irak s'inscrivaient dans le même qualificatif (Paragraphe II).

Paragraphe I : De la guerre en Afghanistan : un conflit armé international

222. Lorsque la « guerre contre le terrorisme » fait usage de la force armée à l'intérieur d'un Etat, entre cet Etat et un groupe rebelle, ou encore entre des groupes rebelles qui s'opposent à l'intérieur de l'Etat, la situation peut alors être qualifiée de CANI³⁵¹. Dit autrement, lorsque les hostilités atteignent un certain niveau d'intensité, et ou, se prolongent au point où l'on pourra plus parler de troubles intérieurs ou

³⁵⁰ A cet égard, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a clairement noté dans ses décisions sur l'adoption de mesures de précaution à l'égard des personnes détenues à Guantanamo Bay que les interrelations entre les droits de l'homme internationaux et le droit international humanitaire en situations de conflits armés sont variables. A certains égards, les protections peuvent se compléter et se renforcer mutuellement, partageant un noyau commun de droits non dérogeables et l'objectif commun de promouvoir la vie humaine et la dignité. A d'autres égards, le critère permettant d'évaluer le respect d'un droit particulier en situation de conflit armé peut différer de celui qui s'applique en temps de paix (voir note au Gouvernement des Etats-Unis, 23 juillet 2002).

³⁵¹ Art. 3 Commun aux CG de 1949 ; b) l'art. 1 du PA II.

d'émeutes sporadiques ; ou encore lorsque les Parties peuvent être définies et identifiées. Plus encore, lorsque les limites territoriales du conflit armé peuvent être identifiées et définies. Et enfin, lorsque le début et la fin du conflit peuvent être définis et identifiés.

223. La qualification juridique d'un conflit est fondamentale en ce sens qu'elle peut éclairer sur le régime juridique applicable en la matière. C'est dire en effet que, les règles applicables diffèrent d'une situation à une autre. Ainsi, les régimes juridiques susceptibles d'être appliqués ne sont pas impérativement identiques, selon que le conflit en question est qualifié soit de CAI ou non international.

224. Certes, il existe en dehors des types de conflits précédemment cités, d'autres types de conflits armés qui peuvent être qualifiés de : tensions ou troubles internes. La différence fondamentale entre eux est que les derniers ne sont pas couverts par le DIH. En d'autres termes, ils ne rendent pas obligatoire l'applicabilité du DIH. D'où la nécessité de s'interroger si les règles du DIH s'appliquaient ou pas à la guerre en Afghanistan. En d'autres termes, dans quelles conditions la guerre américaine en Afghanistan pourrait être qualifiée de CAI ? Une réponse affirmative à cette interrogation impliquerait incontestablement l'effectivité de l'applicabilité du DIH.

225. En effet, le critère fondamental qui permettrait de déterminer l'existence d'un CAI est l'identité des belligérants impliqués dans le conflit. Pour que celui-ci soit juridiquement qualifié d'international, il faut qu'il oppose au minimum deux Etats. Dès lors que ce critère est rempli, on peut cependant parler de CAI.

Cette implication des Etats en conflit armé est accompagnée du recours à la force armée par le ou plusieurs Etats contre un ou plusieurs autres Etats. C'est d'ailleurs ce qu'affirme sans détour la CPIY à travers l'une de ses jurisprudences en reconnaissant l'existence d'un CAI lorsqu'il y a un recours à la force armée entre Etats³⁵². Cette affirmation rejoint par analogie la constatation soutenue par le Professeur Eric DAVID, « *Si l'Etat intervient dans le conflit armé en envoyant des forces aux côtés d'une des*

³⁵² Cf. CPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995.

*Parties, il ne fait aucun doute qu'entre les forces de l'Etat tiers et les forces de la Partie combattue, le rapport conflictuel est international. Chacune de ces forces appartient à un Etat différent, et il importe peu que l'Etat tiers intervenant ne reconnaisse pas son adversaire comme représentant l'Etat où à lieu l'intervention »*³⁵³. Dans ce cas de figure, les Etats-Unis sont dans l'obligation de respecter les lois de l'Etat Afghan et, poursuit Eric DAVID, « *on peut considérer que toutes les relations entre organes de l'occupant et la population de l'occupé relèvent du droit des conflits armés »*³⁵⁴.

226. Rappelons que, l'existence d'un CAI est jugée nécessaire pour diligenter l'application des CG comme le stipule l'une des dispositions de celles-ci : « *En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présence Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire »*³⁵⁵. Le fait que la guerre en Afghanistan rendre sans difficulté dans le « moule juridique » genevois, la question relative à la détermination de la nature du sujet n'est plus posée.

227. Certes, Al-Qaïda ne soit pas considérée comme une Partie contractante en vertu du droit des conflits armés. Il est clair que, ce n'est pas le cas pour le gouvernement Afghan constitué par les taliban, même si, ce régime particulier n'était pas reconnu par l'ensemble de la Communauté internationale. Mais, le fait qu'il soit Partie aux CG change la « donne juridique ». En plus, ce gouvernement taliban était reconnu par certains pays. Plus encore, la coalition formée autour des Etats-Unis contre le régime taliban renforçait le caractère international de ce conflit.

228. Le discours du Président BUSH dans lequel il promettait une « guerre globale » contre l' « Axe du mal » constitué par les « Etats voyous » et, en particulier contre les membres d'Al-Qaïda et les taliban; apportait une valeur ajoutée au caractère

³⁵³ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 129.

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ Art. 2 Commun aux CG.

international de ce conflit. En effet, il a été globalement admis qu'une pluralité de dispositions issues principalement des Conventions tant de La Haye que de Genève était désormais constitutive de normes de droit international coutumier³⁵⁶.

229. Cependant, il est clairement établi par le droit humanitaire conventionnel que, le CAI est celui qui oppose deux ou plusieurs Etats Parties aux CG. Ainsi, lorsqu'on est en présence d'une occupation militaire, tel fut le cas de l'Irak³⁵⁷. Les règles applicables aux CAI sont des CG de 1949 et le PA I de 1977, y compris les règles de droit international humanitaire coutumier, compilées par le CICR et publié en 2005. Ceci étant, la campagne militaire lancée par la coalition en Afghanistan en octobre 2001 reste sans ambiguïté une guerre au sens premier du terme³⁵⁸.

230. Il faut bien comprendre que ce discours belliqueux annonciateur du déploiement des troupes américaines sur le sol afghan suffisait à qualifier le conflit afghan de CAI. Une qualification en ce sens conduira droit vers l'application du DIH dans ce CAI. Elle est implicitement reconnue par le CICR via son communiqué de presse lorsqu'il déclara : « *The International Committee of the Red Cross (ICRC), as promoter and Guardian of International Humanitarian terms of the War Afghanistan. It reminds all the parties involved—the Taliban, the Northern Alliance, and the US-led coalition—of their obligation to respect and ensure respect for international humanitarian law* »³⁵⁹.

Il suffit en effet qu'il y ait de *facto* des hostilités pour qu'on parle de « conflit armé »³⁶⁰. A cet égard, il convient de souligner que le champ d'application du DIH relatif à la guerre en Afghanistan répond aux critères *ratione temporis, loci et materiae*. Les CG qui sont la base du DIH déterminent clairement les conditions *ratione materiae* et *personae* de ce dernier.

³⁵⁶ V. T. MERON, « The Geneva Conventions as Customary Law », *AJL*, 1987, p. 348.

³⁵⁷ V. Art. 2 des quatre CG.

³⁵⁸ CICR, « La pertinence du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme », Déclaration, du 27 juillet 2005. <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/terrorism-ihl-210705> ; V. aussi M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », article paru dans, *CYIL*, vol. 39, 2001, pp. 11-12.

³⁵⁹ Communiqué de presse du Comité international de la Croix-Rouge en date du 24 octobre 2001—A travers ce Communiqué, le CICR appelait les Parties au conflit à respecter le droit international humanitaire.

³⁶⁰ Commentaire du CICR portant sur l'art. 2 de la CG IV.

Dans le premier critère, le DIH commence à s'appliquer dès le commencement des hostilités et s'interrompt à la fin des hostilités³⁶¹. On se souviendra que l'opération américaine baptisée « Liberté immuable » a déclenché les hostilités le 7 octobre 2001, avant de prendre fin le 22 décembre 2001 avec la chute du régime taliban, suivie de l'installation d'un nouveau régime.

A ce stade, le DIH est applicable à tous les PG appréhendés sur le champ de bataille. Dans le deuxième critère, il est rappelé l'exigence au respect du corps de règles de l'ensemble du territoire des Etats belligérants. Il s'agit ici du théâtre de guerre circonscrit en l'occurrence le territoire afghan³⁶². En effet, les belligérants qui agissaient dans ou à partir de ces territoires sont soumis aux normes du DIH. Le troisième critère fait référence à la réaction militaire américaine qui avait pour cible les membres d'Al-Qaïda mais également les taliban pour leur hospitalité aux membres du réseau terroriste—Al-Qaïda³⁶³.

231. On constate enfin que l'indépendance du *jus in bello* vis-à-vis du *jus ad bellum* renforce considérablement cette applicabilité. Le fait de justifier l'intervention militaire américaine en se basant sur l'art. 51 de la Charte des NU, « *Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par les Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de Sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'à le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales* », ne change rien en l'application du DIH dans la guerre en Afghanistan.

³⁶¹ Art. 3 (b) du Protocole additionnel I de 1977, « l'application des conventions de Genève et du présent protocole cesse [...] à la fin générale des opérations militaires et dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation ».

³⁶² Art. 2 de la troisième Convention de Genève par exemple.

³⁶³ Art. 2 (1) commun aux CG, le DIH est applicable, « *en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* ».

232. Le *jus in bello* défini par le doctrinaire, le professeur C. ROUSSEAU, comme « *L'ensemble des règles de droit international applicables aux rapports réciproques des parties à un conflit armé de caractère international, et, pour parler plus brièvement, les lois et coutumes de la guerre* »³⁶⁴. Il est ici rappelé, à travers cette définition, les règles fondamentales y compris le respect du principe d'égalité des Parties en conflit et surtout le caractère coutumier de règles du DIH régis par ce règlement relatif à la conduite de la guerre.

233. Rappelons enfin que, les règles régissant le principe du *jus in bello* ne sont pas dépendantes de l'ensemble de règles fondant le *jus ad bellum*. Ceci implique que les Etats-Unis ne pouvaient dans ces conditions justifier une quelconque violation des règles du *jus in bello* sous aucun prétexte lors de la guerre en Afghanistan. C'est d'ailleurs cette nature coutumière dégagée par le *jus in bello*, qui est clairement rappelée dans la jurisprudence de la CPIY, « *Conformément au paragraphe 1 de la résolution 808 (1993), le Tribunal international jugera les personnes présumées responsables des violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Le droit applicable se présente sous forme de règles du droit conventionnel et de règles du droit coutumier. Certaines règles de droit international coutumier ne sont pas énoncées dans les Conventions, mais une partie des grands principes du droit conventionnel fait partie du droit international coutumier. De l'avis du Secrétaire général, l'application du principe **nullum crimen sine lege** exige que le Tribunal international applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier, de manière que le problème résultant du fait que certains Etats, mais non la totalité d'entre eux, adhèrent à des Conventions spécifiques ne se pose pas. [...] La partie du droit international humanitaire conventionnel qui est sans aucun doute devenue partie du droit international coutumier est le droit applicable aux conflits armés qui fait l'objet des instruments suivants : les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre ; la Convention de La Haye (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et les Règles y annexées du 18 octobre 1907 ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 et le Statut du Tribunal militaire international*

³⁶⁴ C. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, A. Pedone, Paris, 1983, p. 25.

du 8 août 1945 »³⁶⁵. Il en va de même pour la CIJ dans son arrêt de 1949 lorsqu'elle tentait de définir implicitement le *jus in bello*, en affirmant « [...] ces obligations sont fondées [...] sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité »³⁶⁶. Cette définition est reprise par la Cour en 1986 en estimant, « Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflit armé international, un minimum indépendant de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits »³⁶⁷. Elle accentue sa ligne en allant dans le même sens en 1996, « C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des « considérations élémentaires d'humanité » [...] que la Convention IV de La Haye et les Conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des instruments intransgressibles du droit international coutumier »³⁶⁸. Enfin, l'indépendance du *jus in bello* par rapport aux règles du *jus ad bellum* fait de cette norme un droit coutumier, c'est-à-dire une « pratique générale acceptée par tous comme étant le droit »³⁶⁹.

Paragraphe II : De l'invasion de l'Irak suivie de son occupation : un conflit armé international

234. La qualification de la nature du conflit armé qui opposait les Etats-Unis à l'Irak est moins complexe que celui de l'Afghanistan. Cette simplicité est due au fait que les Etats-Unis avaient pour cible l'Etat irakien, alors qu'en Afghanistan ils visaient à la fois le régime taliban (Afghanistan) et l'organisation terroriste Al-Qaïda. Toutefois, sur la forme, les deux problématiques sont quasiment abordées de la même façon.

³⁶⁵ Cf. Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 du Conseil de Sécurité, 13 mai 1993.

³⁶⁶ Affaire du Détroit de Corfou, fond, CIJ, 9 avril 1949, *Recueil* 1949, p. 22.

³⁶⁷ Affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, 1986, paragraphe 218, p. 144.

³⁶⁸ CIJ, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, paragraphe 9, p. 256.

³⁶⁹ Cf. Art. 38 du Statut de la Cour internationale de justice.

235. Parmi les obligations incombant aux Etats, il y a celle permettant aux CG de s'appliquer « *en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* »³⁷⁰. Elles s'appliqueront « *également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire* »³⁷¹.

236. La confrontation entre les forces armées américaines d'un côté et irakiennes de l'autre prouvait clairement qu'on était en présence d'un CAI au regard des CG³⁷². Ce conflit s'inscrivait donc dans le droit fil de l'art. 2 commun aux CG qui prévoit que ces Conventions s'appliquent « *en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* »³⁷³. Le TPIY répondait succinctement qu'il y a CAI « *à chaque fois qu'il y a un recours à la force armée entre Etats* »³⁷⁴.

237. Cependant, il serait peu convaincant de ne pas évoquer le bras de fer entre l'ONU et l'Administration Bush au sujet du recours à la force contre l'Irak³⁷⁵. On reconnaît à l'ONU la légitimité internationale en matière de recours à la force. Cette légitimité n'a jamais été respectée par les Etats-Unis si bien qu'ils ont décidé d'agir unilatéralement contre l'Afghanistan et l'Irak.

238. Malgré ce verrou onusien, dès le 5 mars, lors d'un Conseil de guerre, George W. BUSH exige au CS de l'ONU son projet de résolution autorisant le recours à la force contre l'Irak « *Saddam HUSSEIN ne désarme pas. C'est un fait. On ne peut le nier (...) s'il faut agir, nous agirons. Et nous n'avons pas vraiment besoin de l'approbation des*

³⁷⁰ Art. 2 (1) commun aux CG. Ce même champ d'application a aussi été retenu pour d'autres instruments de droit international humanitaire, notamment le *Protocole additionnel I* (voir art. 1 (3)).

³⁷¹ Art. 2 (2) commun aux CG.

³⁷² Art. 2 commun aux CG de 1949.

³⁷³ Cf. Le Commentaire de la Convention de Genève III nous donne également des précisions importantes à ce sujet. En effet, selon ce Commentaire « [t]out différent surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention des membres des forces armées est un conflit au sens de l'art. 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérante » (J. PICTET (dir.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1959, p. 26.

³⁷⁴ J. D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, A. Pedone, Paris, 2012, p. 47.

³⁷⁵ D. LAMBERT, *L'Administration de George W. BUSH et les Nations Unies*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 102.

Nations Unies pour le faire »³⁷⁶. Ensuite, il déclare que : « *When it comes to our security, we really don't need anybody's permission* »³⁷⁷.

Pour Condoleezza RICE, Conseiller pour la sécurité nationale, « *Saddam HUSSEIN doit être arrêté avant qu'il ne commence à nuire, comme aurait dû l'être HITLER* »³⁷⁸. Le Président George W. BUSH poussé par l'aile dure de son parti, fait un détour par l'ONU avant de lancer des hostilités contre l'Irak. Mais cette prétendue formalité juridique auprès de l'ONU va très vite se transformer finalement en un parcours d'obstacles.

239. Les Etats-Unis et le Royaume-Uni invoquaient une autorisation de l'usage de la force qui découlerait des résolutions antérieurement adoptées par le CS qui qualifiaient la possession d'ADM par l'Irak comme menace à la paix et à la sécurité internationales. Cette argumentation américano-anglaise se fondait sur la résolution 678 (1990) qui autorisait jadis l'usage de la force afin de libérer le Koweït sous occupation irakienne.

240. Après la libération du Koweït, l'une des conditions *sine qua non* du cessez-le-feu avec l'Irak fixée par la résolution 687 (1991) fut le désarmement de ce dernier. Rappelons enfin que, cette résolution avait suspendu l'autorisation de l'usage de la force, mais sans y mettre fin. Cette suspension demeurerait effective tant que l'Irak s'abstenait à ne pas violer des obligations dictées par cette résolution, car en cas de violation de celles-ci, l'autorisation de l'usage de la force se « réarmait quasi automatiquement ».

241. Or, la résolution 1441 (2002) rappelait dans son préambule l'esprit de la résolution 678 qui, autorisait ainsi l'usage de la force et constatait en même temps une violation évidente par l'Irak des exigences fixées par la résolution 687. Il ressort de cette réalité que, l'Irak n'avait pas saisi l'ultime opportunité offerte par la résolution

³⁷⁶ *Le Figaro, Irak, objectif Bagdad, hors-Série, 2003, p. 10.*

³⁷⁷ L'intervention de M. SASSOLI lors de la Conférence organisée par le CEIM et la Chaire RAOUL-DANDURAND, *L'Irak : et maintenant ?*, Institut d'études internationales de Montréal, Conférence présentée à l'Université du Québec à Montréal le 24 mars 2003, p. 6. Cf. Conférence de presse du 6 mars 2003, « Président George W. BUSH Discusses Iraq in National Press Conference », en ligne : The White House, [<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/03/20030306-8.html>].

³⁷⁸ *Le Figaro, Irak, objectif Bagdad, hors-Série, 2003, pp. 10-11.*

1441. Par conséquent, l'autorisation de l'usage de la force prévue par la résolution 678 serait de ce fait réactivée³⁷⁹.

242. Rappelons en effet que le mécanisme autorisant l'usage de la force a été prévue par la résolution 678. L'Irak était donc tenu de respecter les exigences de cette résolution faute de quoi, la légitimation du recourir à la force armée se justifiait. Dans ces conditions, le recours à la force aurait concerné uniquement le désarmement de l'Irak et non le renversement du régime baasiste. Or, l'ultimatum du 17 mars 2003 lancé par les Etats-Unis annonçait clairement que leur principal objectif était d'engager des hostilités contre l'Irak³⁸⁰. Un objectif considéré comme controversé à l'intérieur même du pays par certaines personnalités influentes. Parmi lesquelles l'ancien combattant de la Deuxième Guerre mondiale, l'ex-Sénateur George McGovern, candidat démocrate aux élections présidentielles de 1972. Il s'opposait résolument aux objectifs de guerre fixés par de l'Administration Bush à travers les médias américains³⁸¹.

243. Pendant ce temps, la tension montait entre la France et les Etats-Unis. En effet, la France maintient l'intention d'opposer son veto à une nouvelle résolution sur l'Irak³⁸². Au même moment, les Etats-Unis insistaient pour que le CS « prenne ses responsabilités ».

244. Le 5 février 2003, le Secrétaire d'Etat américain Colin POWELL, en prenant la parole à la tribune des NU, tentait de vendre au monde l'invasion de l'Irak. Visiblement, il ne se laisse guère impressionner par la pression française. C'est ainsi qu'il déclara : « *Le fils de Saddam HUSSEIN a ordonné qu'on retire les armes interdites des nombreux palais de Saddam HUSSEIN. Nous savons que des membres du gouvernement, des membres du parti Baas et les scientifiques ont caché des armes*

³⁷⁹ Argumentations invoquées par l'«Attorney General» du Royaume-Uni, Lord GOLDSMITH, en ligne : UK online [http://open.gov.uk/NewsRoom/NRArticle/0,1169,223412%7E801b22%7Efs%7Een,00.html] et, plus sommairement, par les Etats-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie dans une lettre aux membres du Conseil de sécurité du 20 mars 2003, cf. « U. S., Allies Give U.N. Reasons for Attacking Iraq », The New York Times du 20 mars 2003, en ligne: The New York Times [http://www.nytimes.com/reuters/politics/picks-iraq-usa-un.html].

³⁸⁰ « President Says Saddam HUSSEIN Must Leave Iraq Within 48 Hours », en ligne: The White House <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030317-7.html>

³⁸¹ Emission *Larry KING Live*, 21 mars 2003.

³⁸² Déclaration à la télévision du Président de la République française en mars 2003.

interdites chez eux. L'heure est grave, elle est aussi grave que la menace posée par les armes de destruction massive [...]. Mes chers collègues, toutes mes déclarations sont aujourd'hui corroborées par les sources solides. Ces conclusions sont indiscutables et irréfutables »³⁸³. Alors que dans l'une de ses déclarations d'avant 11 septembre 2001 à la presse, il vantait les succès de la politique d'endiguement érigée contre Saddam HUSSEIN « *Je pense que nous devons considérer notre politique d'endiguement comme un succès. Nous l'avons enfermé dans sa boîte* »³⁸⁴.

245. Malgré la pression des Etats-Unis, les autorités françaises restaient inflexibles. Car pour elles, l'argumentation avancée par l'Administration Bush leurs paraissait mensongère. C'est ainsi que la France décide de s'opposer fermement et elle le fait savoir sans aucune hésitation à la tribune de l'ONU, par le biais de son Ministre des affaires étrangères Dominique DE VILLEPIN.

246. Le 14 février 2003, il exprimait sans détour l'opposition de son pays : « *l'usage de la force ne se justifie pas. Aujourd'hui, il y a une alternance à la guerre, désarmé l'Irak par les inspections. De plus, un recours prématuré à l'option militaire serait lourd de conséquences [...] c'est un vieux pays, la France, un vieux continent comme le mien, l'Europe, qui vous le dit aujourd'hui, qui a connu les guerres, l'occupation, la barbarie. Un pays qui n'oublie pas et qui sait tout ce qu'il doit aux combattants de la liberté venus d'Amérique et d'ailleurs. Et qui, pourtant, n'a cessé de se tenir debout face à l'Histoire et devant les hommes. Fidèle à ses valeurs, il veut agir résolument avec tous les membres de la Communauté internationale. Il croit en notre capacité à construire ensemble un monde meilleur* »³⁸⁵. Avant de conclure que les inspections n'étaient pas « *une voie sans issue* »³⁸⁶.

247. Ainsi, pour contrer les intentions américaines, la France imposa son veto contre une éventuelle intervention militaire en Irak. Pour Pierre JOXE, ancien Ministre français de la Défense, « *les américains voulaient avoir une base technique, militaire, stratégique. Pour une décision politique, était de ne pas s'associer à cette décision* ».

³⁸³ Déclaration de C. POWELL au Conseil de Sécurité des Nations Unies, le 5 Février 2003.

³⁸⁴ H. BLIX, *Irak, les Armes introuvables*, Fayard, Paris, 2004, pp. 421-422.

³⁸⁵ Déclaration de D. DE VILLEPIN au Conseil de Sécurité des Nation Unies, le 14 Février 2003.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 296.

248. Face à cette intransigeance française, les Etats-Unis font planer la menace en estimant que l'attitude de la France aurait « *un effet sérieux sur les relations bilatérales, au moins à court terme* »³⁸⁷. Il fallait attendre la tenue du Sommet France-Afrique du 19 au 21 février 2003 pour que la France retrouve une caisse de résonance³⁸⁸. La déclaration adoptée au cours de ce Sommet France-Afrique réaffirmait que toutes les possibilités de la résolution 1441 n'ont pas été exploitées et « *qu'il y a une alternative à la guerre* ».

249. Mais l'Administration Bush ne cesse de répéter à sa guise que, la résolution 1441 autorisait à elle seule le recours à la force en cas de violation des exigences expresses de désarmement de la part de l'Irak. Pourtant, d'après le libellé même de cette fameuse résolution, le Conseil de Sécurité devait être avisé d'une violation et décider lui-même des actions punitives contre l'Irak.

250. Or, les Etats-Unis et le Royaume-Uni n'étaient pas autorisés de recourir à la force selon leur propre jugement. L'ambassadeur américain à l'ONU lui-même, John NEGROPONTE avait déclaré après le vote unanime de la résolution : « *Il n'y a pas d'« automaticité », c'est un processus en deux étapes. A cet égard, nous avons tenu compte des principales préoccupations qui ont été exprimées quant à cette résolution. Quelle que soit la violation qui pourrait survenir ou ce qui serait jugé comme une violation, elle sera traitée par le Conseil et le Conseil aura une occasion de considérer la question avant qu'une autre action soit entreprise* »³⁸⁹. Malgré cette précision, l'Administration Bush maintient son obstination intacte.

251. Pour continuer à faire pression sur l'ONU, les Etats-Unis invoquent leur droit à la légitime défense³⁹⁰. Sans aucune preuve matérielle, ils prétendent établir le lien qu'entretenait le dictateur irakien avec les membres d'Al-Qaïda. Il faudra encore

³⁸⁷ P. JARREAU, « Les Etats-Unis et la France sont au bord d'une crise diplomatique », *Le Monde*, 11 mars 2003.

³⁸⁸ S. SMITH, « Le sommet de Paris donne une résonance africaine au discours français sur l'Irak », *Le Monde*, 22 février 2003.

³⁸⁹ Cité par J. MARSHALL, *Talking Points*, 18 mars 2003, <http://talkingpointsmemo.com/march0303.html#031803211am>

³⁹⁰ Cf. « President BUSH Delivers Graduation Speech at West Point », 1 juin 2002, en ligne : The White House [<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html>]

démontrer que Saddam HUSSEIN avait le contrôle global ou effectif des activités terroristes que pouvait mener cette organisation terroriste ; pour que les attaques du 11 septembre puissent être qualifiées d'actes de belligérance de la part de l'Irak contre les Etats-Unis. Pour renforcer l'idée selon laquelle le régime irakien représentait un risque pour la sécurité internationale, les Etats-Unis révèlent que l'Irak disposait des ADM.

252. Face à cette difficulté évidente, George W. BUSH commence à développer les perspectives qui peuvent permettre aux Etats-Unis de s'engager dans une « guerre préventive ». Or, l'utilisation de la dissuasion aurait disparue avec la chute de l'Union soviétique. En effet, au début des années 1990 Paul WOLFOWITZ l'avait déjà soulignée dans son *Defense Guidance Planning 1992-1994*³⁹¹. Pour lui, la stratégie des Etats est constitutive de leur propre menace la plus imminente. Car en effet, la menace des représailles les empêche d'anticiper l'attaque.

253. Alors que les terroristes de par leur organisation en réseau, ne disposent guère de base géographique précisément définie. Ils sont donc capables de mener des attaques simultanément dans plusieurs pays différents. Pour défendre leur cause, ils sont bien souvent prêts à mourir.

254. Au final, il ressort de cette analyse l'idée selon laquelle la dissuasion nucléaire est désormais peu opérante dans le strict cadre du terrorisme. Les théoriciens de l'Administration Bush, au premier rang desquels Paul WOLFOWITZ, en ont déduit que la meilleure défense dans ces cas de figure serait l'attaque³⁹².

³⁹¹ Excerpt from 1992 Draft « Defense Planning Guidance », www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/Iraq/etc/wolf.html (La stratégie contenue dans ce document est destinée à être diffusée parmi les responsables militaires et civils du Département de la Défense pour leur fournir le cadre géopolitique en fonction duquel établir leur planification militaire et budgétaire. Les orientations de cette stratégie ne furent pas acceptées par le Président Bush mais son contenu fut divulgué dans le New York Times du 8 mars 1992 (Nous le traduisons).

³⁹² La doctrine de la guerre préventive s'inspire directement de la légitime défense préventive que l'Etat d'Israël, dont les néoconservateurs sont proches, a invoquée à plusieurs reprises, notamment en 1967 contre l'Egypte, en 1975 contre les camps palestiniens et en 1981, contre l'Irak (bombardement du réacteur Osirak). Tous les pays condamnèrent l'action armée d'Israël en 1975, y compris les Etats-Unis, même si ceux-ci opposèrent leur veto au projet de résolution du Conseil de Sécurité car il ne condamnait pas l'action des terroristes. En 1981, les Etats-Unis votèrent la résolution de condamnation tout en se

255. C'est dans cette optique que l'Administration Bush justifie l'utilisation de la force préemptive voire préventive³⁹³. L'idée de la guerre préventive est soutenue sans complexe dans la stratégie nationale de sécurité³⁹⁴. Elle fut largement soutenue dans le discours de George W. BUSH à West Point le 1^{er} juin 2002³⁹⁵.

256. Pour sortir de ce piège tendu par le Président George W. BUSH, le Président Jacques CHIRAC passe à l'offensive. Il expose son plan de bataille au quotidien américain, New York Times, « *Je l'ai dit au Président BUSH (...) dès qu'une nation s'arroge le droit d'agir préventivement, d'autres feront naturellement de même. Que diriez-vous si la Chine voulait agir préventivement contre Taiwan ? Ou l'Inde contre le Pakistan, ou inversement ?* ».

257. En effet, pour refuser la « guerre préventive » Jacques CHIRAC doit accepter l'hypothèse d'une guerre « légitime » approuvée par le CS de l'ONU³⁹⁶. C'est sans doute le prix à payer pour être crédible « *Rien n'est impossible si c'est décidé par la Communauté internationale, sur la base de preuves indiscutables* »³⁹⁷. Car l'ONU est seule détentrice du monopole de la violence physique légitime, tel qu'analysait Max WEBER. Normalement, les Etats-Unis n'avaient pas le droit d'utiliser ses forces armées contre l'Irak sans enfreindre le droit international, car la Charte posait les principes de l'interdiction du recours à la force et du règlement pacifique des différends. Même s'ils

montrant implicitement solidaire des thèses israéliennes. Voir Jean-Pierre COT, Alain PELLET, *La Charte des Nations Unies*, Economica, Paris, 1991 (2^e éd., 1^e éd. en 1985) pp. 777-779.

³⁹³ Selon D. S. YOST : « Une *attaque préemptive* consiste en une action immédiate sur la base de preuves indiquant qu'un ennemi est sur le point de frapper, tandis qu'une *guerre préventive* implique des opérations militaires entreprises pour empêcher un risque futur plausible mais hypothétique, tel qu'un déséquilibre inacceptable de puissance, une situation de vulnérabilité accrue, voire même un assujettissement potentiel ou la possibilité d'un transfert d'ADM à un groupe terroriste. Ce dernier risque a été l'une des principales justifications avancées par le gouvernement américain pour entreprendre la campagne militaire contre le régime de Saddam HUSSEIN en Irak, en avril 2003 ». [<http://www.nato.int/docu/review/2003/issue4/french/art4.html>, 20-04-2004]

³⁹⁴ P. 6 « *Nous n'hésiterons pas à agir seuls, si nécessaire, pour exercer notre droit à l'autodéfense, de façon préventive* », telle est, en un résumé saisissant, la nouvelle doctrine des Etats-Unis.

³⁹⁵ <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/print/20020601-3.html>, 23-04-2004

³⁹⁶ « Lorsque le Conseil de Sécurité des Nations Unies adopte une résolution, il est vu comme parlant pour (et dans l'intérêt de) l'humanité dans son ensemble et en faisant cela, il confère une légitimité respectée par les gouvernements du monde et habituellement par leur opinion » (« When the UN Security passes a resolution, it is seen as speaking for (and in the interests of) humanity as a whole, and in so doing it confers a legitimacy that is respected by the world's governments, and usually by their publics. ») S. THAROOR, « Why America still the United Nations », *Foreign Affairs*, septembre/octobre 2003.

³⁹⁷ *Le Figaro*, Irak, objectif Bagdad, hors-Série, 2003, p. 33.

n'étaient pas membres des NU. Cette interdiction est considérée par la CIJ comme étant « *un principe de droit international coutumier, non conditionné par les dispositions relatives à la sécurité collective* »³⁹⁸.

258. Toute la subtilité de la position française est de ne pas exclure la guerre pour mieux l'éviter. Cette idée de la « guerre préventive » est d'ailleurs en contradiction frontale avec tous les fondements du système de sécurité collective mis sur pied au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. Mais pour éviter qu'une telle menace d'une échelle graduellement aigue, constituée par le risque que les terroristes et les Etats voyous s'emparent d'ADM, pour mener de nouvelles attaques identiques à celles du 11 septembre 2001. C'est au nom de ce danger que faisait planer les supposées ADM que, le Président George W. BUSH s'arrogeait le droit de considérer que les Etats-Unis se trouvaient en situation de légitime défense suite à ces attaques terroristes.

259. Pour ce faire, une thèse finalisée dans un document de trente-trois pages sera alors soumis en septembre 2002 au Congrès des Etats-Unis et intitulé : La stratégie de sécurité nationale des Etats-Unis. Dans lequel on pouvait y lire : « *Nous n'hésiterons pas à agir seuls, si nécessaire, pour exercer notre droit à l'autodéfense, de façon préventive* ».

260. Force est de constater que, l'existence d'un tel droit de légitime défense préventive risque d'être mise en cause³⁹⁹. Or, la Charte des NU admet la légitime défense uniquement lorsqu'un membre est victime d'une agression⁴⁰⁰. En plus, une interprétation restrictive du droit à la légitime défense s'impose également parce qu'il s'agit d'une exception à une règle fondamentale et impérative du droit international.

261. En effet, au XIX^e siècle, un précédent s'inscrivant dans le cadre de la légitime défense opposait déjà les Etats-Unis à la superpuissance de l'époque : le Royaume-Uni. Ce dernier justifiait la destruction par une attaque armée du navire

³⁹⁸ CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Rec. 1986, p. 100, 186.

³⁹⁹ Y. DINSTEIN, *War, Aggression and self-defense*, New York, 2^e éd., Grotius, pp. 182-187.

⁴⁰⁰ Art. 51 de la Charte des NU.

Caroline amarré dans le port des Etats-Unis situé sur le Lac Erié. Il soutenait que ce navire s'apprêtait à soutenir des insurgés canadiens de 1837. Les Etats-Unis firent valoir que le gouvernement britannique devait prouver que l'action de ses forces avait été provoquée par « *une nécessité de légitime défense, urgente, irrésistible et ne laissant ni le choix des moyens ni le temps de délibérer* »⁴⁰¹. En outre, le Royaume-Uni accepta par conséquent l'argumentation des Etats-Unis. De ce point de vue, les Etats-Unis ne pouvaient pas prétendre que l'Irak était sur le point de les attaquer sans en apporter une preuve matérielle convaincante.

262. Le deuxième objectif peaufiné par George W. BUSH était de permettre la démocratie à l'occidentale de se substituer au régime autoritaire de Saddam HUSSEIN.

263. C'est justement le côté illusoire de cette guerre. La démocratie vient de la pulsion intérieure de la majorité des gens pour changer leur mode de vie—avoir une vie plus ouverte et digne. Car, il n'est pas toujours souhaitable que cette forme de gouvernement soit apportée de l'extérieur. Dans le cas de l'Irak, la seule manière pour les irakiens d'obtenir la démocratie était de faire la guerre à Saddam HUSSEIN et la gagner, mais ils n'ont pas été capables de le faire. De toute façon, ils ne veulent pas de cette démocratie américaine imposée, car ils n'ont pas combattu pour l'obtenir. Ils voient très justement cette guerre comme quelque chose d'injuste. Pour eux, elle était injustifiée, elle est considérée par de nombreux Irakiens comme une guerre menée contre les musulmans. Et c'est ce sentiment qui contribue à transformer ce pays en un gigantesque vivier de recrutement pour terroristes.

264. Certaines opinions ont d'ailleurs estimé que George W. BUSH s'était trompé d'adversaire. D'après eux, s'il voulait réellement lutter contre le terrorisme, il fallait qu'il se tourne plutôt vers l'Arabie Saoudite que sur l'Irak. Parmi ces opinions, on relèverait celle de Laurent MURAWIEC, ancien conseiller du Ministre français de la défense. Dans son rapport rédigé lors d'un débat interne au Pentagone à l'Administration américaine sur l'Arabie Saoudite, on pouvait y lire : « *L'Arabie*

⁴⁰¹ V. British and Foreign State Papers, vol. 29, p. 1129. Traduction française par la Commission du droit international dans *Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Doc. Off. Commission du droit international NU, 53^e sess., Doc. NU A/56/10 (2001), p. 210, en ligne : Organisation des Nations Unies [<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>]

Saoudite mère nourricière du terrorisme est le plus dangereux adversaire des Etats-Unis. Les Saoudiens sont actifs à tous les maillons de la chaîne terroriste, du financement à l'exécution. Les Saoudiens ne sont qu'une sous tribu des bruts primaires qui se reproduisent comme des lapins »⁴⁰².

265. Par rapport à ce qui sonne comme une évidence, d'autres opinions pensent que l'obstination de George W. BUSH à vouloir la chute de Saddam HUSSEIN s'explique par d'autres raisons que celles qu'il met en avant.

266. En effet, le doyen du Sénat, Robert BYRD de l'Etat de Virginie décide de dénoncer vigoureusement la politique du Président BUSH. Dans un discours très offensif jamais tenu contre le Président des Etats-Unis au Congrès, et ce, malgré ses liens d'amitié avec George BUSH père : *« L'idée que les Etats-Unis ou tout autre nation puisse en toute légitimité attaquer un pays qui ne constitue pas une menace imminente, mais pourrait l'être dans un avenir proche[...]Autrement dit, l'idée que les Etats-Unis puissent attaquer un gouvernement légitime sous prétexte qu'il leur déplaît, constitue un tournant radical dans la notion traditionnelle de la légitime défense. Ce gouvernement a dénaturé l'art subtil de la diplomatie. Il l'a remplacé par les menaces, les insultes et la diffamation, qui sont le lamentable reflet du peu d'intelligence et de sensibilité de nos dirigeants. Cela aura de lourdes conséquences pour les années à venir. Traiter des chefs d'Etat de "pygmées" ? Parler de Mal à propos d'autres pays ? Dénigrer nos alliés européens et mépriser leurs opinions ? En moins de deux ans, ce gouvernement cynique et arrogant a appliqué une politique désastreuse dont nous récoltons les fruits pendant des années. Allons-nous emparer du pétrole irakien ? Devenir une force d'occupation ? Contrôler les prix et les réserves de pétrole de ce pays ? Certains le pensent. Franchement, les déclarations de ce gouvernement sont révoltantes, il n'y a pas d'autres mot. Et pourtant, cette assemblée reste désespérément silencieuse »⁴⁰³. Il est clair qu'au-delà des raisons invoquées pour légitimer la guerre en Irak, l'Administration Bush en charge du*

⁴⁰² Laurent MURAWIEC, propos tenus lors de l'élaboration de la politique des Etats-Unis sur l'Arabie Saoudite au Pentagone. Le contenu de son briefing était apparu en première page du Washington Post créant ainsi un énorme scandale à Washington DC.

⁴⁰³ J.-F. LEPETIT, *Le monde selon BUSH*, un Film documentaire de William KAREL.

pouvoir à Washington a eu à cœur d'établir durablement l'hégémonie américaine au Proche et Moyen-Orient⁴⁰⁴.

267. Dans le but à la fois de prévenir l'éventuelle défection d'une Arabie Saoudite de moins en moins contrôlable, et de plus en plus suspecte de soutenir le terrorisme islamique, de conserver une influence sur une région qui concentre plus de la moitié des réserves pétrolières actuellement connues, (alors que celles des Etats-Unis ne cessent de décroître) et continuer à avoir une main mise sur le cours d'une ressource qui fait battre le cœur du monde.

268. Le droit international a eu de plus en plus du mal à s'imposer face au déclenchement de cette « guerre » sans aucune réponse succincte et pertinente. Il s'était limité à la simple qualification de violation du DIH. Il préconisait le retrait des troupes américaines d'Irak. Cette exigence paraissait irréalisable encore quelques années, mais elle fut respectée par le successeur de George W. BUSH⁴⁰⁵. Il était de la responsabilité des Etats-Unis de réparer les dégâts causés à l'Irak. Alors que, le 8 avril 2003, le Premier ministre britannique Tony BLAIR et le Président américain George W. BUSH venaient adopter une déclaration commune précisant que l'ONU avait un « rôle vital à jouer dans la reconstruction de l'Irak »⁴⁰⁶. Quant à l'exigence relative à l'applicabilité du DIH en Irak a été incontestée et même par les Etats-Unis pour ce CAI.

269. En abordant la question relative aux crimes de guerre supposés être commis par les soldats étrangers, l'Irak accepte de traiter des prisonniers américains et britanniques conformément à la CG III relative au traitement des PG⁴⁰⁷. Même s'il avait dorénavant violé l'une des dispositions de ladite Convention en exposant des PG à la curiosité publique⁴⁰⁸. De toute façon, le seul fait de participer à une guerre illégale ne suffit pas pour qualifier un combattant de criminel de guerre, encore faut-il le rappeler,

⁴⁰⁴ L'Histoire, *Les guerres du pétrole*, N°279, septembre 2003, p. 46.

⁴⁰⁵ Le Monde, *Le dernier soldat américain a quitté l'Irak*, décembre 2011, <http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2011/12/18/le-dernier-soldat-americain-a-quitte-l-irak>, (France au refus de l'Irak d'accorder l'immunité à des milliers de soldats américains chargés de poursuivre la formation, le Président OBAMA avait décidé le 21 octobre, le retrait total des troupes).

⁴⁰⁶ Cité *RGDIP*, 2003, p. 729.

⁴⁰⁷ J. F. BURNS, *Hussein Rallies Iraqi Defenders in Speech*, *The New York Times*, 25 mars 2003, <http://www.nytimes.com/2003/03/25/international/worldspecial/25BAGH.html>

⁴⁰⁸ Art. 13 de la CG III.

que les prétendus criminels de guerre ont été soustraits de la protection qu'offre le droit positif en vigueur.

270. En outre, les Etats-Unis et leur allié britannique devraient en vertu du DIH, respecter les obligations qui incombent, à eux, en tant que puissance occupante du territoire irakien⁴⁰⁹. Rappelons par conséquent que, l'usage de la force étant contraire au cadre prévu par la Charte des NU. Le droit international prévoit qu'aucun Etat ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative de ce droit, tel le recours à la force en dehors du cadre défini par la charte des NU⁴¹⁰. Il faut juste rappeler que l'Administration Bush s'est trouvée confrontée à la dimension incontournable des NU et, les difficultés rencontrées en Irak ont montré aux Etats-Unis que l'ONU est encore opérante. Enfin, les membres de l'Administration Bush ont certainement compris que : « *Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours maître, s'il ne transforme pas sa force en droit, et l'obéissance en devoir* »⁴¹¹. La primauté du droit doit demeurer un préalable avant tout recours à la force.

271. Au début du mois de janvier 2004, George W. BUSH finit par admettre ce qui a toujours nié, « *Il n'y a pas de lien entre Saddam HUSSEIN et le 11 septembre 2001* »⁴¹². A la mi-janvier, Paul O'NEILL, ex-Secrétaire d'Etat au trésor publie un livre dans lequel il révèle que la guerre contre l'Irak avait été préparée bien avant le 11 septembre 2001. Il décrit ainsi George W. BUSH comme un « *aveugle entouré de sourds* »⁴¹³.

⁴⁰⁹ Sous le régime prévu par la CG IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949.

⁴¹⁰ Art. 41 (2) du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, dans *Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, doc. Off. Commission du droit international NU, 53^{ème} sess., Doc. NU A/56/10 (2001), aux pp. 60-391, <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>, l'Assemblée générale de l'ONU a pris note de ce projet dans sa résolution A/RES/56/83 du 12 décembre 2001.

⁴¹¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Livre I, Chapitre III, dans Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social et autres œuvres politiques*, Garnier Frères, Paris, 1975, pp. 235-238.

⁴¹² J.-F. LEPETIT, *Le monde selon BUSH*, un film documentaire de William KAREL.

⁴¹³ R. SUSKIND, *The Price of Loyalty: George W. BUSH, the White House, and the Education of Paul O'NEILL*, Repint édition, Simon & Schuster, 2004.

272. A propos de la prétendue existence d'ADM, David KAY, chef des inspecteurs de la CIA déclarait après avoir scionné pendant huit mois à la recherche d'ADM : « *J'avais envie de les appeler (les membres de l'Administration Bush) pour qu'ils me disent exactement où elles se trouvaient puisqu'ils avaient l'air de le savoir et, étaient certains de leur existence bien plus que nous qui les cherchons (...). Il n'y a pas d'ADM en tout cas pas aujourd'hui. Nous sommes partis en guerre pour des mauvaises raisons à la suite des mensonges et d'erreurs* »⁴¹⁴.

273. Au Royaume-Uni pendant ce temps, Tony BAIR a été sévèrement mis en cause par le Rapport Chilcot, dans lequel il est accusé d'avoir engagé son pays dans cette guerre contre l'Irak sans épuiser toutes les options pacifiques⁴¹⁵.

274. L'invasion de l'Irak par la coalition constituée d'Américains et de Britanniques avait donné lieu à des prises de positions diamétralement opposées entre le France et les Etats-Unis. Cette opposition avait permis à Jacques CHIRAC, grâce aux informations fournies par les services de renseignement à prendre l'initiative la plus spectaculaire de son second mandat. L'information était devenue, à cet instant, une véritable arme de légitimation de son refus auprès de son allié américain. Ceci grâce aux photographies délivrées par le Système Hélios fournies par la Direction du renseignement militaire (DRM)⁴¹⁶. En effet, le Président français savait fort bien que

⁴¹⁴ J.-F. LEPETIT, *Le monde selon BUSH*, un film documentaire de William KAREL.

⁴¹⁵ *Rapport Chilcot* publié le 7 juillet 2016.

⁴¹⁶ Helios est une famille de satellites de reconnaissance français conçus avec une participation minoritaire de l'Italie et de l'Espagne, de la Belgique et de la Grèce mis en orbite entre 1995 et 2009. Elle comprend quatre satellites : deux satellites Helios 1 lancés entre 1995 et 1999 et deux satellites Helios 2 plus perfectionnés lancés en 2004 et en 2009. Tous ces engins reprennent en grande partie des composants des satellites d'observation civils spot.

Fin 2009, trois satellites sont opérationnels : Helios 1A qui compte désormais 14 ans de vie opérationnelle, Helios 2A et Helios 2B. Le système helios doit être remplacé en fin de vie par le système de satellites de reconnaissance européen Musis. Musis prendra également en charge les missions exécutées par les systèmes de reconnaissance radar allemand SAR-LUPE et italien Cosmoskymed qui arrivent en fin de vie en 2015-2017.

La Direction du renseignement militaire (DRM) quant à elle, n'est rien d'autre qu'un organisme interarmées responsable du renseignement militaire et d'intérêt militaire pour l'ensemble des forces armées françaises. La DRM est chargée du recueil de l'information, de son analyse et de la diffusion du renseignement vers les armées, les forces en opérations et les organismes centraux de la défense. Elle fait partie de la Communauté française du renseignement.

Elle fut créée par le décret n°92-523 du 16 juin 1992 sur une initiative de Pierre JOXE, alors Ministre de la Défense, pour rassembler les différents services de renseignement des armées. Elle fut créée dans les

Saddam HUSSEIN avait renoncé depuis longtemps aux ADM—« *Si l'intervention militaire en Irak a réussi, l'élément principale du diagnostic qui l'a fondée, l'existence d'armes de destruction massive, s'est révélé faux* »⁴¹⁷. Quoi qu'il en soit, il fallait déjà penser au cadre juridique applicable dans ce conflit armé.

275. La détermination du cadre juridique applicable à l'occupation de l'Irak par des forces américaines ou au retrait de ces forces étrangères est une question étroitement liée à l'applicabilité du droit de l'occupation. Ce régime juridique de l'occupation militaire figure dans le Règlement annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre⁴¹⁸.

276. On estime en effet, qu'il conviendrait de privilégier une interprétation large de l'application de la CG IV durant l'invasion suivie de l'occupation, y compris lors du retrait de cette présence de la force américaine. Ce privilège accordé à la CG IV permettrait de maximiser la protection qu'offre le droit de Genève à la population civile⁴¹⁹. Sauf que le DIH montre certaines insuffisances dans la complexité de son champ d'application par rapport aux règles relatives à l'occupation, en raison des divergences patentées entre les règles du droit de La Haye et celui de Genève⁴²⁰. Même le renforcement apporté par les PA de 1977 n'a pas pu résoudre cette problématique.

277. D'origine très ancienne, doté de principes embryonnaires, le droit de l'occupation a su rendre applicables ces acquis au service des problématiques de l'époque⁴²¹. La consécration serait normalement venue de la IV^e Convention de La Haye

suites de la guerre du Golfe. Il est en effet apparu que le renseignement militaire était faible et ses services trop dispersés, rendant la France trop dépendante des sources américaines.

Elle est aujourd'hui régie par les art. D. 3126-10 à D. 3126-14 du code de la défense.

⁴¹⁷ H. BLIX, *Irak, les Armes introuvables*, Fayard, Paris, 2004, p. 421.

⁴¹⁸ *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la paix, La Haye 15 juin—18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, vol. I, pp. 626-637.

⁴¹⁹ R. KOLB, S. VITE, *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 25.

⁴²⁰ V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Pedone, Paris, 2010, pp. 44 et s.

⁴²¹ On peut citer : le Code Lieber de 1863, le Déclaration de Bruxelles de 1874 et le Manuel des lois de la guerre sur terre élaboré par l'Institut de Droit international en 1880.

qui apportera une dimension supplémentaire à ce *corpus* juridique en l'introduisant en droit positif⁴²². Face aux occupations contemporaines, ces règles se sont révélées largement insuffisantes comme le montre clairement les difficultés juridiques constatées lors de la mise en œuvre de l'occupation des territoires palestiniens (Israël) et de l'Irak (Etats-Unis). En outre, le droit de l'occupation dans son état actuel n'est pas seulement devenu obsolète, mais ne semble plus être l'unique droit applicable dans des situations identiques à celles précédemment mentionnées⁴²³.

278. Cependant, en dehors du cas irakien, on note une recrudescence des interventions militaires extraterritoriales ces dernières années. A la différence des formes d'occupation dites classiques qui perdurent, certaines occupations ont donné lieu à des nouvelles formes d'implantations militaires étrangères d'un genre nouveau sur le territoire de certains Etats. Certes, certaines de ces nouvelles occupations peuvent être consensuelles, mais la plupart d'entre elles sont souvent belliqueuses : le cas irakien représente une parfaite illustration.

279. A ce jour, il convient de rappeler que l'intérêt suscité par le droit de l'occupation est porté essentiellement sur les règles de fond consacrées à ce domaine de droit, plutôt que sur la question portant sur l'ensemble des critères déterminant le début et la fin de celle-ci. Or, la question de savoir si l'on est en présence d'une occupation ou non est fondamentale pour l'application éventuelle des règles pertinentes du DIH. La réponse à cette question essentielle donne la possibilité de se pencher sur l'ensemble des questions de fond relevant principalement du droit de l'occupation.

280. Dès lors que, la crépitation des armes en Irak laissait place au volet juridique à savoir le droit applicable. Il ne faudra pas manquer de signifier que le DIH est souvent en souffrance lorsqu'il s'agit de déterminer son champ d'application.

⁴²² R. KOLB, S. VITE, *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 5, 58.

⁴²³ A. ROBERTS, « Transformative military Occupation: applying the laws of war and human rights », *American Journal of International Law*, 2006, pp. 580, 622. De même que dans le cadre de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme (et du « Human Rights Act ») aux zones occupées par le Royaume-Uni en Irak, v. England and Wales Court of Appeal, *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, (2005) EWCA Civ 1609, 21 décembre 2005, paragraphe 124.

281. En effet, pour la CIJ le stationnement des troupes américaines sur le territoire irakien n'aurait pas suffi à considérer les Etats-Unis comme « puissance occupante ». D'ailleurs, dans l'application de l'art. 42 du Règlement de La Haye, la Cour tente de préciser ce qu'elle entend par « puissance occupante » au sens de cet même art. de ce Règlement. Pour qu'ils soient considérés comme puissance occupante, l'autorité des Etats-Unis doit être effective et exercée sur le territoire irakien occupé. Car selon cet art. précédemment cité, « *[U]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer* »⁴²⁴.

282. Comme il est de coutume dans le droit international des conflits armés, c'est le principe de l'effectivité qui est ici privilégié. Ce privilège accordé à l'effectivité est largement admis avec l'adoption de la CG IV dans l'optique de la protection des personnes civiles en temps de guerre spécifié par l'art. 2 paragraphe 1 de cet instrument juridique⁴²⁵. Il précise dans son second paragraphe que « *La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire* ». L'art. 2 de la CG de 1949 montre une nette évolution par rapport à l'art. 42 du Règlement de La Haye de 1907 qui, met en avant la domination des troupes étrangères qui représente l'un des aspects de la confrontation armée⁴²⁶.

283. Dans le cas irakien, l'autorité américaine devait se substituer à celle du gouvernement irakien de Saddam HUSSEIN comme l'estimait la CIJ dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*⁴²⁷. La doctrine adhère très largement à cette interprétation de la CIJ, de même que la CPI dans le jugement de *Lubanga*⁴²⁸.

⁴²⁴ Art. 42, il faut bien comprendre que cette disposition ne contient pas seulement une définition du territoire occupé, mais y ajoute des limitations substantielles quant à la zone dans laquelle la Puissance occupante peut revendiquer des compétences.

⁴²⁵ Cf. *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : commentaire*, J. PICTET (éd.), p. 67.

⁴²⁶ E. BENVENISTI, *The International Law of occupation*, Princeton, Princeton University Press, 1993, p. 4.

⁴²⁷ CIJ, *Activités armées sur l territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, paragraphe 173.

⁴²⁸ CPI, *Procureur c. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, paragraphe 542.

284. La survenance du conflit armé en Irak au nom de la prétendue « guerre contre le terrorisme » est une condition de l'occupation, ce qui conduit à considérer qu'on est en présence d'une occupation militaire et non consentie et autorisée. Or, l'endossement du statut d'Etat occupant par les Etats-Unis renvoie de fait à la substitution d'autorité. Il s'apparentait ainsi au contenu de l'avis consultatif de la CIJ relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour confirmait le caractère coutumier de l'art. 42 du Règlement annexé à la IV^e Convention de La Haye.

285. Cet art. est inspiré en grande partie de la Déclaration de Bruxelles de 1874. Il stipule en outre que « *l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer* »⁴²⁹. Il ne se contente pas seulement à définir l'expression « territoire occupé » mais y ajoute des limitations substantielles quant à la zone dans laquelle la Puissance occupante peut revendiquer des compétences. Alors que, dans l'avis consultatif de la CIJ la Cour se contente quant à elle, à définir la notion d'occupation tout en estimant pour sa part qu'un « *territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie* »⁴³⁰.

286. Les Etats-Unis ont à un moment invoqué l'inapplicabilité du droit de l'occupation, alors même qu'ils maintenaient un contrôle effectif sur le territoire irakien. Tout laisse à penser qu'ils redoutaient d'être considérés comme une « puissance occupante » au sens de l'art. 42 du Règlement de La Haye. Compte tenu des obligations qui résulteraient de l'acquisition d'un tel statut—l'application de *facto* du droit de l'occupation militaire qui devrait incomber à ceux-ci⁴³¹. Cette application offrirait en revanche un cadre normatif pertinent. Il allait permettre ainsi la régulation de l'ordre public en Irak, mais elle ne saurait légitimer la présence des forces américaines sur le territoire irakien.

⁴²⁹ V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Pedone, Paris, 2010, p. 50.

⁴³⁰ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec. 2004, pp. 108 et s.

⁴³¹ R. KOLB, S. VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 227, 228.

287. Ils évoquaient le fait que les instruments du DIH n'établissent pas de critères clairs pour déterminer le début et la fin de l'occupation. En plus, le DIH ne définit pas clairement la notion d'occupation. Plus encore, d'autres éléments périphériques peuvent fusionner à ce flou—tels la conduite des hostilités ou l'exercice d'un certain degré d'autorité par les forces étrangères pendant et après la période du retrait. Ils pouvaient aussi compromettre considérablement la classification juridique de chacune de ces situations.

288. Ceci dit, l'invasion de l'Irak permet de mettre en évidence la nécessité de définir plus précisément les critères juridiques sur la base desquels une situation d'occupation pouvait être déterminée. Surtout, lorsqu'elle fait intervenir plusieurs forces armées en l'occurrence l'armée américaine et britannique. Les critères déterminant le début et la fin d'une occupation sont-ils les mêmes ? Les troupes américaines et britanniques étant impliquées dans l'invasion de l'Irak, étaient-elles considérées comme des puissances occupantes au regard du DIH ?

289. On peut considérer en effet que toutes ces questions susmentionnées posent des problèmes humanitaires importants et méritaient d'être clarifiées sur le plan juridique. Selon le TPIY, la détermination du champ d'application du régime de l'occupation renvoie essentiellement à une question de fait et non à des considérations liées aux causes ou à la légitimité politique du contrôle territorial⁴³².

290. La capacité du droit de l'occupation à cerner des nouvelles situations brûlantes contemporaines a été très vite remise en question. De plus en plus d'Etats n'hésitent plus à exprimer leur réticence quant à l'applicabilité éventuelle du droit de l'occupation. Il est souvent noté que les situations dans lesquelles les Etats sont impliqués dans le cadre de l'occupation diffèrent nettement du concept classique de l'occupation belligérante. Il semblerait que le droit de l'occupation n'est plus en capacité de répondre efficacement aux différentes problématiques suscitées par des nouvelles formes d'occupation.

⁴³² Cf. TPIY, *Procureur c. Naletilic et Martinovic*, IT-98-34, 31 mars 2003, paragraphe 211.

291. L'occupation de l'Irak a été considérée par certains juristes comme l'une des nouvelles formes d'occupations contemporaines, en ce sens qu'elle suscitait de nombreuses prises de position juridiques quant au fait que le droit de l'occupation ne permettrait pas d'apporter des changements audacieux au sein des différentes structures (juridiques, politiques, institutionnelles et économiques) sur le territoire irakien placé sous le contrôle effectif des Etats-Unis.

292. Par contre, certains pensaient au contraire que le droit de l'occupation accordait un avantage précieux aux américains dans le maintien de la continuité de la situation sociopolitique dans le territoire irakien.

293. D'autres estimaient en revanche que, le changement du régime oppressif de Saddam HUSSEIN à travers la reconstruction de la société irakienne qui, s'était totalement désintégrée par le poids de cette guerre serait non seulement réalisable dans un contexte d'occupation, mais aussi dans l'intérêt de la Communauté internationale favorisé par les bases juridiques préexistantes—ou *lex lata* (la loi telle qu'elle existait).

294. Les vastes mutations politiques et institutionnelles entreprises lors de l'occupation de l'Irak ont engendré une énorme tension entre l'exigence que, le droit de l'occupation imposait aux Etats-Unis de respecter les lois et institutions irakiennes. De même que, la nécessité ressentie de modifier en profondeur le « tissu institutionnel », social ou économique sur l'ensemble du territoire irakien.

295. Sur ce, on serait en droit de penser que pour anéantir cette tension intense, le DIH devrait favoriser la mise en œuvre de certains processus relatifs à la transformation et à la reconnaissance du rôle que les Etats-Unis, en leur qualité de puissance occupante, pouvaient jouer dans le suivi d'un tel processus—cheminement.

296. Toutefois, ce cheminement posait légitimement la question de la validité des limites imposées par le DIH, en ce qui concerne les droits et obligations incombant aux Etats-Unis telles qu'énoncés par le droit de La Haye de 1907 et de Genève de

1949⁴³³. Compte tenu de l'absence expresse d'une quelconque autorisation accordée par le droit de l'occupation à la puissance occupante, afin de procéder à certaines transformations qu'ils envisageaient atteindre. Rappelons cependant que certains mécanismes ont en effet permis aux Etats-Unis d'atteindre ces objectifs escomptés à travers la marge de manœuvre audacieuse dépendante de l'administration provisoire du territoire irakien.

297. L'occupation de l'Irak ne pouvait échapper de la qualification d'occupation prolongée. Elle avait par sa spécificité soulevé au passage toute une panoplie de problématiques juridiques. Même si le DIH envisage la possibilité qu'une occupation puisse perdurer. Aucun des instruments du DIH applicables ne limite la durée du contrôle effectif sur un territoire occupé.

298. On rappellera néanmoins que les occupations prolongées comme celle d'Irak consacrée par la « guerre contre le terrorisme » ont mis le DIH à rude épreuve dès lors qu'elles remettent en question le bien-fondé de certains principes qui sous-tendent le droit de l'occupation et principalement le caractère provisoire de l'occupation et la nécessité de préserver le *statu quo ante*.

299. Or, le Règlement de La Haye et la CG IV ne prévoient pas de droit dérogatoire au droit existant dans un tel scénario conflictuel. Si bien que certaines prises de position préconisent en revanche la création d'un droit spécifique pour encadrer l'occupation prolongée face aux multiples problèmes pratiques qui surgissent dans des cas particulièrement spécifiques.

300. Il serait probablement réconfortant de penser que le droit de l'occupation de par sa flexibilité, pouvait résoudre efficacement les problèmes humanitaires et juridiques qui se posaient lors de l'occupation prolongée de l'Irak.

301. Il convient d'ajouter que les droits de l'homme peuvent dans certaines mesures jouer un rôle important pour ce qui est de délimiter les droits d'une puissance occupante. En effet, les droits de l'homme représentent une branche du droit qui est

⁴³³ Successivement, l'art. 43 du Règlement de La Haye de 1907 et l'art. 64 de la CG IV.

largement reconnue comme applicable dans les situations d'occupation et, peut en revanche imposer des obligations précises à une puissance occupante afin de pouvoir modifier la législation existante.

302. Le rôle joué par les droits de l'homme dans le cadre de l'occupation a été reconnu par la CIJ. Elle a d'ailleurs relevé la pertinence des droits de l'homme tout en rappelant l'obligation qui incombe à la puissance occupante en vertu du droit en vigueur. Il est alors question de tenir compte de ce corpus de règles à la fois dans la conduite et dans les politiques qu'elle élabore dans le territoire administré⁴³⁴.

303. Les Etats-Unis en occupant l'Irak ont capturé certains individus qui les combattaient sur place et dont certains tombèrent en leur pouvoir. Pour qu'ils bénéficient de la protection nécessaire que leur accorde la DIH, leur statut juridique doit être déterminé.

Section II: De la détermination du statut des personnes tombées au pouvoir des Etats-Unis.

304. Dans le cadre des CAI, la question relative au statut des personnes se trouvant aux mains de la puissance détentrice et de leur sort par le DIH avait déjà suscité de vifs débats lors des Conférences de La Haye à la fin du XIX^{ème} siècle. Ces débats ont poursuivis dans les années 70 lors des Conférences de Genève au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. Aujourd'hui, cette problématique ne devrait normalement plus être au centre des divergences surtout conventionnelles. Car, elle est *a priori* décidée par les CG, le PA I, et le droit humanitaire coutumier⁴³⁵.

⁴³⁴ Arrêt de la Cour internationale de justice relatif à l' « Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) », 2005.

⁴³⁵ 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*, vol. III, n° 164, 1979, pp. 181-231, R. LAPIDOTH, « Qui a droit au statut de prisonnier de guerre ? », *RGDIP*, 1978, pp. 170-171.

305. Cependant, lorsqu'on se trouve en présence d'un CAI, la notion de combattant devient fondamentale en DIH dans le but d'assurer la protection de celui-ci⁴³⁶. La qualification du statut juridique du combattant reste, tout de même, dépendante de trois critères déterminants qui lui offre les droits pour sa protection tout en l'exposant aux dangers venant de la Partie ennemie : premièrement, il a le droit participer directement aux hostilités, deuxièmement en prenant part au combat, il peut représenter une cible d'attaques de la Partie adverse, avant de se rendre ou d'être mis par l'autre Partie belligérante hors de combat, et enfin troisièmement s'il tombe au pouvoir de l'ennemi, il devient alors PG. En combattant l'ennemi, le combattant doit respecter scrupuleusement les obligations qui lui incombent à savoir : celles qui consistent à porter ouvertement ses armes, à se distinguer des personnes protégées— la population civile, et de se conformer aux lois et coutumes de guerre⁴³⁷.

306. A l'occasion de l'adoption de la CG III, notamment les dispositions relatives à l'art. 4 de cette Convention de 1949, l'extension du statut de PG avait été réalisée plus que celle prévue par la Convention de Genève de 1929. En 1977, une nouvelle extension du statut de PG intervient, de même que l'élargissement de l'expression de forces armées ainsi que le statut de Combattant lors de l'adoption du PA I⁴³⁸. L'objectif était de permettre à ce dernier d'être protégé par des dispositions garantissant la protection des PG lorsqu'ils tombent aux mains de l'ennemi⁴³⁹.

307. Le souci de se lancer dans l'élargissement du statut de prisonnier de guerre et du combattant est déterminant, en ce sens qu'il anticipait sur les aspects nouveaux de la guerre et de son évolution⁴⁴⁰.

308. Mais, le régime juridique définissant le statut du combattant que prévoyait les Règlements de La Haye de 1899 et 1907 divise les Parties contractantes en deux

⁴³⁶ M. SASSOLI, « Combattants et Combattants illégaux », dans V. Chetail, *Permanence et Mutation du Droit des Conflits Armés*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 1.

⁴³⁷ Art. 1^{er} du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

⁴³⁸ 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. 171-129.

⁴³⁹ Art. 4 de la CG III.

⁴⁴⁰ Exemples : le cas notamment des combattants de la « guerre contre le terrorisme », l'anticipation sur le droit accordé au statut d'enfant-soldat de pouvoir bénéficier du statut de prisonnier de guerre, tout en fixant des limites à l'utilisation de mineurs dans des conflits armés.

parties diamétralement opposées. La première partie dominée par des Etats puissants, préconisent une définition plus restrictive favorisant ainsi des forces armées des Etats—afin de garantir la sécurité de leurs troupes dans leurs zones d’influence. Et la deuxième partie composée quant à elle, d’Etats faibles voulant pour leur protection étendre cette notion à l’implication de leur population en cas de nécessité—afin de faire face aux agressions venant des Etats puissants⁴⁴¹. Par conséquent, l’ « équilibre juridique » voulu par les deux Règlements de La Haye s’est soldé par la prise en compte des exigences strictes pour la qualification du combattant, puis de la légitimation de la levée en masse contre l’invasion étrangère dans un territoire non soumis à une quelconque occupation⁴⁴². Pour éviter un flou total sur le sort des personnes participant aux hostilités, mais n’était pas par conséquent couvert par des dispositions pertinentes protégeant des prisonniers de guerre, la clause Martens fut donc introduite pour palier ce qui devait vraisemblablement ressembler à un vide juridique : « *En 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* »⁴⁴³.

309. Les conséquences désastreuses engendrées par la Première Guerre mondiale ont largement contribué à la tenue d’une Conférence diplomatique au cours de laquelle un instrument pertinent visant à protéger des PG fut élaboré. Il s’agit en effet de la Convention internationale relative au traitement des PG fut adoptée en 1929, qui s’ajoute à celle déjà existante depuis 1907⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ S. E. NAHLIK, « L’extension du statut de combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977 », *RCAH*, n° 164, 1979, pp. 171-129, K. WATKIN, « Combatants, unprivileged belligerents and conflicts in the 21st century », *IDFLR*, Vol. I, 2003, pp. 81-84, J. -F. QUEGUINER, *Le principe de distinction dans la conduite des hostilités : un principe traditionnel confronté à des défis actuel*, thèse, Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, 2006, pp. 298-299.

⁴⁴² J. BROWN SCOTT (éd.), *Les Conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 100.

⁴⁴³ Paragraphe 8 du préambule de la Convention IV de L Haye.

⁴⁴⁴ Art. 1 paragraphe 1—Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929, v. aussi R. LAPIDOTH, « Qui a droit au statut de prisonnier de guerre ? », *RIGDIP*, 1978, p. 190-199.

310. En effet, l'élargissement de cette notion de PG a été stimulé par l'importance qu'il a eu pendant la Deuxième Guerre mondiale⁴⁴⁵. Il suffit de se référer du sort réservé aux hommes tombés au pouvoir de l'une ou l'autre Partie belligérante ou encore capturés par celle-ci. Pour éviter toute tentative conduisant au rétrécissement de cette notion, les rédacteurs des CG de 1949 ont clarifié le statut de PG. Rappelons que les belligérants de la Deuxième Guerre mondiale en évoquant le seul emploi dans les Conventions de 1929 du terme « capturés » dans le seul but de priver aux membres de la Wehrmacht ainsi qu'aux forces japonaises du statut de PG. En tout état de cause, la captivité était juridiquement encadrée en vertu des dispositions pertinentes de la CG de 1929, « *toutes personnes visées par les articles 1^{er}, 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* »⁴⁴⁶. Cette Convention garantit certes une protection en cas de captivité, mais elle n'apporte aucun élément nouveau dans la définition du combattant.

311. Quoi qu'il en soit, les personnes arrêtées puis détenues par les Etats-Unis ont vu leur statut être remis en cause par leur puissance détentrice (Paragraphe I). De même, elles ont assisté passivement à l'antagonisme entre l'exécutif américain et la Cour suprême des Etats-Unis concernant le traitement des détenus (Paragraphe II).

Paragraphe I : De la remise en cause du statut des personnes arrêtées puis détenus par les Etats-Unis

312. Si l'on considère que le motif de la détention sans fin des personnes capturées par les Etats-Unis se résume à leur implication aux actes de terrorisme, c'est-à-dire en marge de toute belligérance ; alors leur sort judiciaire devrait relever dans le cas d'espèce du droit interne et international applicable à la lutte contre le

⁴⁴⁵ V. HAROUEL-BURELOUP, *traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 292.

⁴⁴⁶ Art. 1 paragraphe 1—Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929.

terrorisme. En revanche, si nous estimons qu'elles ont été détenues du fait de leur participation aux hostilités lors de ces deux CAI, cela impliquera l'application du CG III relative à la protection des PG.

313. Mais l'Administration Bush avait préféré établir le *distinguo* entre ces détenus, notamment entre les combattants taliban et membres d'Al-Qaïda. Pour ce faire, elle décida d'appliquer la CG III aux Taliban sans leur accorder le statut de PG. Quant aux membres d'Al-Qaïda, l'Administration Bush estimait que le fait que ces personnes soient soupçonnées d'être impliquées dans les attaques du 11 septembre 2001 les soustrait *de facto* de cette protection. Pratiquement, l'Administration Bush a résolument décidé d'entraver toute application des normes de protection dont auraient bénéficiées ces détenus. Pourtant, le DIH dans son registre conventionnel ou coutumier, offre des garanties nécessaires pour que cette protection soit accordée aux détenus.

314. Force est de constater que, pour tenter de contourner les exigences de la CG III, l'Administration Bush décida d'attribuer aux détenus le statut de « combattants irréguliers »⁴⁴⁷. Une notion qui désigne toute personne prenant part directement aux hostilités sans être autorisé, de par sa qualité de membre des forces armées régulières à le faire. Certes, les membres d'Al-Qaïda ne faisaient nullement partie des forces combattantes d'une armée régulière, ni d'une milice ou d'une guérilla au sens des CG et de leurs PA. Quant aux combattants taliban, leur appartenance à une force militaire clairement identifiée comme partie belligérante participant activement aux hostilités ne laissait planer aucune incertitude. Cette évidence aurait suffi aux Etats-Unis et plus particulièrement à l'Administration Bush d'appliquer sans tergiverser la CG III afin que le statut de PG soit accordé aux taliban⁴⁴⁸. Même si ces derniers étaient soupçonnés d'avoir commis des infractions graves aux CG, qui est censé les protéger contre la puissance détentrice en l'occurrence les Etats-Unis.

315. Dans l'affaire *Delalic*, le TPIY avait clairement estimé qu' « *il n'existait pas de hiatus entre la III^e et la IV^e CG. Si une personne n'a pas droit, en qualité de prisonnier*

⁴⁴⁷ C. ROUSSEAU, *Droit des conflits armés*, Pédone, Paris, 1983, pp. 71 et s., paragraphes 50 et s.

⁴⁴⁸ Art. 4 de la CG III.

de guerre, à la protection offerte par la III^e CG (...), elle est nécessairement couverte par la IV^e Convention, pour autant qu'elle satisfasse aux critères énoncés à l'article 4 [de la IV^e Convention] »⁴⁴⁹. Il ressort de cette interprétation du TPIY l'idée tendant à écarter de façon précise toute tentative visant à installer une sorte de vide juridique pour les détenus. Car en effet, qualifiés de « combattants irréguliers », privés du statut de prisonnier de guerre par l'Administration Bush, les membres d'Al-Qaïda auraient bénéficié de la protection des personnes civiles garantie par la CG IV⁴⁵⁰.

316. L'attribution du statut de « combattants irréguliers » soustrait les membres d'Al-Qaïda de la protection des CG. Mais, ceux-ci pouvaient néanmoins jouir de la protection accordée par le DIH coutumier⁴⁵¹. Selon l'art. 75 al. 7 b) du PA I, « toute personne qui ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable en vertu des conventions ou du présent protocole se verra accorder le traitement prévu par le présent article, que les crimes dont elle est accusée constituent ou non des infractions graves aux conventions ou au présent protocole ». Toutefois, il est important de souligner que la protection garantie par la CG IV comporte des restrictions sous forme de dérogations⁴⁵². Mais l'application de ces dérogations n'était en aucun cas justifiable pour les taliban et les membres d'Al-Qaïda. En ce sens que, l'application des normes de protection qu'offre cette Convention par l'Administration Bush ne mettant guère en danger la sécurité des Etats-Unis.

317. En privilégiant le refus politique au détriment de l'application des normes juridiques, l'Administration Bush s'était mise volontairement en antagonisme avec la Cour suprême des Etats-Unis (Paragraphe II).

Paragraphe II : De l'antagonisme entre l'exécutif américain et la Cour suprême des Etats-Unis concernant le traitement des personnes détenues

⁴⁴⁹ TPIY, jugement du 16 novembre 1998, *Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21-T, paragraphe 271. L'article 4 de la CG IV pose une condition relative à la nationalité des personnes.

⁴⁵⁰ K. DÖRMANN, « The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged Combatants" », *RICR*, 2003, pp. 45 et s.

⁴⁵¹ Art. 3 commun aux quatre CG et de l'art. 75 du PA I.

⁴⁵² V. à cet effet les dérogations prévues par son art. 5.

318. L'antagonisme entre l'exécutif américain et la Cour suprême a été alimenté par la question relative au traitement des détenus ressortissants américains et étrangers. Pour apporter l'éclairage à cette question, on essaiera de comprendre les raisons de cette convergence entre l'exécutif et la Cour suprême (1), avant de chercher à établir leur point de divergence concernant le traitement des détenus étrangers (2).

1- Le traitement des combattants ressortissants américains : un droit reconnu par l'exécutif américain et la Cour suprême des Etats-Unis

319. La « guerre contre le terrorisme » avait triomphalement favorisé des droits procéduraux des détenus ressortissants américains sur la politique ultra sécuritaire mise en place par l'Administration Bush. En effet, dans l'arrêt rendu par la Cour suprême américaine en l'affaire *Rumsfeld v. Padilla*, du 28 juin 2004, en faveur du requérant Joseph PADILLA⁴⁵³. Après avoir intenté un recours en *habeas corpus* contestant la qualification choisie par l'Administration Bush d' « ennemi combattant » en vertu de laquelle il avait été détenu, avait pour sa défense invoqué qu'en sa qualité de citoyen américain un traitement différent lui devait être accordé, aussi à cause du fait que son pays ne se trouvait pas en guerre comme prétendait le Président George W. BUSH. Cette ligne de défense avancée par le requérant prouve une fois de plus que la « guerre contre le terrorisme » n'est pas en réalité une guerre au sens classique du terme. Il faut noter que le requérant risquait en raison des soupçons qui pesaient sur lui, d'être emprisonné indéfiniment sans possibilité de recours légal ou d'être assisté par un conseil.

320. Estimant que le Président des Etats-Unis dispose en tant que commandant en chef l'autorité pour désigner, comme « ennemi combattant », tout citoyen américain, capturé sur le sol américain en le mettant en détention jusqu'à la fin du conflit avec Al-Qaïda et donc de la « guerre contre le terrorisme ». C'est en raison de ce pouvoir

⁴⁵³ *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S. CT. 2711 (2004).

discrétionnaire dont dispose le Président des Etats-Unis que les juges du fond avaient rejeté la requête en *habeas corpus* du requérant PADILLA. En revanche, le requérant avait finalement pu obtenir gain de cause à sa requête après qu'elle ait été examinée en appel par les juges du second degré en infirmant le précédent jugement, tout en déniaut au Président des Etats-Unis le prétendu pouvoir d'ordonner la détention militaire de citoyens américains arrêtés sur le territoire des Etats-Unis.

321. La question juridique soulevée par la Cour suprême des Etats-Unis dans cette affaire était de savoir si le Président des Etats-Unis avait le droit en vertu de l'*Authorization of use of military force* (AUMF) adopté par le Congrès le 18 septembre 2001 de qualifier d'« ennemis combattants » un citoyen américain, de le détenir, sans méconnaître le *Non Detention Act*, qui prévoit qu'« aucun citoyen ne doit être emprisonné ni détenu par les Etats-Unis, sauf en vertu d'une loi du Congrès »⁴⁵⁴. Pour ce faire, la Cour suprême avait donc cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel sans résoudre le problème de fond, ensuite elle avait renvoyé l'affaire pour des questions de procédure⁴⁵⁵. Le requérant avait donc été autorisé à reformuler sa demande en *habeas corpus* comme gage de protection prévu par la Constitution américaine⁴⁵⁶.

322. La Cour suprême avait dans une autre affaire similaire, en l'*affaire Hamdi v. Rumsfeld* du 28 juin 2004, statué dans le sens du demandeur, de nationalité américaine capturé en Afghanistan par les forces américaines. Le requérant avait demandé à consulter un conseil en application du *habeas corpus* comme moyen légal de contester sa détention illégale. Ainsi, la Cour Suprême avait estimé dans sa décision rendue le jour dessus indiqué que tout citoyen américain avait le droit de faire valoir le 5^e amendement de la Constitution américaine pour sa défense⁴⁵⁷. Cet amendement

⁴⁵⁴ Cf. art. 4001 (a) du Code des Etats-Unis, Titre 18.

⁴⁵⁵ Joseph PADILLA avait introduit une procédure dans le District sud de New York, désignant comme défendeurs Donald RUMSFELD et le commandant Mélanie MARR. Or, pour la Cour Suprême, la désignation de RUMSFELD était irrégulière et le recours aurait dû être porté en Caroline du sud.

⁴⁵⁶ Pour plus d'informations portant sur la procédure judiciaire dans l'affaire PADILLA, voir en effet, C. VROOM, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux », Communication-Etats-Unis, *AJIC*, 2002, vol. XVIII, pp. 189-191.

⁴⁵⁷ 5^e amendement de la Constitution américaine de 1787, « Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans

garantit un *due process of law* (droit à une bonne administration de la justice) aux nationaux lorsqu'ils estiment que les droits de la défense n'ont pas été respectés. Mais, l'application d'une telle disposition à certains détenus de la « guerre contre le terrorisme » créait forcément une discrimination en violation de l'art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève.

Rappelons que si cette affaire se déroulait en France, l'art. 55 de la Constitution française de 1958 aurait été mis en avant par la défense⁴⁵⁸.

Néanmoins, en vertu du 5^e amendement, après son transfert sur le territoire américain, le suspect avait donc le droit de contester toutes les charges que le Secrétaire à la défense souhaitait voire la justice américaine appliquées. Et ce en violation totale des garanties fondamentales du procès équitable⁴⁵⁹. Une contestation sans laquelle, le requérant n'aurait pas droit à l'assistance d'un conseil, ce qui violerait le VI^e amendement de la Constitution américaine⁴⁶⁰.

son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité. ».

⁴⁵⁸ Article 55 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

⁴⁵⁹ 105 paragraphe 1 « Le prisonnier de guerre aura le droit d'être assisté par un de ses camarades prisonniers, d'être défendu par un avocat qualifié de son choix, de faire citer des témoins et de recourir, s'il l'estime nécessaire, aux offices d'un interprète compétent. Il sera avisé de ces droits en temps utile, avant les débats, par la puissance détentrice » ; 105 paragraphe 2 : « Si le prisonnier de guerre n'a pas choisi de défenseur, la puissance protectrice lui en procurera un ; elle disposera d'au moins une semaine à cet effet. A la demande de la puissance protectrice, la puissance détentrice lui remettra une liste de personnes qualifiées pour assurer la défense. Au cas où ni le prisonnier de guerre ni la puissance protectrice n'aurait fait le choix d'un défenseur, la puissance détentrice désignera d'office un avocat qualifié pour défendre le prévenu » ; 105 paragraphe 3 : « Pour préparer la défense du prévenu, le défenseur disposera d'un délai de deux semaines au moins avant l'ouverture des débats, ainsi que des facilités nécessaires ; il pourra notamment rendre librement visite au prévenu et s'entretenir sans témoins avec lui. Il pourra s'entretenir avec tous les témoins à décharge, y compris des prisonniers de guerre. Il bénéficiera de ces facilités jusqu'à l'expiration des délais de recours » ; 105 paragraphe 4 : « Le prisonnier de guerre prévenu recevra, assez tôt avant l'ouverture des débats, communication, dans une langue qu'il comprend, de l'acte d'accusation ainsi que des actes qui sont, en général, communiqués au prévenu en vertu des lois en vigueur dans les armées de la puissance détentrice. La même communication devra être faite dans les mêmes conditions à son défenseur » ; 105 paragraphe 5 : « Les représentants de la puissance protectrice auront le droit d'assister aux débats sauf si ceux-ci devaient, exceptionnellement, avoir lieu à huis clos dans l'intérêt de la sûreté de l'Etat ; dans ce cas la puissance détentrice en avisera la puissance protectrice » ; 106 : « Tout prisonnier de guerre aura le droit, dans les mêmes conditions que les membres des forces armées de la puissance détentrice, de recourir en appel, en cassation ou en révision, contre tout jugement rendu à son endroit. Il sera pleinement informé de ses droits de recours ainsi que des délais requis pour les exercer ».

⁴⁶⁰ VI^e amendement de la Constitution américaine, « Dans toute poursuite criminelles, l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été

323. Nous constatons que la Cour suprême dans sa démarche n'avait fait que dire le droit tel qu'il est et écrit. Mais, en aucun moment elle ose définir ce qu'on entend par "ennemi combattant" afin de lever le voile sur cette opacité expressive à laquelle elle refuse d'assujettir les détenus américains. En conséquence, un flou juridique s'installe car « *en suivant une approche consensuelle, privilégiant la conciliation des intérêts antagonistes de la sécurité et de la liberté, (les juges) sont restés en deçà du rôle qui est le leur dans le système constitutionnel américain* »⁴⁶¹.

Toutefois, il est important de souligner en revanche, que la « guerre contre le terrorisme » avait permis à la Cour suprême américaine d'assurer un contrôle judiciaire sur les pratiques illégales qu'avait menées l'Administration Bush en s'opposant à des détentions administratives illimitées des présumés terroristes américains. Ceci malgré la pression exercée par cette dernière, lorsqu'elle s'appuyait sur ses prérogatives en temps de guerre, pour justifier son pouvoir discrétionnaire et unilatéral au nom de la sécurité nationale. Certes, toute procédure judiciaire régulière risquerait, sans doute, de compromettre les efforts militaires consacrés à la lutte contre le terrorisme international. Peu importe, c'est avant tout le prix à payer pour sauvegarder l'Etat de droit !

2- Le traitement des combattants ressortissants étrangers : un droit refusé par l'exécutif américain mais accepté par la Cour suprême des Etats-Unis

324. L'Administration Bush avait rejeté toute tentative visant à appliquer les dispositions pertinentes de la Constitution américaine en faveur des détenus de

commis—le district ayant été préalablement délimité par la loi—, d'être instruit de la nature et de la cause de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à décharge, d'exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à charge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense. ».

⁴⁶¹ S. PAPAPOLYCHRONIOU, « Proposition de communication au VI^e Congrès de droit constitutionnel », Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, Atelier n° 5, le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Réflexions à partir des arrêts *Hamdi v. Rumsfeld*, *Rasul v. Bush* et *Rumsfeld v. Padilla*, rendus par la Cour Suprême américaine le 28 juin 2004, en comparaison avec l'arrêt *A and others v. secretary of state for the Home Department*, rendu par la Chambre des Lords britannique le 16 décembre 2004.

Guantanamo, au motif que la prison se situe sur le territoire cubain⁴⁶². Plus encore, estimaient les autorités américaines, la souveraineté de Cuba sur Guantanamo n'étant pas remise en cause, les tribunaux américains ne seraient compétents pour juger un ressortissant étranger détenu à Guantanamo. Cela revient à dire, que les détenus étrangers ne pouvaient, d'après l'Administration Bush, espérer bénéficier des prérogatives de protection garanties par les droits fondamentaux en vertu de la Constitution américaine. De même que la possibilité d'avoir accès aux juridictions de droit commun remplacées à titre exceptionnel par les tribunaux militaires sous l'impulsion de l'exécutif américain⁴⁶³. Cette réplique de la Maison Blanche se fondait essentiellement sur la décision de la Cour suprême des Etats-Unis, qui avait dans certaines affaires, écarté toute tentative d'applicabilité de la Constitution américaine dans toute action de l'Administration américaine à l'étranger sur des étrangers⁴⁶⁴. En revanche, elle est restée virulente et critique vis-à-vis des violations des droits des détenus par l'Administration Bush⁴⁶⁵.

325. Si l'on considère la décision rendue par la Cour suprême des Etats-Unis en l'affaire *Zadvydas v. Davis* avant les attentats du 11 septembre 2001, il y a lieu d'affirmer qu'avant son revirement après ces attentats terroriste, la Cour suprême des Etats-Unis pouvait admettre pleinement l'application des garanties constitutionnelles

⁴⁶² V. Constitution américaine de 1787, IV^e amendement, « *Dans toutes poursuites criminelles, l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été commis—le district ayant été préalablement délimité par la loi—, d'être instruit de la nature et de la cause de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à décharge, d'exiger par les moyens légaux la comparution de témoins à charge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense.* ». V. également, la Section 9, « *Le privilège de l'ordonnance d'Habeas Corpus ne pourra être suspendu, sauf dans les cas de rébellion ou d'invasion, où la sécurité publique pourrait l'exiger* ».

⁴⁶³ V. Loi du 17 octobre 2006, *Military Commission Act (MCA)*.

⁴⁶⁴ On peut citer à cet effet, la décision de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 763 (1950).

⁴⁶⁵ Attendu de la Cour suprême américaine, « *La Constitution des Etats-Unis est une loi pour les dirigeants et pour le peuple, en temps de guerre comme en temps de paix, et elle couvre de sa protection tous les hommes, en tous temps et en toutes circonstances. Il n'est pas de doctrine impliquant des conséquences plus pernicieuses que celle qui consiste à dire que l'une quelconque de ces clauses pourrait être suspendue au cours de l'une des grandes urgences ou situations critiques auxquelles le gouvernement doit faire face. Une telle doctrine aboutirait directement à l'anarchie ou au despotisme, mais la théorie de nécessité sur laquelle elle se fonde est fautive. En effet, le gouvernement, aux termes de la Constitution, s'est vu octroyer tous les pouvoirs qui lui sont nécessaires afin de préserver son existence* », cité par S. PETERMANN, *Guantanamo. Les dérives de la guerre contre le terrorisme*, André Versailles, 2009, pp. 168-169.

d'une procédure régulière aux étrangers présents sur le territoire des Etats-Unis, de manière légale ou illégale, permanente ou temporaire⁴⁶⁶.

326. Cependant, en dehors de l'adoption par le Congrès en 2001 de l'*Authorization of use of military* qui était à l'origine du renforcement des prérogatives du Président W. BUSH. L'Administration Bush quant à elle, se servait du *USA Patriot act* pour détenir des suspects étrangers en détention dont la durée de détention se limitait à sept jours maximum. Cela dépendait de l'attestation délivrée par l'*Attorney Général* en apportant des preuves comme quoi le suspect, de par son engagement aux activités terroristes, présente un danger évident pour la sécurité des Etats-Unis. Au-delà de cette période, le suspect devait être inculpé ou relâché, à moins que l'*Attorney General* estime que le suspect détenu continue de représenter un danger réel pour la sécurité des Etats-Unis. Dans le cas d'espèce, sa détention doit être prolongée de six mois supplémentaires⁴⁶⁷. Cette disposition ultra sécuritaire n'est pas sans conséquence. Car en effet, elle porte directement atteinte au *due process of law* au-delà du fait que le détenu ressortissant étranger peut se prévaloir de la protection garantie par le *habeas corpus* prévu par la Constitution américaine.

327. En fait, la vraie question se pose lorsqu'il s'agissait du sort réservé aux prisonniers de Guantanamo Bay, notamment de leur statut juridique. De quoi penser que le but de l'Administration Bush était tout simplement celui de les soustraire du statut de PG, des lois et juridictions américaines ; dans le but d'atteindre des fins auxquels elle s'était fixée⁴⁶⁸.

328. On retrouvera ces objectifs de l'Administration Bush dans l'*affaire Rasul v. Bush*, dans laquelle le requérant demandait la délivrance d'un *writ of habeas corpus*

⁴⁶⁶ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (juin 2001).

⁴⁶⁷ SEC. 412. Mandatory detention of suspected terrorists; habeas corpus; judicial review. PUBLIC LAW 107—56—OCT. 26, 2001.

⁴⁶⁸ *Supreme Court of the United States*, *Rasul v. Bush*, 28 juin 2004, 542 US, 481. Une stratégie motivée par des considérations d'opportunité politique et militaire consistant à permettre à une Administration en guerre de maintenir en détention et de poursuivre les interrogatoires des étrangers arrêtés dans le cadre des opérations militaires sans traitement judiciaire des faits allégués. La base de Guantanamo présentait plusieurs avantages par rapport au transfert des combattants sur le territoire américain. En effet, cela contournait l'obligation d'extension de la protection d'*habeas corpus* à ceux-ci et excluait les risques d'une détention en Afghanistan ou autre territoire hostile soumis à de fréquents attentats.

afin de pouvoir communiquer avec son conseil afin d'en bénéficier des garanties prévues par le droit américain et international.

329. La Cour suprême était confrontée à un problème juridique auquel elle devait absolument répondre, c'est-à-dire celui de déterminer si un ressortissant étranger prisonnier à Guantanamo pouvait saisir des juridictions américaines pour faire valoir ses droits. En effet, face à ce dilemme juridique, la Cour suprême s'était replongée dans l'une de ses décisions antérieures, en l'occurrence celle de *Johnson v. Eisentrager*⁴⁶⁹. Dans cette affaire, la Cour suprême s'était fondée sur les principes classiques du droit de la guerre, et plusieurs décisions ont été prises au moment de la guerre de 1812 pour refuser l'accès à la justice américaine aux étrangers considérés comme « ennemis » peu importait la nature du litige⁴⁷⁰.

330. Pour apporter une réponse juridique convaincante relative au sort des détenus de Guantanamo, la Cour suprême avait refusé de faire l'analogie avec le sort des citoyens allemands capturés pendant la Seconde Guerre mondiale et détenus en dehors du territoire des Etats-Unis, qui n'ont été déniés de l'accès à la justice américaine en raison de leur nationalité. Ce refus d'admettre l'analogie avait donc permis la justiciabilité des recours des prisonniers de Guantanamo devant des tribunaux américains : un véritable revirement jurisprudentiel.

331. En statuant ainsi, la Cour suprême avait donc étendu la compétence des tribunaux fédéraux américains, ils étaient désormais compétents pour connaître des griefs provenant des prisonniers étrangers détenus en dehors du territoire des Etats-Unis. L'accès aux juridictions fédérales américaines était donc devenu accessible aux étrangers détenus sur le territoire qui relève de la compétence pleine et exclusive des Etats-Unis, mais non de leur souveraineté ultime en application de la loi fédérale d'*habeas corpus*⁴⁷¹. Autrement dit, la compétence reconnue par la Cour Suprême aux juridictions fédérales américaines pour connaître des recours en *habeas corpus* des étrangers, détenus par les autorités militaires américaines, sur un territoire qu'elles

⁴⁶⁹ *Supreme Court of the United States*, *Johnson v. Eisentrager*, 5 juin 1950.

⁴⁷⁰ Cf. l'opinion du juge BLACKSTONE, « *En common Law, les étrangers ennemis n'ont pas de droits, pas de privilèges, sauf par une faveur spéciale du Roi, en temps de guerre* », cité dans *Johnson v. Eisentrager*, 775.

⁴⁷¹ V. Art. 28 du Code des Etats-Unis, paragraphes 2241-2243.

contrôlent, permettrait ainsi de prévaloir les droits de la personne sur ceux du citoyen autrefois supérieurs⁴⁷².

332. Suite au revirement de la Cour Suprême, l'Administration Bush avait donc procédé à la création en juillet 2004, de la procédure spécifique devant le *Combattant Status Review Tribunal* (CSRT) dont la mission avait été confiée aux trois militaires qui le composaient de pouvoir déterminer l'opportunité de la qualification d' « ennemi combattants » accordée aux détenus de Guantanamo. Le CSRT avait donc été approuvé juridiquement en décembre 2005—*Detainee Treatment Act* (DTA)⁴⁷³. Pour ce faire, la Cour suprême avait, pour sa part, attendu l'année suivante pour répliquer en décidant, dans l'affaire *Hamdan v. Rumsfeld*, que les prévisions du DTA n'étaient pas applicables aux affaires pendantes mais futures. Enfin, la Cour avait estimé que les Commissions militaires n'avaient aucune compétence pour statuer sur les cas des personnes suspectées d'entretenir des liens spécifiques avec Al-Qaïda et capturées au cours de l'opération militaire en Afghanistan⁴⁷⁴.

⁴⁷² 5^e amendement, « Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité. », 14^e amendement, « Toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des Etats-Unis et de l'Etat dans lequel elle réside. Aucun Etat ne fera ou n'appliquera des lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité de la loi » (Constitution américaine). En effet, ces droits bénéficient à « toute personne » susceptible de relever du pouvoir et du contrôle de l'exécutif, indépendamment de sa nationalité.

⁴⁷³ Ce texte prévoyait en effet qu' « aucune cour, juridiction ou juge n'est compétent pour connaître des recours intentés par des étrangers à Guantanamo, sous réserve de l'appel possible devant le DC circuit, exclusivement compétent pour déterminer définitivement le statut accordé par le CSRT et les décisions officielles rendues par les Commissions militaires ».

⁴⁷⁴ La position de la Cour Suprême se fonde sur l'illégalité de ces instances (Commissions militaires) et des procédures qui les régissent en ce qu'elles violent les dispositions du droit américain (elles ne résultent pas d'une autorisation expresse du Congrès (art. 3, Section 1) et ne sont pas conformes à l'art. 21 du UCMJ) et du droit international des conflits armés, vue égard l'art. 3 commun aux Conventions de Genève de 1949. Les règles et les principes applicables à la conduite de la guerre, de même que la protection humanitaire des populations civiles, des combattants malades et blessés et des prisonniers de guerre sont pourtant transposés dans l'ordre juridique américain, par le Congrès, donc applicables par ces Commissions militaires mais que l'Administration Bush estimait inapplicables à la « guerre contre le terrorisme ». V. aussi, « Status of Detainees in Non-international Armed conflict, and their protection in

333. Ainsi, pour FLETCHER, il n'y a aucun doute que le Cour suprême américaine tourne la page de la discrimination basée sur la nationalité, « *en rompant avec le précédent Eisentrager, la Cour Suprême rompt également avec la distinction classique en temps de guerre entre nations amies, ennemies et neutres et avec l'indexation consécutive de la protection due à leurs ressortissants en fonction de leur extranéité* »⁴⁷⁵. Cependant, nous n'ignorons pas que le régime applicable accordé aux personnes arrêtées et détenues par les Etats-Unis se fonde sur les décisions passées de la Cour suprême qui ont égratigné quelque peu sa réputation⁴⁷⁶. Ces décisions antérieures ont même institué à travers une série de décrets militaires (*Military Orders*), que ces personnes soient jugés par les Commissions militaires extraordinaires malgré leur incompatibilité avec les garanties prévues par la Constitution américaine ou par les instruments internationaux⁴⁷⁷. Toutefois, il est important de souligner que toutes les mesures prises par l'Administration Bush en vue de refuser l'application du droit à la bonne administration de la justice, et ne pas vouloir reconnaître l'incapacité des Commissions militaires de connaître les contentieux nés de la « guerre contre le terrorisme » ; incapables d'offrir elles aussi la protection consacrée par des instruments juridiques internationaux avec lesquels les Etats-Unis sont liés⁴⁷⁸.

the Course of Criminal Proceedings: The Case of *Hamdan v. Rumsfeld* », juillet 2006, *American Society of International Law (ASIL)*.

⁴⁷⁵ V. l'influence du critère de nationalité sur la discrimination du statut légal, G. P. FLETCHER, « Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : *Hamdi, Padilla* et les détenus de Guantanamo Bay », *RTDH*, 2004, n° 60, pp. 841-859.

⁴⁷⁶ *Supreme Court of the United States*, Ex parte *Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). Dans cet arrêt, les agents nazis, déférés devant un tribunal militaire sur la base d'une ordonnance présidentielle (*Military Order*), ont contesté la légalité de leur détention et la procédure sommaire devant le tribunal militaire, par des recours en *habeas corpus*. Statuant en urgence sur ces recours, la Cour Suprême a admis à l'unanimité la régularité de la procédure devant le tribunal militaire, en se basant sur les pouvoirs conférés au Président par le Congrès pour mettre en place telles instances. L'Administration Bush a invoqué le précédent *Quirin* pour justifier le régime applicable aux détenus de Guantanamo. Or, hormis le fait que l'affaire des "saboteurs" allemands s'inscrivait dans le contexte d'une guerre déclarée, lors de laquelle le Congrès avait explicitement autorisé la mise en place de tribunaux militaires pour juger des "combattants ennemis" incontestables, la justification de Guantanamo par le précédent *Quirin* semble difficile car cette jurisprudence était manifestement dépassée par les développements spectaculaires du droit international humanitaire, depuis cinquante ans ; et totalement discréditée en tant que légitimation judiciaire d'un "fait accompli" (J. V. STEYNE, « Guantanamo Bay : The Legal Black Hole », *ICLQ*, 2004, n° 53, 1, pp. 9-10.

⁴⁷⁷ Rappelons que la compétence et la procédure suivie devant ces Commissions ont été ensuite précisées dans différentes dispositions promulguées par le Département de la Défense. V. notamment *Military Commission Order* n°1 (March 21, 2002), *Military Commission Instructions*, n°1-8 (April, 30, 2003).

⁴⁷⁸ Certes, la Cour Suprême américaine n'a jamais statué directement sur l'autorité du Président pour établir les règles de procédure utilisées par une Commission militaire mais il existe trois lois qui limitent la portée de celles-ci, il s'agit effet de l'art. 21 du Code de justice militaire qui habilite les Commissions à

334. Rappelons que ces instruments internationaux accordent à toute personne le droit de se prévaloir de toutes les libertés proclamées dans de différents textes internationaux sans aucune distinction possible; comme on le constate de façon flagrante pour le cas des détenus de Guantanamo⁴⁷⁹. Le PIDCP dénie, comme bien d'autres standards internationaux, à l'Etat toute atteinte aux droits et liberté conventionnellement garantis⁴⁸⁰. D'ailleurs, le texte du PIDCP a été considéré par les

juger des personnes ou des délits incriminés par la loi du Congrès ou par une législation de la guerre ; l'art. 36 du même texte qui contraint le Président à appliquer les principes du droit et de la réglementation des preuves généralement exigés dans un procès pénal aux Etats-Unis, dans le cadre d'une procédure qui doit rester conforme à celle prescrite pour des Cours martiales ; et enfin les différentes exigences relevant du *Patriot Act*.

⁴⁷⁹ *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH) : art. 2 paragraphe 1 « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation », art. 2 paragraphe 2 « De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté » ; art. 9 « Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ni exilé » ; art. 10 « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » ; art. 11 « Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public ou toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées ».

⁴⁸⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) : art. 5 paragraphe 1 « Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte », art. 5 paragraphe 2 « Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout Etat partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à moindre degré » ; art. 7 « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique », (Les « Etats-Unis considèrent liées par l'art. 7 pour autant que l'expression "peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants" s'entend des traitements ou peines cruels et inaccoutumés interdits par les cinquième, Huitième et/ou Quatorzième amendement à la Constitution des Etats-Unis ». Le Comité des droits de l'homme a conclu que ces réserves étaient incompatibles avec le PIDCP et recommandait leur retrait. Voir à cet effet, *Examen des rapports présentés par les Etats parties conformément à l'art. 40 du Pacte*, CCPR/C/79.Add. 50 (1995), paragraphe 14. Le Rapporteur spécial a rappelé en 1998 que la réserve des Etats-Unis d'Amérique devait être considérée comme nulle et non avenue) ; art. 9 paragraphe 1 « Toute individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévues par la loi », art. 9 paragraphe 2 « Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui » ; 9 paragraphe 3 « Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement doit pas être

Etats-Unis comme étant, « *L'instrument des droits de l'homme le plus important adopté depuis la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme* »⁴⁸¹. Malgré la portée de tous ces textes internationaux, et au-delà de toute considération qu'ils ont pour certains instruments internationaux, les Etats-Unis n'ont jamais voulu appliquer le DIH aux personnes arrêtées et détenues par eux, en leur accordant le statut de prisonnier de guerre, sans redouter les conséquences qu'engendrerait un tel manquement⁴⁸². Alors que, la troisième Convention de Genève précise qu'en cas de doute, « *Lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent* »⁴⁸³.

335. Au même titre que le DIH, le droit international des droits de l'homme n'a pas, lui aussi, eu la chance d'être appliqué par l'Administration Bush aux détenus à ces personnes. En mettant de côté toutes les garanties prévues par l'art. 9 paragraphe 4 du PIDCP⁴⁸⁴. Tous ces gardes fous visent pourtant à sauvegarder l'égalité pour tous devant la loi et les Cours de justice compétentes prévues à cet effet.

336. Le refus affiché par l'Administration Bush à appliquer le DIH aux personnes arrêtées puis détenues par les Etats-Unis, en tentant de faire usage de tous

subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement », art. 9 paragraphe 4 « *Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* » ; art. 10 « *Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* » ; art. 14 « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice (...)* » ; enfin art. 26 « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi (...)* ».

⁴⁸¹ Voir. M. WAXMAN, Discours d'ouverture au *Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Genève, Suisse, 17 juillet 2006. Notons que ce texte (PIDCP) est applicable aux cinquante Etats américains ainsi qu'à Guantanamo, pour les détenus qui s'y trouvent, en vertu de l'art. 2 qui oblige les Etats-Unis à respecter et garantir à tous individus relevant de leur compétence les droits reconnus dans cette Convention.

⁴⁸² Art. : 17, 18, 21, 25 et 34.

⁴⁸³ Art. 5 de la CG III.

⁴⁸⁴ Art. 9 paragraphe 4 du PIDCP, « *Quiconque se trouve privé de sa liberté, par arrestation ou détention, a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* ». Selon P. WECKEL « *La thèse américaine de la guerre qui échappe au cadre spatial et temporel du droit des conflits armés tel qu'il est généralement accepté* », v. P. WECKEL, « *Le statut incertain des détenus de sur la base américaine de Guantanamo* », *RGDIP*, 2002-2, p. 364.

les moyens juridiques et politiques imaginables dont elle disposait afin de soutenir la « doctrine Bush », au risque même de violer les droits les plus élémentaires, pour que l'action du Président W. BUSH ne soit pas entravée par des obstacles d'ordre juridique découlant du droit interne ou international. Ainsi, la bonne lecture du droit faite par la Cour suprême relative aux affaires acquises d'avance à l'Administration avait prouvé, une fois de plus, le degré de l'indépendance des pouvoirs issue de l'architecture institutionnelle américaine, fruits de la Constitution américaine et de son système d'équilibre des pouvoirs (« *Checks and balances* »)⁴⁸⁵.

Titre II : De l'application du droit international humanitaire

337. Les normes applicables varient en fonction du type de conflit armé. Cependant, lorsqu'on se retrouve dans le cadre d'une situation de conflit armé, y compris dans le contexte d'une occupation comme fut celle de l'Irak, toutes les Parties au conflit ont l'obligation de respecter le DIH et donc son application. Cette obligation incombe simultanément aux forces étatiques et aux groupes armés non étatiques. Dans le cadre d'un CAI (hostilités entre Etats), les arsenaux juridiques composés des quatre CG, du PA I, de la Convention de La Haye et du droit coutumier sont applicables. Alors que dans le cadre d'un CANI (Etat contre les groupes rebelles) les normes conventionnelles invocables sont moins abondantes. Toutefois, l'article phare (art. 3 commun) de la CG est néanmoins applicable dans le cas d'espèce, ainsi que le PA II et le droit coutumier pertinent.

338. Le DIH étant applicable dans le contexte de conflits armés, il est donc le régulateur de la conduite des hostilités tout en protégeant les victimes des conflits armés. Il est applicable à tous les types de conflits armés internationaux ou non

⁴⁸⁵ Art. III, Section 1 de la Constitution américaine, « *Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis sera conféré à une Cour Suprême et à telles Cours inférieures dont le Congrès pourra de temps à autre ordonner l'institution* ». V. J.-E., BRANAA, *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipes, Paris, 2006, p. 45.

internationaux, indépendamment de leur légitimation et des raisons pour lesquelles les Parties ont recours à la force. Autrement dit, il a été élaboré dans le but de protéger des personnes susceptibles d'être des victimes potentielles des conflits armés. C'est pour atteindre cet objectif qu'il fût doté de deux instruments juridiques pertinents : les CG de 1949 ainsi que leurs deux PA de 1977, auxquels s'ajoute la Convention de La Haye. Cette dernière a pour but de régler et limiter les moyens de faire la guerre.

339. En effet, l'évolution graduelle, constante accompagnée de degré de complexification des formes de conflits armés (La Somalie, L'Afghanistan, L'Irak, La Libye par exemple) à l'orée puis au début du XI^e siècle, soulèvent de nombreuses interrogations en particuliers juridiques, concernant le champ d'application actuel du DIH. On serait dans ce contexte miné par la multiplication de ces conflits armés, dans une sorte d'« embrasement mondial des conflits armés » ; c'est d'ailleurs ce que François BELLON qualifie de « Champ de bataille mondial »⁴⁸⁶. Par conséquent, la pluralité des acteurs impliqués dans ces conflits armés contemporains complique considérablement la détermination du statut et de la protection accordée par le DIH.

La résolution 3314 (XXIX) des NU nous a enseigné depuis les attentats du 11 septembre 2001, qu'en cas de légitime défense, un Etat qui se considère victime d'une agression (selon la formulation de l'Assemblée générale), et la cible visée par la riposte de l'Etat victime de l'agression est nécessairement un Etat. Dès lors, le conflit entre ces deux entités étatiques serait donc un CAI—le droit de La Haye ainsi que celui de Genève s'appliqueraient. Les Parties belligérantes seront en effet soumises à l'obligation de « respecter et de faire respecter la présente Convention »/Protocole « en toute circonstances »⁴⁸⁷. Le commentaire du Protocole additionnel souligne que les termes « en toutes circonstances », signifieraient que l'application de la Convention n'est pas subordonnée au caractère du conflit⁴⁸⁸. En d'autres termes, qu'il s'agisse d'une guerre « juste » ou « injuste », d'une agression ou d'une résistance à l'agression, cela ne saurait en rien remettre en cause les protections garanties qu'offre ce droit. Ce point de vue est confirmé dans le préambule du PA I : « *Les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en*

⁴⁸⁶ F. BELLON, Communiqué de presse 12/206 du 8 oct. 2012 ; www.circ.org

⁴⁸⁷ Art. 1 des CG et de leurs Protocoles additionnels.

⁴⁸⁸ Cf. Commentaire du PA I des Conventions de Genève, art. 1. <http://www.icrc.org/dih>

toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci », même si un état de guerre n'est pas reconnu par une Partie au conflit.

340. Mais, la « guerre contre le terrorisme » avec son chapelain de violations graves des règles les plus élémentaires du DIH a montré au grand jour le manque d'efficacité dont souffre cette branche de droit. Ce peu d'efficacité du DIH qui l'empêche à s'imposer, a été remarqué par le Professeur Eric DAVID, « *Le droit des conflits armés [...] est probablement la branche la moins respectée, et par conséquent aussi la plus théorique, sinon la plus utopique du droit international et même du droit tout court* »⁴⁸⁹. Compte tenu de l'intérêt suscité par cette fragilité du DIH, Eric DAVID consacre dans son ouvrage un Chapitre à la question, « *Pourquoi le droit des conflits armés est-il si souvent violé ?* »⁴⁹⁰. Luigi CONDORELLI, met l'accent sur le DIH, lui-même ainsi que sur le manque de volonté des Etats à renforcer les atouts déjà existants ; c'est ainsi qu'il note que, « *La vérité est que le droit international humanitaire existant refuse d'organiser efficacement sa propre mise en œuvre. La vérité est que la Communauté internationale, au-delà d'éventuelles mesures sélectives et au coup, refuse de s'acquitter de façon systématique du devoir d'assurer le respect des règles humanitaires* »⁴⁹¹.

341. En outre, il n'entre pas dans notre propos de répondre à ces interrogations, d'approuver ou de désapprouver de telles appréciations, mais il convient d'en tenir compte car elles sont révélatrices des difficultés que rencontre le DIH.

342. A chaque fois qu'on est en face d'une nouvelle forme de violence ou de conflit armé, la problématique portant sur la capacité du droit applicable refait surface. Dès lors que chaque nouvelle forme de conflit armé présente des caractéristiques particulières, ce qui exige une nouvelle réponse juridique pour le droit positif. C'est la raison pour laquelle le DIH semble, dans ce cas de figure, inadéquate avec la réalité

⁴⁸⁹ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 2^e éd., p. 553.

⁴⁹⁰ *Idem.* pp. 729 et s.

⁴⁹¹ L. CONDORELLI, "L'évolution récente des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire", pp. 127, 133, in *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Pedone, Paris, 1998, 417p.

c'est-à-dire en retard d'un conflit⁴⁹². Quoi qu'il en soit, le DIH avait déjà prouvé dans le passé sa capacité à étendre son champ d'application en élargissant ses instruments légaux d'encadrement juridique afin de s'adapter plus facilement aux nouvelles difficultés juridiques à venir⁴⁹³. Il s'agit en l'occurrence des conflits moins conventionnels tels que les mouvements de libération nationale ou de guérilla.

343. En effet, il est souvent reproché aux DIH de s'être trop préoccupé de définir des règles qui encadrent le comportement des Parties au conflit dans le but de rendre la guerre beaucoup plus humaine ; en négligeant les mesures à prendre afin d'assurer de façon efficace le respect effectif de ces règles⁴⁹⁴. Pourtant, le rôle du CICR qui permet de développer et de diffuser le DIH, devrait contribuer au renforcement de cette efficacité⁴⁹⁵. Citons par exemple, l'autorisation reconnue aux délégués du CICR à se rendre dans tous les lieux où se trouveraient des personnes protégées, notamment dans les lieux d'internement, de détention—Guantanamo ; ils ont accès à tous les locaux utilisés par les personnes protégées et ils pourront s'entretenir sans témoin avec elles⁴⁹⁶. Cette autorisation vaut également pour les PG⁴⁹⁷. On peut ainsi conclure que les CG de 1949 et les PA de 1977 sont dotés de normes qui peuvent être jugées de moins pertinentes, mais le fait que celles-ci existent est déjà une avancée majeure pour le droit conventionnel. On peut cependant, émettre des regrets en soulignant légitimement que ces normes n'ont pas toujours procuré des résultats escomptés⁴⁹⁸. Toutefois, les évolutions récentes rassurantes et apportent une nouvelle vigueur aux mécanismes destinés à assurer le respect des principes et des règles du DIH.

⁴⁹² P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^e éd., Paris, p. 967, paragraphe 576.

⁴⁹³ Protocoles additionnels (1977) aux CG de 1949.

⁴⁹⁴ Cela va dans le droit fil du message délivré par Henry DUNANT, après avoir été bouleversé par le spectacle de la bataille de Solferino.

⁴⁹⁵ F. BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, Paris, 2013, p. 234.

⁴⁹⁶ Art. 143 de la CG IV

⁴⁹⁷ Art. 126 de la CG III.

⁴⁹⁸ G. ABI-SAAB, « Les protocoles additionnels, 25 ans après », in, J.-F. FLAUSS (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 19 et s.

344. Ceci dit, il serait invraisemblable d'affirmer avec autorité que les actes de terrorisme international du 11 septembre 2001 sur le sol américain aient limité la capacité du DIH à être appliquée⁴⁹⁹.

345. Nous constatons malheureusement qu'au-delà de l'évidence sur le droit applicable à la guerre en Afghanistan et en Irak, les Etats-Unis s'obstinent à ne pas respecter l'équité dans l'application du DIH (Chapitre I), ils renforcent par conséquent leur capacité militaire par l'appui des Entreprises militaires de sécurité privée (EMSP), tout en permettant le déploiement des drones armés (Chapitre II).

Chapitre I: De l'absence d'équité dans l'application du droit international humanitaire.

346. La « guerre contre le terrorisme » a rendu le critère de détermination du droit applicable aux personnes arrêtées puis détenues par les Etats-Unis plus complexe. Les personnes arrêtées en Afghanistan et en Irak semblent appartenir à une seule et unique catégorie si on les considère comme des éventuels terroristes. Mais, cette catégorie se segmente progressivement lorsqu'on se propose de distinguer des membres présumés d'Al-Qaïda aux taliban ou aux militaires irakiens. Cette distinction est d'une importance capitale dès lors qu'elle permet de déterminer les normes applicables à ces personnes détenues par les Etats-Unis.

347. La qualité de ces personnes arrêtées étant différente d'une personne à l'autre, de même que les raisons entourant l'arrestation de chacune d'elles sont également différentes en fonction du cas en présence ; chaque cas représente donc un

⁴⁹⁹ L'intervention de Jean-Luc FLORENT, (Ministère des affaires étrangères—Quai D'Orsay), « Débat 5 à 7 du CICR 4/12 : le droit international humanitaire est-il encore pertinent ? », les soixantième ans des Conventions de Genève.

élément essentiel permettant de déterminer le droit applicable dans chacune des problématiques posées.

348. Face à cette multiplicité variante des cas, il semble évident que certaines de ces personnes auraient dû être couvertes par le droit interne et international applicable à la lutte contre le terrorisme⁵⁰⁰. Cette application du droit spécifique à la lutte contre le terrorisme visait directement les personnes soupçonnées par les Etats-Unis d'avoir participé aux attentats du 11 septembre 2001. C'est dans le cadre de l'application de ce droit relatif à la lutte contre le terrorisme que les règles applicables à ces infractions liées au terrorisme déterminent les conditions dans lesquelles la privation de la liberté d'une personne peut être effective. De même que les garanties donnant accès à un tribunal ainsi que la possibilité à obtenir réparation en cas de détention jugée illégale par ce *corpus* juridique⁵⁰¹.

349. Les Talibans arrêtés durant le conflit armé en Afghanistan devraient normalement bénéficier de l'application de certaines dispositions issues de la CG III relative à la protection des PG. C'est en connaissance de cause que l'Administration Bush promettait à la Communauté internationale que les détenus talibans allaient être traités en conformité avec les principes dégagés par la CG III⁵⁰². Elle réfutait en revanche de leur reconnaître le statut de PG par le biais de son Secrétaire à la Défense, Donald RUMSFELD, « [...] toutes ces personnes (Talibans et membres d'Al-Qaïda) n'étaient pas des prisonniers de guerre, mais des "Combattants illégaux" »⁵⁰³. Le

⁵⁰⁰ H. TIGROUDJA, « Quel (s) droit (s) applicable (s) à la « guerre au terrorisme », *AFDI*, vol. 48, 2002, p. 94.

⁵⁰¹ Art. 7—interdiction de la torture et autres mauvais traitements, 9—droit à la liberté et à la sûreté, 10—Traitement humain des personnes détenues, 14—droit à un procès équitable et autres garanties judiciaires, 15—principe de l'égalité des délits et des peines—Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

⁵⁰² Communiqué de presse de la Maison-Blanche, « Statut des détenus de Guantanamo », 7 février 2002, <http://www.whitehouse.gov/news/releases>; « Ces détenus bénéficieraient de nombreux privilèges des prisonniers de guerre » : ils recevraient « trois repas quotidiens respectant les règles de l'Islam, de l'eau, des soins médicaux, des vêtements et des chaussures, un abri, des douches, du savon et des articles de toilette, des matelas en mousse et des couvertures, des serviettes et gants de toilette, la possibilité de prier, des moyens de correspondre et d'envoyer du courrier, la possibilité de faire envoyer des colis de vivres et vêtements soumis à des contrôles de sécurité », « ne subiraient pas de violences physiques ou mentales ni de traitements cruels », « recevront la visite du CICR, et feront part de leurs préoccupations quant à leur condition, que les autorités s'efforceraient de satisfaire celles qui seraient compatibles avec la sécurité ».

⁵⁰³ Cf. Conférence de presse du Secrétaire à la Défense des Etats-Unis du 11 et 22 janvier 2002, Donald RUMSFELD, "DoD News Briefing—Secretary RUMSFELD and Gen. PACE—Tuesday, Jan. 22, 2002," en

Président BUSH s'alignait sur cette prise de position du Secrétaire à la Défense, et ce, malgré le fait qu'il ait décidé que les CG s'appliqueraient aux talibans⁵⁰⁴. A ce stade d'interprétations et de prises de positions d'un côté comme de l'autre (défenseurs du droit conventionnel et Administration Bush), aucune application pratique ne semblait être effective. Alors que la pertinence du DIH conventionnel et coutumier n'exclurait ces personnes de la protection à laquelle elles ont droit.

350. En outre, la seule qualité reconnue par les Etats-Unis aux Talibans et aux membres d'Al-Qaïda était celle de « combattants irréguliers »⁵⁰⁵. Cette reconnaissance péjorative n'avait qu'un seul but à savoir, dénier à ces personnes l'application du DIH qui aboutirait à la reconnaissance du statut de PG garantie par la CG III⁵⁰⁶. Certes, il serait difficile d'appliquer le DIH aux membres d'Al-Qaïda en tentant de les catégoriser comme étant membres d'une force armée d'un Etat, ou d'une milice menant des incursions armées, ou encore une guérilla au sens des CG. Mais, le DIH semble facilement applicable lorsque cette même hypothèse est émise dans la situation des talibans en raison de leur appartenance à une force militaire reconnue, même par les Etats-Unis, comme une Partie au conflit.

351. Le refus d'appliquer la CG III aux Talibans et aux membres d'Al-Qaïda ne supprimait pas pour autant l'application de la CG IV qui vise à protéger des personnes civiles. C'est dans ce sens que le TPIY avait jugé dans l'affaire *Delalic* qu' « *il n'existe pas*

ligne : U.S. Department of Defense http://www.defenselink.mil/news/jan2002/to1222002_to122sd.html (disponible jusqu'en 2005) et D. RUMSFELD, "DoD News Briefing—Secretary RUMSFELD and Gen. MYERS—Friday, jan. 11, 2002," en ligne : U.S. Department of Defense http://www.defenselink.mil/news/jan2002/to1112002_to111sd.html (disponible jusqu'en 2004); témoignage du Secrétaire D. RUMSFELD devant le Sénat américain le 5 février 2002, D. RUMSFELD, "Fiscal Year 2003 Department of Defense Budget Testimony", en ligne : <http://www.defenselink.mil/speeches/2002/s20020205-secdef2.html> (disponible jusqu'en 2004).

⁵⁰⁴ Cf. " Geneva Convention Applies to Taliban, not Al Qaeda", dans American Forces Information Service News Articles, 7 février 2002, en ligne : U.S. Department of Defense http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/no2072002_200202074.html (disponible jusqu'en 2005); Conférence de presse du Secrétaire à la Défense D. RUMSFELD du 7 février 2002, http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/to2072002_to207sd.html (disponible jusqu'en 2005), voir également la Conférence de presse du Porte-parole de la Maison Blanche, A. FLEISCHER, du même jour, en ligne : The White House <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-6.html> (disponible jusqu'en 2003).

⁵⁰⁵ V. C. ROUSSEAU, *Droit des conflits armés*, Pédone, Paris, 1983, pp. 71 et s. paragraphes 50 et s.

⁵⁰⁶ Art. 4 de la CG III.

de hiatus entre la III^e et la IV^e Convention de Genève. Si une personne n'a pas droit, en qualité de prisonnier de guerre, à la protection offerte par la troisième Convention de Genève (...), elle est nécessairement couverte par la IV^e Convention, pour autant qu'elle satisfasse aux critères énoncés à l'article 4 [de la IV^e Convention]⁵⁰⁷. Le TPIY avait montré en quelque sorte, à travers son interprétation relative à la jurisprudence *Delalic*, que les personnes qualifiées de « combattants irréguliers » bénéficient toujours de la protection du DIH, comme personnes civiles⁵⁰⁸.

352. Entre autres arguments développés par l'Administration Bush pour justifier son refus de reconnaître le statut de prisonnier de guerre aux talibans, elle évoquait le fait que ces personnes violaient systématiquement le DIH, et aussi le fait que les Etats-Unis faisaient face à une nouvelle forme de guerre. Cet argument peut être rapidement effacé par la pertinence de l'analyse faite par le Professeur Marco SASSOLI selon laquelle, « *Adolf HITLER et Oussama BEN LADEN estimaient tous deux s'être engagés dans une forme de guerre à laquelle les vieilles règles ne s'appliquaient pas [...] Les Alliées de la Seconde guerre mondiale n'ont jamais estimé que les Soldats allemands n'avaient pas droit au statut de prisonniers de guerre. Ces derniers appartenaient pourtant à une "Wehrmacht" violant systématiquement le droit international humanitaire dans les territoires qu'elle occupait. Ils défendaient en outre un régime qui a tué six millions de Juifs en raison de leur seule appartenance raciale. A cause de leur lutte acharnée, le génocide a pu perdurer. Al-Qaïda, les Talibans et leurs membres sont-ils vraiment plus assassins et terroristes que ne l'étaient le régime nazi et ses soldats pendant la Seconde Guerre mondiale ? [...] Des soldats américains risquent également de tomber un jour au pouvoir de forces armées qui considèrent les Etats-Unis et leur politique comme "criminels". Il est primordial pour eux qu'ils soient qualifiés de prisonniers de guerre et non pas de "combattants illégaux" »⁵⁰⁹. Cette analyse du Professeur SASSOLI rejoint avec force l'un des principes dégagés par le DIH selon lequel, pendant un CAI des personnes qui tombent aux mains de l'autre Partie belligérante sont ou bien des combattants—et elles deviennent des PG protégés par la*

⁵⁰⁷ TPIY, jugement du 16 novembre 1998, *Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21-T, paragraphe 271. L'art. 4 de la CG IV pose une condition relative à la nationalité des personnes.

⁵⁰⁸ K. DÖRMANN, «The legal situation of "unlawful/unprivileged Combatants" », *IRRC march*, Vol. 85, N° 849, 2003, pp. 45 et s.

⁵⁰⁹ M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *ACDI*, 2001, pp. 229, 230.

III^e CG—ou elles ne le sont pas—et elles deviennent des civils protégés selon les normes prévues par la CG IV⁵¹⁰. Dans l'un de ses *Commentaires*, le CICR déclarait : « *Il n'y a pas de statut intermédiaire ; aucune personne se trouvant aux mains de l'ennemi ne peut être en dehors du droit* »⁵¹¹. Le Commentaire du CICR rejoint l'esprit dégagé par certaines dispositions du PA I aux CG de 1949⁵¹².

353. Toutes les promesses faites par George W. BUSH relative à l'application des CG aux personnes arrêtées puis détenues par les Etats-Unis n'ont pas été tenues par ce dernier. En revanche, l'existence des normes de protections issues du corpus juridique conventionnel n'est plus à démontrer, mais la seule interrogation serait, peut-être, de s'interroger si elles étaient facilement applicables dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme ».

354. La déclaration de ce dernier faite au sujet du sort d'Oussama BEN LADEN au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 : « [...] *Oussama BEN LADEN wanted dead or alive* » n'était guère rassurante pour l'application du DIH. Même le Manuel militaire des Etats-Unis interdit la pratique de la récompense pour la capture d'un ennemi « mort ou vivant », même en temps de guerre⁵¹³. Cette déclaration totalement cynique va évidemment à l'encontre des principes du DIH. Les restrictions relatives à l'application du DIH à l'égard de ces détenus, voulues par le Président Américain, ont donné lieu à une série de violations de ce droit⁵¹⁴. Cette situation mettra plus tard George W. BUSH face à des accusations très graves, même s'il ne s'était jamais inquiété par la justice⁵¹⁵.

⁵¹⁰ Art. 4 (4) de la CG IV.

⁵¹¹ J. S. PICTET, (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, vol. 4, Genève, CICR, 1956, p. 58.

⁵¹² Art. 43 et 44 du PA I aux CG de 1949.

⁵¹³ L'art. 23 (b) du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention IV de 1907, interdit "de tuer ou blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie" (J. B. Scott (dir.), *Les Conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 100). Cette disposition est interprétée par les Etats-Unis de la façon suivante : "This article is construed as prohibiting ...putting a price upon an enemy's head, as well as offering a reward for an enemy "dead or alive" (FM 27-10, Department of the Army Field Manual, *The Law of Land Warfare*, Washington D. C., Department of the Army, 1956, règle 31).

⁵¹⁴ E. LESER, « Simulacres d'interrogatoires à Guantanamo », *Le Monde*, 3 mai 2005.

⁵¹⁵ Conférence de presse du Président BUSH à Panama le 7 novembre 2005 : « *Nous ne torturons pas, et donc nous travaillons avec le Congrès afin de faire en sorte que nous pourrions à l'avenir accomplir notre*

355. Le refus des Etats-Unis d'accorder le bénéfice équitable des CG s'illustre par l'application discriminatoire des CG entre combattants taliban et membres d'Al-Qaïda (Section I), de même que par le refus des Etats-Unis d'appliquer certaines normes de protection internationale et nationale (Section II).

Section I : De l'établissement de la discrimination entre combattants taliban et membres d'Al-Qaïda

356. Les Etats-Unis ont voulu scinder la guerre en Afghanistan en deux guerres bien distinctes (celle que les Etats-Unis menaient contre les taliban et l'autre qui avait pour objectif l'éradication du terrorisme international incarné par le réseau terroriste d'Al-Qaïda), d'après les pratiques qui ont suivi, suite aux arrestations suivies de la détention des combattants taliban et membres d'Al-Qaïda. Cette division du conflit armé à deux dimensions avait un but bien précis : parvenir à tout prix à deux catégories de combattants, c'est-à-dire d'un côté les « combattants réguliers » statut accordé aux Taliban ; et de l'autre les « combattants illégaux » statut réservé aux membres d'Al-Qaïda. L'administration Bush envisageait de créer une distinction entre combattants taliban et membres d'Al-Qaïda afin de justifier son refus d'accorder le statut de PG aux combattants Taliban puis d'attribuer celui de « combattants illégaux » aux membres d'Al-Qaïda. Cette affirmation est confirmée par des interventions successives du Président George W. BUSH et de son Secrétaire à la Défense, Donald RUMSFELD : « *I determine that the provisions of Geneva will apply to our present conflict with the Taliban. I reserve the right to exercise the authority in this or future conflicts. [...] I determine that the Taliban detainees are unlawful combatants and, therefore, do not qualify as prisoners of war under article 4 of Geneva* » ; « *As the President decided, the conflict with Taliban is determined to fall under the Geneva convention because*

tâche » (« *We do not torture and therefore we're working with Congress to make sure that as we go forward, we make it more possible to do our job.* ») (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas>).

Afghanistan is a state party to the Geneva convention. Al-Qaeda, as a non-state, terrorist network, is not. Indeed, through its actions, Al Qaeda has demonstrated contempt for the principles of the Geneva Convention »⁵¹⁶. Le but final pour l'Administration Bush était de soustraire ces derniers de la protection des CG. Toutes ces pratiques étaient totalement discriminatoires à l'égard de ces personnes arrêtées puis détenues à Guantanamo et, au regard de la CG III de 1949 selon son art. 16 « *Compte tenu des dispositions de la présente convention relatives au grade ainsi qu'au sexe, et sous réserve de tout traitement privilégié qui serait accordé aux prisonniers de guerre en raison de leur état de santé, de leur âge ou de leurs aptitudes professionnelles, les prisonniers doivent tous être traités de la même manière par la puissance détentrice, sans aucune distinction de caractère défavorable, de race, de nationalité, de religion, d'opinions politiques ou autre, fondée sur des critères analogues* »⁵¹⁷. Ceci étant, la pertinence des dispositions des CG obligeaient les Etats-Unis à reconnaître aux combattants taliban le statut de PG. Rappelons que cette reconnaissance était juridiquement justifiée par les dispositions pertinentes de ces Conventions de 1949 (Paragraphe I), le retrait de la qualification dite de « combattants illégaux » aux membres d'Al-Qaïda aurait permis d'éviter de tomber dans une interprétation discriminatoire des CG (Paragraphe II).

Paragraphe I: Le statut de prisonnier de guerre accordé aux combattants taliban: juridiquement justifié en vertu des dispositions pertinentes des Conventions de Genève

357. L'Administration Bush exigeait à ce que les combattants taliban se conforment aux exigences requises des membres des milices et des corps de volontaires s'ils souhaitaient obtenir le statut de PG (porter un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance et se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes

⁵¹⁶ Successivement, Président BUSH on Feb. 7, 2002 ; Secrétaire à la Défense RUMSFELD, Conférence de presse du 8 fév. 2002.

⁵¹⁷ Art. 16 de la CG III.

de guerre). Pourtant, l'Administration Bush n'ignorait pas que ces combattants faisaient partie de la catégorie des « forces armées d'une partie au conflit ». L'absence de respect de ces exigences par les combattants Taliban ne devait remettre en cause l'obtention du statut de PG, dès lorsqu'on peut toujours être poursuivi pénalement pour violations des lois de la guerre.

358. Le Président George W. BUSH avait clairement décrété qu'aucun détenu Taliban ou membre d'Al-Qaïda ne pouvait être qualifié de PG. Cette prise de position affichée par le Président américain est contraire à la CG III⁵¹⁸. Cette Convention stipule très clairement en son art. 5 qu'en cas de doute, les personnes ayant commis des actes de guerre et tombées aux mains de l'ennemi doivent être considérées comme PG et bénéficier de la protection qu'offre cet instrument conventionnel. Cette protection restera valable jusqu'au moment où leur statut sera déterminé par un tribunal compétent.

359. En tout état de cause, la position de l'Administration Bush à travers son Président reste complètement contradictoire par rapport aux dispositions en vigueur du droit de Genève. En effet, la détermination du statut d'une personne tombée au pouvoir de l'ennemi n'est pas conférée à l'exécutif, mais plutôt à un tribunal compétent. En plus, cette détermination doit s'effectuer sur la base individuelle et non de façon globale, car chaque combattant est différent de l'autre en terme de participation aux hostilités. Une détermination globale reviendra à se demander s'il était possible de refuser d'accorder le statut de PG à l'ensemble de l'armée américaine au motif que les membres des EMSP isolés contrevenaient aux lois et coutumes de guerre.

360. En plus, le Règlement 190-8 de l'armée américaine stipule clairement qu'un tribunal compétent doit déterminer le statut de toute personne ne bénéficiant du statut de PG et ayant commis un acte de belligérance ou des activités hostiles en soutien des forces armées ennemies, et qui estime avoir droit à ce statut, ou encore

⁵¹⁸ Art. 5 de la CG III.

lorsqu'un doute subsiste⁵¹⁹. Plus encore, les personnes détenues (personnel retenu ou internés civils) par les forces armées américaines dont le statut de PG n'a pas encore été déterminé, doivent être traitées en tant que PG jusqu'à la détermination de leur statut par l'autorité compétente⁵²⁰.

361. Force est de constater que dans l'affaire *Hamdi c. Rumsfeld*, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé que le Congrès, conformément au droit international, avait autorisé le gouvernement à placer en détention des combattants ennemis pour la durée des hostilités entre les Etats-Unis et les forces auxquelles ces détenus appartenaient. Toutefois, en l'absence de toute forme de véritable processus permettant de constater la classification en tant que « combattant ennemi », le traitement infligé par le gouvernement aux détenus présumés talibans et membres d'Al-Qaïda (détention pour une durée illimitée)⁵²¹. Quoi qu'il en soit, le mémorandum du Président George W. BUSH du 7 février 2004 ne satisfaisait pas aux exigences d'une procédure équitable et ne semblait pas s'accorder avec le Règlement 190-8⁵²².

362. Le contexte dans lequel les combattants taliban et autres furent arrêtés puis détenus par les Etats-Unis est celui, rappelons-le, de la « guerre contre le terrorisme ». Une « guerre » inscrite dans un registre précis celui d'un CAI. Or, selon le TPIY, il y a CAI « à chaque fois qu'il y a un recours à la force armée entre Etats »⁵²³. En se logeant dans ce registre, elle enclenche incontestablement l'application du DIH— plus particulièrement les CG. Ce qui implique par conséquent que des personnes arrêtées puis détenues dans le cadre de ce conflit armé, devraient bénéficier de la

⁵¹⁹ Chapitre 1, paragraphe 6, Règlement 190-8 de l'armée américaine, consacré aux prisonniers de guerre ennemis, personnel retenu, internés civils et autres, 1^{er} octobre 1997.

⁵²⁰ Règlement 190-8, glossaire, Section II : le « personnel retenu » inclut le personnel médical, les aumôniers et les membres de la Croix-Rouge ou d'organisations similaires, et les « internés civils » sont définis comme des civils internés au cours d'un conflit armé ou d'une occupation pour des raisons de sécurité ou de protection, ou parce qu'ils ont commis une infraction contre la puissance au pouvoir. V. aussi le document « Determination of Eligibility for Enemy Prisoner of War Status », Intruction n°45-2, QG des forces armées des Etats-Unis en Europe, et Law of War Workshop Deskbook, école du juge-avocat général, armée des Etats-Unis.

⁵²¹ En violation de l'art. 5 de la CG III et excédait l'habilitation donnée par le Congrès.

⁵²² Nous constatons que le Rapporteur ne s'accordait vraisemblablement pas avec la conclusion de la Cour suprême selon laquelle les opérations militaires contre les talibans semblaient se poursuivre et le conflit en question continuait sans relâche. Il s'agit d'une interprétation erronée du concept de « conflit armé international » applicable au DIH.

⁵²³ J. D'ASPROMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, Pedone, Paris, 2012, p. 47.

protection en vertu des dispositions pertinentes prévues par le droit de Genève encore appelé droit des conflits armés : « En cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles »⁵²⁴.

363. Avant l'intervention du Président George W. Bush de février 2002, son Secrétaire à la Défense, en l'occurrence Donald RUMSFELD qualifiait tous les combattants arrêtés puis détenus par les Etats-Unis de « combattants illégaux ». Selon RUMSFELD cette qualification les soustrait automatiquement d'une éventuelle applicabilité des CG. Mais George W. BUSH apportait une petite nuance lors de l'une de ses interventions: « *I determine that the provisions of Geneva will apply to our present conflict with the Taliban. I reserve the right to exercise the authority in this or future conflicts. [...] I determine that the Taliban detainees are unlawful combatants and therefore, do not qualify as prisoners of war under article 4 of Geneva* »⁵²⁵. Dans son intervention, le Président George W. BUSH reconnaît l'applicabilité de la CG III aux Talibans, mais exclu l'octroi du statut de prisonnier de guerre à ces derniers. Ainsi précisait Donald RUMSFELD à propos des membres d'Al-Qaïda: « *As the president decided, the conflict with Taliban is determined to fall under the Geneva Convention because Afghanistan is a State Party to the Geneva convention. Al Qaeda, as a non-state, terrorist network, is not. Indeed, through its actions, Al Qaeda has demonstrated contempt for the principles of the Geneva convention* »⁵²⁶. Cette conférence de presse présentée par le Secrétaire à la Défense vient sceller le sort des membres d'Al-Qaïda. Du moins du point de vue politique, car dans ce cas de figure le droit des conflits armés semble toujours avoir le dernier mot. Il suffit de se pencher sur la CG III à son art. 4. A, stipule que « *Sont prisonnier de guerre, au sens de la présente convention, [...]* », suivi du même art. 4. A. paragraphe 3 stipule que « *les membres des forces armées régulières qui*

⁵²⁴ Art. 2 Commun aux Conventions de Genève de 1949. Il faut noter également que le commentaire de la Convention III nous apporte un plus en terme de précisions que nous estimons importantes à ce sujet. En effet, selon ce commentaire « *[t]out différent surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention des membres des forces armées est un conflit au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance* » (J. PICTET (dir.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1959, p. 26).

⁵²⁵ Président George W. BUSH on Feb. 7, 2002.

⁵²⁶ Donald RUMSFELD, *Conférence de presse*, du 8 février 2002.

se réclament d'un Gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la puissance détentrice »⁵²⁷.

364. Cependant, il est aisé de souligner que l'établissement de la distinction, tout au moins discriminatoire, entre les combattants taliban et les membres d'Al-Qaïda par l'Administration Bush semble, à notre point de vue, inadmissible au regard des CG. Car, toute différenciation tendant à faire assoir une interprétation discriminatoire entre PG contrevient aux dispositions pertinentes de ce droit « [...] les prisonniers doivent tous être traités de la même manière par la puissance détentrice, sans aucune distinction de caractère défavorable, de race, de nationalité, de religion, d'opinions politiques ou autre, fondée sur des critères analogues »⁵²⁸. La consécration du statut de PG en droit positif remonte au Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de guerre, ainsi qu'à la Convention de Genève de 1929, relative au traitement des PG⁵²⁹. Depuis lors, le régime du PG a considérablement évolué notamment au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Il est actuellement inscrit dans la CG III, « Sont protégées par la convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une partie au conflit ou d'une puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes »⁵³⁰. Et, il ne s'est pas arrêté là. En effet, il a connu une nouvelle évolution en 1977 avec l'adoption du PA I, « Les forces armées d'une partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie, même si celle-ci est représentée par un Gouvernement ou une autorité non reconnus par une partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés » ; « Tout combattant, au sens de l'art. 43, qui tombe au pouvoir d'une partie adverse est prisonnier de guerre »⁵³¹. Compte tenu de l'intérêt porté sur « le régime de

⁵²⁷ Art. 4. A. paragraphe 3 de la CG III de 1949.

⁵²⁸ Art. 16 de la CG III de 1949.

⁵²⁹ S. E. NAHLIK, « L'extension du statut de combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977 », *RCAH*, vol. III, n° 164, 1979, pp. 181-231, R. LAPIDOTH, « Qui a droit au statut de prisonnier de guerre ? », *RGDIP*, 1978, pp. 170-171.

⁵³⁰ Art. 4 paragraphe 1 de la CG III.

⁵³¹ Successivement, art. 43 et 44 du 1^{er} PA de 1977.

discipline » et « le respect des règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés » évoqué par l'une de ces dernières dispositions du PA I.

365. Concernant l'aspect consacré au « régime de discipline interne », il objectivement peu crédible, de notre part, de ne pas reconnaître la discipline dont faisaient preuve les taliban. Il serait également absurde de penser qu'un groupe armé qui n'est point soumis à une discipline rigoureuse parvient, tout de même, à contrôler 90% du territoire de son pays pendant tant d'années⁵³².

Quand on sait que lors de la première phase de la guerre d'Afghanistan au siècle dernier, une guerre qui opposait l'armée de l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS) contre les Moudjahidines (« guerriers saints »). L'URSS confiant de la puissance de feu de son Armée rouge n'est parvenue à contrôler un territoire aussi considérable pendant une si longue période avant son retrait du pays entre le 15 mai 1988 et le 15 février 1989⁵³³.

Quant aux membres d'Al-Qaïda, il est soutenable de penser qu'ils étaient soumis au même régime de discipline que les Taliban dès lors qu'ils suivaient les instructions ou les directives ou encore étaient sous le contrôle de l'Afghanistan, et donc des taliban⁵³⁴.

366. Au sujet de l'aspect concernant « le respect des règles de droit international humanitaire applicables dans des conflits armés », il suffit de se référer au passé. La pratique américaine en particulier nous apprend qu'il est injuste de priver des PG de leur statut au motif qu'ils seraient responsables de violations du DIH. C'est dans le droit fil de cette pratique que les Etats-Unis ne se sont pas opposés à l'octroi de ce statut aux membres de la « Wehrmacht » allemande. Pourtant, cette force de défense allemande était responsable de graves violations du DIH⁵³⁵. Il faut avouer que les violations du DIH ont été commises par toutes les Parties au conflit.

⁵³² M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYL*, vol. 39, 2001, p. 6.

⁵³³ Cf. l'intégralité du livre de Patrice FRANCESCHI, *Guerre en Afghanistan*, paru en octobre 1984.

⁵³⁴ M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYL*, vol. 39, 2001, p. 6-7.

⁵³⁵ M. SASSOLI, « Combattants et Combattants illégaux », in V. Chétail, *Permanence et Mutation du Droit des Conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 5.

367. Il est souvent décrié la problématique relative à la reconnaissance du régime taliban comme représentant le gouvernement légitime de l'Afghanistan. Il a été reconnu seulement par deux pays : le Pakistan et les Emirats arabes unis. En dehors de ces deux pays, le reste du monde reconnaissait encore comme gouvernement légitime celui que représentaient l'ancien Président RABBANI et l'Alliance du Nord, sa structure politique d'appartenance⁵³⁶.

368. Les épisodes historiques montrent que la reconnaissance ou pas d'un gouvernement n'est pas la condition sine qua non pour l'octroi du statut de PG. On peut se souvenir éventuellement des résistants de la « France libre » du Général DE GAULE, au cours de la Seconde Guerre mondiale. En effet, le Comité National Français n'était pourtant pas reconnu comme gouvernement légitime de la France, mais les Forces françaises libres s'étaient vus quand même octroyer le statut de PG par le CICR ; mais aussi par les autorités allemandes qui refusèrent en d'appliquer les dispositions controversées prévues dans l'armistice de 1940⁵³⁷.

369. En restant dans la même perspective, on constate que la pratique des Etats en générale et celle des Etats-Unis en particulier, qu'il est souvent délicat de priver le statut de PG aux personnes capturées puis détenues, sous prétexte que le gouvernement du pays auquel ils sont ressortissants n'est pas légitime. Pourtant, les Etats-Unis n'avaient jamais reconnu le Viêtnam du Nord comme gouvernement légitime. Mais cela n'a pas empêché à ceux-ci d'accorder aux membres du Vietcong le statut de PG⁵³⁸.

370. Certes, les contextes historiques qu'on vient de mentionner et le contexte guidé par la « guerre contre le terrorisme » sont complètement différents les uns des autres. Sauf qu'ils ont un seul dénominateur commun : le CAI l'existence d'un CAI implique l'application des CG. Les CG définissent précisément le statut de PG c'est d'ailleurs en cela qu'elles représentent dans ce cas précis la *Lex lata*. Dès lors que le

⁵³⁶ Rappelons que le Président RABBANI a été chassé du pouvoir en 1996 par les Talibans.

⁵³⁷ Art. 10 de l'armistice stipulait en effet que « *Le gouvernement français interdira aux ressortissants français de combattre contre l'Allemagne au service d'Etats avec lesquels l'Allemagne se trouve encore en guerre. Les ressortissants français qui ne se conformeraient pas à cette prescription seront traités par les troupes allemandes comme francs-tireurs* ».

⁵³⁸ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 2^e éd., Bruxelles, 1999, p. 414.

droit de Genève est applicable à la guerre en Afghanistan, il s'applique *de facto* aux personnes arrêtées et détenues par les Etats-Unis. Par conséquent, l'octroi du statut de PG est quasiment incontestable au regard de la démonstration qui est ici faite.

371. Enfin, le rôle du droit de Genève et même celui du droit international des droits de l'homme (DIDH) repose essentiellement sur la protection de la personne humaine. Ce rôle protecteur est d'ailleurs rappelé par la jurisprudence du TPIY, dans l'*arrêt Furundzija* dans lequel il confirme ce rôle : « le principe général du respect de la dignité humaine est à la base du DIH et des droits de l'homme, et en est, en fait, la raison d'être »⁵³⁹. Mais, dans la perspective d'éteindre toute lueur tendant à permettre la moindre application possible du DIH au profit des membres d'Al-Qaïda, l'Administration Bush attribuait aux membres d'Al-Qaïda le statut de « combattants illégaux ». Et ce, malgré la prise de position hostile de la Cour suprême des Etats-Unis contre l'attribution de ce statut ambigu et inexistant en DIH⁵⁴⁰.

Paragraphe II : Le statut de « combattants illégaux » attribué aux membres d'Al-Qaïda : une interprétation jugée discriminatoire au regard des Conventions de Genève

372. Pour l'Administration Bush, le DIH représente un obstacle majeur dans l'accomplissement de cette campagne d'un nouveau genre contre le terrorisme international.

373. Les membres d'Al-Qaïda ne pouvaient pas se prévaloir du statut de PG parce qu'ils n'étaient pas rattachés ou ne faisaient pas partie des forces armées régulières d'un Etat⁵⁴¹. En plus, les membres d'Al-Qaïda ne respectaient pas les

⁵³⁹ TPIY, Chambre de première instance, *arrêt Furundzija* du 10 décembre 1998, § 183.

⁵⁴⁰ M. RAMBAUD, *Le droit international humanitaire face au terrorisme : les prisonniers de Guantanamo*, Mémoire soutenu à l'Université de Lyon 2, Institut d'Etudes politiques, Lyon, 2007, pp. 29-30

⁵⁴¹ Art. 4 A (1) de la CG III.

conditions auxquelles le statut de PG est subordonné telles que l'indique la CG III⁵⁴². Néanmoins, l'interprétation *stricto sensu* de l'art. 4 A (2) de la CG III a toujours été controversée et cette disposition a été l'objet en vertu du PA I aux CG qui a trait à la protection des victimes des CAI. Cependant, au-delà de cette interprétation la CG III prévoit une procédure obligatoire pour déterminer formellement si une personne donnée peut ou non prétendre au statut de PG⁵⁴³. Tant que cette reconnaissance du statut n'est faite, la personne doit se voir reconnaître les droits d'un PG.

374. La reconnaissance des droits des combattants civils remonte de la Guerre de Sécession américaine. En effet, le Manuel militaire de l'Union dit « Code Lieber » reconnaissait aux civils confédérés qui résistaient contre l'avancée des forces du Nord un traitement réservé aux combattants⁵⁴⁴. Autrement dit, ils étaient considérés, toujours selon ce Manuel militaire, comme étant des combattants, même s'ils ne portaient pas d'uniforme. En revanche, le fait de ne pas porter d'uniforme ne les soustrait pas de la comparution devant un tribunal, s'ils se livraient à des actes de violence clandestins ou de résistance à l'occupation. Certes, le contexte politico-militaire de cette guerre américano-américaine est totalement différent de celui des guerres américano-afghane ou américano-irakienne post-11 septembre 2001. Mais, en rapport avec l'esprit du « Code Lieber », la Convention de La Haye de 1899 avait, pour sa part, pris en compte la distinction entre auto-défense et résistance prolongée. Cette résistance prolongée avait été jugée légitime par la Convention de La Haye de 1907 sous certaines conditions ; au profit des combattants afin de pouvoir jouir des garanties protectrices prévues à cet effet⁵⁴⁵.

375. Quoi qu'il en soit, l'art. 4 al. (A) (2) de la CG III prévoit expressément comme bénéficiaire du statut de PG, les membres des autres milices ou corps de volontaires, de même que les mouvements de résistance organisés des belligérants à l'intérieur ou à l'extérieur de leur territoire même si celui-ci est occupé ; pourvu qu'ils satisfassent bien évidemment aux quatre exigences posées par la Convention de La

⁵⁴² Art. 4 A (2) de la CG III.

⁵⁴³ Art. 5 de la CG III.

⁵⁴⁴ M. FINAUD, « L'abus de la notion de « combattant illégale » : une attente au droit international humanitaire », *RGDIP*, 2006-4, p. 861.

⁵⁴⁵ Art. 4 al. A, 2 de la CG III.

Haye de 1907. Ceci dit, avec la montée en flèche des nouvelles formes de conflits armés de type guérilla ou terrorisme international de type 11 septembre 2011, force est de constater que la plupart des mouvements de résistance nés de ces nouvelles formes de conflits n'obéissent pas en pratique aux exigences de ladite Convention. C'est la raison pour laquelle le PA I avait pris le soin d'incorporer de nouvelles dispositions permettant de préciser les cas à partir desquels un combattant pourrait continuer à bénéficier de la protection en l'absence du respect des quatre conditions posées par la Convention de La Haye de 1907⁵⁴⁶.

376. La méthode de combat qui s'appuie sur le camouflage de personne civile permet au terroriste de se fondre dans la population au risque de la mettre potentiellement en danger. C'est sur la base de ce constat que les autorités américaines s'autorisaient à soustraire certains insurgés qui s'opposaient à eux de certaines protections prévues par le DIH. Car en effet, l'objectif primordial du DIH est de protéger la population civile, dès lors les combattants quels qu'ils soient « sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque »⁵⁴⁷. Car, feindre d'avoir le statut civil ou de non-combattant est malheureusement l'une des perfidies condamnées par le PA I⁵⁴⁸. Cette protection de la population civile est renforcée par l'art. 44 al. 3 du PA I⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Les Etats-Unis avaient signé ce Protocole mais ils ne l'ont pas ratifié. Selon le droit coutumier et l'art. 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 22 mai 1969, le signataire d'un traité qui n'a pas encore été ratifié est néanmoins tenu de s'abstenir de tout acte qui porterait atteinte à l'objet et au but du traité.

⁵⁴⁷ Art. 44 al. 3 du PA I « *Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Etant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement : 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. Les actes qui répondent aux conditions prévues par le présent paragraphe ne sont pas considérés comme perfides au sens de l'art. 37, paragraphe 1 c* ».

⁵⁴⁸ Art. 37 al. 1 « *Il est interdit de tuer, blesser ou capturer un adversaire en recourant à la perfidie. Constituent une perfidie les actes faisant appel, avec l'intention de la tromper, à la bonne foi d'un adversaire pour lui faire croire qu'il a le droit de recevoir ou l'obligation d'accorder la protection prévue par les règles du droit international applicable dans des conflits armés. Les actes suivants sont des exemples de perfidie* » :
c) *feindre d'avoir le statut de civil ou de non-combattant ;*

⁵⁴⁹ Art. 44 al. 3, « *Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou une opération militaire préparatoire d'une attaque. Etant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les*

Force est de constater en effet que, l'art. 44 du PA I n'impose pas le signe distinctif obligatoire de façon permanente. On remarquera en revanche que, l'application de ces dispositions censées encadrer cet impératif normatif semble obscure au point de rendre son efficacité plus que douteuse. Au fond, cette disposition permet au contraire au guérillero de combattre légalement sans se soucier de la distinction à laquelle il doit se substituer afin de tenir à l'écart la population civile des dangers que pourrait représenter leur action. Cette observation rentre dans la droite ligne de l'espoir qu'espère le CICR lorsqu'il estime que les « *combattants restent donc tenus de se distinguer de la population civile, mais non de s'acquitter de cette obligation en permanence* »⁵⁵⁰. Cependant, si ces obligations ne sont pas respectées par le guérillero, alors il perd son droit à être considéré comme PG, c'est cette transposition normative que voulaient imposer les autorités américaines aux détenus de Guantanamo. Mais, en tout état de cause, le guérillero « bénéficie néanmoins de protections équivalentes à tous égards à celles qui sont accordées aux PG par la III^e Convention et par le PA I »⁵⁵¹. Ainsi, cette souplesse normative qui profite aux terroristes en permettant à ces derniers de s'engouffrer à travers la perméabilité que leur offre le droit afin de commettre des attentats au cœur de la population civile.

377. De tout ce qui précède, il est légitime de se demander à quoi servira dans ce cas cette distinction ? On sait pourtant que la guérilla comme le *Djihad* sont en général basés sur les mêmes modalités peu importe la qualification juridique du conflit. Au fond, les terroristes se dissimulent parmi la population civile pour pousser des combattants réguliers à violer le principe de distinction qui est l'un des principes intransgressibles du DIH coutumier⁵⁵². Codifié par le PA I en son art. 48, il est énoncé comme « Règle fondamentale » censée assurer le respect et la protection de la

conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement » :

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.

Les actes qui répondent aux conditions prévues par le présent paragraphe ne sont pas considérés comme perfides au sens de l'art. 37, paragraphe 1 c.

⁵⁵⁰ Véronique HAROUEL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 300.

⁵⁵¹ CG III art. 4; art. 44, 44 al. 4 du PA I.

⁵⁵² A. BIAD, *La Cour internationale de justice et le droit international humanitaire. Une lex specialis revisitée par le juge*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 66.

population civile⁵⁵³. Pourtant, les rédacteurs du PA II relatif aux CANI n'ont guère repris ces règles, la crainte des Etats de voir accorder trop de garanties aux rebelles a sans doute mis leur sensibilité à l'épreuve. Alors qu'au-delà de la différenciation statutaire, le rebelle et le combattant dit régulier sont tous acteurs sur le même théâtre d'opération en prenant quasiment de mêmes risques⁵⁵⁴. C'est certainement pour cette raison que le PA I « admet que le combattant de guérilla soit, lorsque la nature des hostilités l'exige, en tenue purement civile (...) ; il n'admet pas que ce combattant ait le statut de combattant lorsqu'il est en action et le statut civil dans l'intervalle (...). Il ne reconnaît pas de combattant "à la carte". En échange, il met tous les combattants sur un pied d'égalité juridique, ce qui correspond à une vieille revendication ». Toutefois, la règle fondamentale énoncée par le paragraphe 3 de l'art. 44 a été considérée par le CICR comme étant « *une exception à la règle générale, elle-même tempérée par une concession à cette règle* ». Ceci dit, les civils ne sont pas mis potentiellement en danger par uniquement le seul fait de l'emploi des armes jugées dévastatrices par la Communauté internationale, mais aussi par la méthode de combat que sont la guérilla et le terrorisme.

378. Ainsi, avec l'art. 44 tout combattant pourra être identifié comme auteur d'infraction au DIH dont la conséquence immédiate serait la perte de son statut de combattant. Enfin, en voulant apporter une protection parfaite aux combattants, le DIH risquerait de mettre en danger la protection de la population civile qu'il a consacrée tout un instrument juridique international⁵⁵⁵. En réponse à toute cette panoplie de règles érigées par le droit de Genève visiblement protectrices à l'égard des combattants de la « guerre contre le terrorisme », les autorités américaines ont pour ce faire opté pour le retour d'une qualification très ancienne : « combattant illégal ».

⁵⁵³ Art. 48 du PA I « *En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires* ».

⁵⁵⁴ J.-C. MARTINEZ : « *Lorsqu'il livrait bataille dans l'Angola portugaise, le guérillero livrait un conflit international au sens de l'art. 1^{er}, 4 du Protocole I. Si ce Protocole avait eu valeur de droit positif, la protection de son art. 44 se serait appliquée au guérillero. En 1978, ce même guérillero, s'il appartient au FNLA, n'a plus droit à la qualité de combattant et au statut protecteur de l'art. 44. Pourtant, c'est sur le même lieux et avec les mêmes risques qu'il se bat* » (M.-F. FURET, J.-C. MARTINEZ, H. DORANDEU, *La guerre et le droit*, Pedone, Paris, 1979, p. 152)

⁵⁵⁵ V. la CG IV du 12 août 1949.

Toute cette stratégie avait pour seul et unique objectif privé ces combattants du statut de PG afin de permettre aux tribunaux militaires de les juger en référence à l'arrêt *Ex Parte Quirin* de 1942⁵⁵⁶.

379. Les détenus de Guantanamo n'ont pas été traités avec humanité par les Etats-Unis. Il est admissible, de nos jours, d'admettre une telle attitude venant d'un grand pays démocratique, première puissance mondiale. Durant de nombreux mois, le CICR n'a pas été autorisé, comme il se doit, à visiter les détenus afin d'évaluer leurs conditions de détention. Dans ce contexte en effet, le risque c'est la survie du DIH qui est mise à mal, plus précisément de sa capacité à garantir la protection aux futures victimes des conflits armés. Le vrai danger, dans la « guerre contre le terrorisme », est que le fait d'évoquer la question relative à l'applicabilité du DIH, et de rappeler les obligations des Etats-Unis par rapport au sort des détenus est souvent perçu comme la volonté manifeste consistant à défendre les terroristes⁵⁵⁷.

380. Le 7 février 2002, Président BUSH avait clairement admis à travers sa déclaration l'applicabilité du DIH aux combattants de la « guerre contre le terrorisme » capturés par les Etats-Unis lors de la guerre en Afghanistan. Mais cette applicabilité ne concernait que les talibans, elle ne couvrait pas les membres d'Al-Qaïda. Cette orientation discriminatoire américaine avait poussé certains pays, même ceux issus de la coalition—comme le Canada, à rappeler aux Etats-Unis leurs obligations conventionnelles en vertu du DIH. Pour ce faire, le Canada remplissait son obligation

⁵⁵⁶ Pour la Cour suprême des Etats-Unis : « *Le droit de la guerre établit une distinction entre (...) combattants légaux et illégaux. Les combattants légaux sont susceptibles d'être capturés et détenus en tant que prisonniers de guerre pour leur opposition aux forces armées. Les combattants illégaux sont de même sujets à la capture et à la détention, mais en outre, ils peuvent subir un procès et une peine de la part de tribunaux militaires pour des actes qui rendent leur belligérance illégale* », « *The Law of war draws a distinction between...lawful and Unlawful Combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition, they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful.* » (http://www.fact-index.com/i/il/illegal_combatant).

⁵⁵⁷ Par exemple : l'ancien Premier ministre CHRETIEN avait reproché, le 6 février 2002 à la Chambre des Communes, aux députés du Bloc québécois qui posaient des questions sur le statut et le destin des personnes capturées par les forces canadiennes en Afghanistan : « Le bloc défend les terroristes, dit CHRETIEN », voir M. CORNELLIER, *Le Devoir*, 7 février 2002, pp. I, 8.

prévu par l'art. 1 commun au 4 CG, de non seulement respecter, mais aussi de « faire respecter » ces Conventions “en toutes circonstances”⁵⁵⁸.

381. Ce rappel du Canada aux Etats-Unis avait pour objectif fondamental de prévenir la protection de soldats en cas où ceux-ci sont capturés par l'ennemi. Normalement, les Etats-Unis ou leurs alliés déployés en Afghanistan étaient responsable de la sécurité ou du traitement de toute personne tombée ou capturée par eux. Aucun prisonnier ne devrait être livré aux Etats-Unis par un pays allié aux ceux-ci sans s'assurer de la volonté de ces derniers d'appliquer le DIH⁵⁵⁹.

382. La guerre en Afghanistan était d'après la démonstration faite dans des lignes précédentes constitutives d'un CAI. Or, toutes personnes qui tombaient pendant ce conflit, au pouvoir des Etats-Unis ou des forces de la coalition, étaient de toute évidence des combattants. A ce titre, elles devenaient des PG protégés par la CG III. A défaut de l'être, elles devenaient des civils protégés par la CG IV⁵⁶⁰. C'est dans le droit fil de ce qui vient d'être mentionné que le CICR le rappelait assez clairement à travers son Communiqué : « *Il n'y a pas de statut intermédiaire, aucune personne se trouvant aux mains de l'ennemi ne peut être en dehors du droit* »⁵⁶¹. A travers cette communication du CICR, on peut vite constater que la gardienne des traités ne fait aucune distinction entre les combattants talibans et les membres d'Al-Qaïda. Autrement dit, elle exclut toute volonté manifeste conduisant à une quelconque

⁵⁵⁸ L. CONDORELLI, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de “respecter et faire respecter” le droit international humanitaire en toute circonstances, “*Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, The Hague, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Common Art. 1 of the Geneva Conventions Revisited : Protecting Collective Interests, (200) 837 RICR, pp. 67-87 ; N. LEVRAT, « Les conséquences de l'engagement pris par H.P.C. de “faire respecter” les Conventions humanitaire » dans F. KALSHOVEN, Y. SANDOZ, dir. , *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 263, 96 ; U. Palwankar, ‘Mesures auxquelles peuvent recevoir les Etats pour remplir leur obligation de faire respecter le DIH’ (1994) 805 RICR 11.

⁵⁵⁹ Art. 12 (2) de la CG III.

⁵⁶⁰ V. Art. 4(4) de la IV^e Convention de Genève. On peut ainsi supposer que cette disposition a certainement servi au Président BUSH pour argumenter le fond de sa déclaration du 7 février 2002. Pour lui, les Talibans détenus à Guantanamo ne sont pas des prisonniers de guerre, mais que les Conventions de Genève s'appliquaient. Le Secrétaire à la Défense, D. RUMSFELD mentionnait pour sa part trois catégories possibles : Les combattants, les civils et les « combattants illégaux », voir témoignage du Secrétaire à la Défense D. RUMSFELD devant le Senat américain de 5 Janvier 2002.

⁵⁶¹ J. S. PICTET, dir., *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, Convention de Genève relative à la protection des personnes civils en temps de guerre*, Volume 4, Genève, CICR, 1956, p. 58.

distinction possible. Par conséquent, les civils qui participent activement aux hostilités perdaient en revanche leur protection prévue par le DIH, et ce, pendant la durée de leur participation⁵⁶².

383. Cependant, si les membres d'Al-Qaïda ne faisaient pas partie intégrante des forces armées afghanes ou talibanes, et ou, s'ils n'étaient pas rattachés à l'entité étatique afghane ; ils ne pouvaient dans ce cas, être protégés par la CG III⁵⁶³. Mais, le cas échéant, ils seraient considérés comme des civils et protégés par la CG IV, après une participation illégale aux hostilités. Ils peuvent très justement être qualifiés de « combattants illégaux ». Cette qualification rejoint la distinction faite par le Président BUSH en date du 7 février 2002, à partir de laquelle, il distinguait les combattants taliban des membres d'Al-Qaïda, à ce statut de raisonnement, son argument semble soutenable. En revanche, il serait incompréhensible de soutenir le refus d'appliquer à ces membres d'Al-Qaïda la protection prévue par la CG IV.

Section II : Du refus des Etats-Unis à garantir certaines normes de protection internationale et nationale

384. Ce refus des Etats-Unis de respecter les obligations que leur impose le DIH est ici confirmé par l'incertitude concernant le statut juridique des prisonniers de Guantanamo (Paragraphe I), et de l'ambiguïté entourant le concept de « combattant illégal » (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'incertitude concernant le statut juridique des prisonniers de Guantanamo bay : une véritable « zone de non-droit »

⁵⁶² Art. 51 (3) du PAI.

⁵⁶³ Art. 4 (A) (1) et (2) de la CG III.

385. Pour mieux comprendre comment ce bout de terre cubain est devenu une véritable « zone de non droit » au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, il suffit de braquer un regard attentif dans le rétroviseur historique dans lequel sont confinées les relations qui ont uni puis divisé ces deux pays⁵⁶⁴.

386. En effet, tout commence au XIX^e siècle lorsque Cuba était encore une colonie espagnole. La lutte pour l'indépendance débutée en 1820, se poursuit jusqu'à la fin du siècle. Cette lutte va se caractériser par une violente insurrection qui pousse l'Espagne à promettre aux Cubains une autonomie, mais ces derniers jugent cette promesse insuffisante en réclamant l'indépendance.

387. Il fallait attendre la guerre éclair hispano-américaine qui avait eu pour prétexte la destruction du croiseur américain « *Maine* », le 15 février 1898 dans le port de La Havane. C'est donc à partir du Traité de Paris du 10 décembre 1898, que l'Espagne renonce à Cuba ainsi qu'à Porto Rico et aux Philippines.

388. Après cet épisode espagnol, l'île de Cuba va être gouvernée pendant deux ans par des gouverneurs américains assistés de notables cubains. Cette présence américaine dans les affaires publiques de Cuba va avoir des incidences significatives dans la souveraineté de Cuba. En effet, la nouvelle Constitution cubaine de 1902, contiendra une modification juridique capitale pour les américains, en l'occurrence l'amendement Platt⁵⁶⁵. Cet amendement réclamé par les Etats-Unis, leur permettrait d'intervenir à Cuba pour préserver l'indépendance de celui-ci en cas d'atteinte à cette dernière, de même qu'à garantir la vie et la propriété des ressortissants américains. Plus encore, l'amendement octroi également à Washington la Base navale de Guantanamo.

389. Le 20 mai 1902, l'indépendance de Cuba est officiellement proclamée et aussitôt le pouvoir est remis par le général américain WOOD au nouveau Président Cubain nouvellement élu, Tomas ESTRADA PALMA. Une fois au sommet de l'Etat, il se

⁵⁶⁴ Le juge anglais Steyn JOHAN parle de « trou noir juridique », voy. « Le trou noir juridique de Guantanamo », *Le Monde* du 10 décembre 2003, pp. 1, 4.

⁵⁶⁵ Du nom du sénateur Hitchcock PLATT.

rend compte que l'amendement Platt empiétait considérablement sur la souveraineté du pays. Pour ce faire, il demanda le retrait des troupes américaines de l'île. Le 23 février 1903, le Président Cubain Tomas ESTRADA PALMA et son homologue américain, le Président Théodore ROOSEVELT conclurent un accord (qui se transformera en traité le 2 juillet 1903) dans lequel Cuba s'engage à louer la baie de Guantanamo ; ainsi que les terres qui l'entourent aux Etats-Unis pour établir une base navale et charbonnière « à l'exclusion de toute autre utilisation »⁵⁶⁶.

390. L'impact de la crise économique de 1929 qui s'étend jusqu'aux années trente va avoir des conséquences politiques importantes sur l'île au point où celui-ci débouchera sur l'abandon en 1934 des clauses les plus ridicules pour l'île du fameux amendement du Président Franklin D. ROOSEVELT. En effet, les clauses relatives au bail de Guantanamo sont renouvelées sous la forme d'un traité entre Cuba et les Etats-Unis le 29 mai 1934. Ce traité accorde aux Etats-Unis un bail perpétuel, qui ne peut être annulé que par accord mutuel entre Cuba et Etats-Unis, ou par l'abandon de la base par les américains. Une base militaire s'étendant sur une centaine de Km² sur le sol cubain, Guantanamo louée depuis 1903 pour un loyer virtuel d'environ 4 000 dollars par an. Loyer virtuel, car, pour des raisons hautement symboliques. Après son arrivée au pouvoir à Cuba, Fidel CASTRO a encaissé le premier loyer annuel réglé par Washington (soit 4 805 dollars) avant de refuser de toucher les chèques suivants. Et ce, avant que les relations entre Cuba et les Etats-Unis se dégradent. C'est précisément le 4 janvier 1961, les relations diplomatiques entre les deux pays sont rompues. Mais, le brouillage des relations diplomatiques entre F. CASTRO et D. EISENHOWER n'allait pas comme, affirmait ce dernier, remettre en cause la base de Guantanamo. Pour CASTRO, cette base est « *Un baignoire planté dans la terre cubaine [...]. Une base que nous ne prendrons pas par la force, mais un morceau de terre auquel nous ne renoncerons jamais* »⁵⁶⁷. Ces paroles ont été reprises par Philippe BOLOPION comme phrase d'accroche à son ouvrage intitulé : *Guantanamo, le baignoire du bout du monde*, écrit en 2004 à la suite de sa visite à Guantanamo Bay. Les paroles de CASTRO expliquent très

⁵⁶⁶ Cf. art. 2 du fameux traité portant sur la location du baie de Guantanamo et les terres environnantes. V. aussi, Aude BICHOVSKY, « Guantanamo ou l'illégalité institutionnalisée », dans, *Droit pénal humanitaire*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 96.

⁵⁶⁷ Paroles de F. CASTRO reprises par Simon PETERMANN dans, *Guantanamo. Les dérives de la guerre contre le terrorisme*, André Versaille, 2009, p. 81.

brièvement la volonté des cubains à récupérer ce bout de terre, mais sans succès depuis 1959. La question relative à la base de Guantanamo reste un sujet épineux entre La Havane et Washington. Si bien que, la barrière qui sépare la base de Cuba ressemble vraisemblablement à une véritable frontière entre deux Etats ennemis. Enfin, Guantanamo est un point militaire stratégique au départ, JTF-GTMO (*Joint Task Force Guantanamo*) est devenu un camp de détention dès 1994 pour trente mille Haïtiens réfugiés interceptés sur des *boat-people*.

391. Du point de vue de la responsabilité civile ou pénale, les Cubains ou les étrangers qui commettent des crimes ou des délits sur la base sont jugés par les tribunaux cubains, alors que les Américains qui se trouveront dans le même cas de figure seront remis aux autorités américaines. Pourtant, l'accord entre Cuba et les Etats-Unis conclu en 1903 prévoyait que ces derniers exerçaient une juridiction complète sur l'île de Guantanamo⁵⁶⁸. Il y a toujours cette volonté manifeste des Etats-Unis à vouloir soustraire leurs ressortissants des sanctions que peuvent prendre les juridictions étrangères à l'encontre des ressortissants américains comme fut le cas en Irak.

392. Quelques années auparavant, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) avait déjà tiré la sonnette d'alarme en accusant des Etats-Unis d'avoir violé une série de droits desdits réfugiés protégés par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme⁵⁶⁹. En effet, les arrestations suivies de la détention arbitraire des PG par les Etats-Unis au nom de la « guerre contre le terrorisme » ont violé gravement l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)⁵⁷⁰. De même, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP—Pacte ONU II) n'est pas respecté alors qu'il est applicable aux

⁵⁶⁸ Art. III du fameux traité, *Agreement between the United States of America and the Republic of Cuba for the lease to the United States of lands in Cuba for coaling and navals stations, signed in Havana, February 16, 1903, and at Washington on February 23, 1903, continued in effect by treaty of May 29, 1934*, Bevans, vol. 6, pp. 1113-1115.

⁵⁶⁹ Points 183 à 188 : droit à la vie, droit à la liberté, droit à la sécurité de la personne, droit à l'égalité des personnes, droit de recourir aux tribunaux, droit à chercher et recevoir asile. Décision de la Commission à propos du bien-fondé de l'affaire n° 10. 675 Etats-Unis d'Amérique, 13 mars 1997, Rapport n° 51/96 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme pour 1996, chapitre III, disponible sur [<https://www.cidh.oas.org/annualrep/96fren/EtatsUnis/0675.htm>].

⁵⁷⁰ DUDH, art. 9 « *Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu, ou exilé* ».

personnes placées sous la juridiction d'un Etat Partie, ainsi qu'à celles se trouvant hors du territoire de l'Etat Partie⁵⁷¹.

393. La « guerre contre le terrorisme » a fait de Guantanamo le lieu de détention de ses prisonniers. Le 11 janvier 2002, un avion militaire a déposé un premier groupe de détenus, enchaînés, cagoulés, et qui avaient pris place dans des cages. En 2005, lors d'une courte visite sur la Base de Guantanamo, le Vice-Président des Etats-Unis, en l'occurrence Dick CHENEY, interrogé sur les conditions de détention des détenus, il répondait en ces termes : « *Ils sont très bien traités là-bas. Ils vivent sous les tropiques. Ils sont bien nourris. Ils ont tout ce qu'ils pourraient désirer* »⁵⁷². Cette description invraisemblable rejoint tristement ce que pensait Fiodor DOSTOÏEVSKI, lorsqu'il écrivait : « *Nous ne pouvons juger du degré de civilisation d'une nation qu'en visitant ses prisons* ». D'autant plus que cette prison est mise en place par un pays qui se vante quasi quotidiennement d'être le premier défenseur de la démocratie et des droits humains.

394. S'interroger sur la nature du conflit en Afghanistan puis en le qualifiant de CAI, découle *in fine*, la question relative au traitement des prisonniers de Guantanamo. Etant un CAI, il est donc régi par le DIH. Or, le George W. BUSH nous avait déjà montré qu'il avait une interprétation très particulière et tout aussi personnelle des CG, sans doute une interprétation servant une logique dénuée de toute incertitude. Il pensait en effet qu'il fallait combattre le terrorisme sous toutes ses formes et tous les moyens seront bons pour parvenir à cette fin. En effet, en refusant d'accorder à ces détenus le statut de PG, et en les qualifiant de « combattants illégaux » les Etats-Unis se sont obstinés à ne pas appliquer le DIH. Pourtant, la CIJ rappelait déjà en 1986 aux Etats-Unis dans l'affaire des Activités militaires au Nicaragua, qu'ils avaient l'obligation de respecter les Conventions « en toutes circonstances » car « une telle obligation ne découle pas seulement des Conventions elles-mêmes mais des principes généraux du droit humanitaire dont les Conventions ne sont que l'expression concrète »⁵⁷³.

⁵⁷¹ Art. 2 ch. 1 du Pacte ONU II. Rappelons que le Pacte ONU II a été conclu à New York le 16 décembre 1966, RS 0. 103. 2.

⁵⁷² Amnesty International, Communiqué public, « Guantanamo, accès refusé. Non à la torture et aux mauvais traitements dans le « *guerre contre le terrorisme* » », décembre 2005.

⁵⁷³ CIJ Recueil 1986, pp. 114, paragraphes 219-220.

395. Entre autres les arguments avancés par l'Administration Bush pour justifier la non application des CG :

— Elle avance un argument selon lequel aucune de ces personnes ne portaient pas au moment de leur arrestation une uniforme qui pouvait les distinguer de la population civile comme l'exigent les CG, tout particulièrement la CG III⁵⁷⁴. En revanche, ce que cette Administration ne souligne pas c'est l'autre volet de l'interprétation de ce même article de la CG III qui définit les différentes catégories de personnes qui ont droit au statut de PG⁵⁷⁵.

— Ils tablent sur le fait que ces personnes sont des membres d'Al-Qaïda, une organisation terroriste et de ce fait ils ne doivent pas bénéficier d'aucune protection en vertu des dispositions pertinentes des CG. Or, la CG III garantit la protection de cette catégorie de personne arrêtées puis détenues⁵⁷⁶.

396. Cependant, il est difficile dans ce cas précis de faire abstraction de l'application du DIH sous un tel prétexte, alors même que le CICR, « *reste fermement convaincu que le respect du droit international humanitaire ne constitue en aucune façon un obstacle à la lutte contre la terreur et le crime. Le droit international humanitaire accorde à la puissance détentrice le droit de poursuivre en justice les prisonniers de guerre soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou tout autre délit avant ou pendant les hostilités* »⁵⁷⁷. Et même au-delà des Conventions avec lesquelles les Etats-Unis ne sont pas juridiquement liés dont le PA I, il existe tout de même un minimum possible de protection comme celle prévue par le PA I⁵⁷⁸.

397. Dans cette Base militaire américaine transformée en une prison de la « guerre contre le terrorisme », les détenus ne bénéficient donc d'aucun droit. C'est en cela que l'ancien prisonnier français détenu à Guantanamo, Nizar SASSI écrivait : « *Le*

⁵⁷⁴ Art. 4 A. b) de la CG III.

⁵⁷⁵ Art. 4 A. 2) de la CG III.

⁵⁷⁶ Art. 3 et 4 de la CG III.

⁵⁷⁷ CICR, *Conférence de presse*, février 2002.

⁵⁷⁸ Art. 75 du PA I aux CG de 1949.

seul droit que j'ai, c'est de n'avoir aucun droit »⁵⁷⁹. Autrement dit, les prisonniers n'ont aucun droit, excepté celui d'être victime de l'arbitraire auquel tout détenu à droit, encore si l'on peut le considérer comme tel.

Paragraphe II : L'ambiguïté entourant le concept de « combattant illégal » : une notion inexistante en droit international humanitaire

398. La notion de « combattant illégal » a été développée par les Etats-Unis dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » après le 11 septembre 2001 (*USA Patriot Act* d'octobre 2001 et *Military Order* du 13 novembre 2001) permettait de considérer un prisonnier à la fois comme un ennemi (donc exclu des garanties du droit interne) et comme un terroriste ne relevant pas du DIH ; le « combattant illégal » est détenu et jugé par des Commissions militaires spéciales, en dehors des CG comme du droit américain. Les Etats-Unis ne sont pas les seuls à se lancer dans la création d'une catégorie de combattants pour les soustraire de la protection des CG. En effet, Israël a aussi traité des membres du Hezbollah comme des « combattants illégaux ».

399. La réapparition de la notion dite de « combattants illégaux » a été l'œuvre du Président George W. BUSH. Ce dernier avait en effet signé le 13 novembre 2001, le *Military Order* afin de favoriser la détention, le traitement, et le jugement de combattants étrangers qualifiés de « combattants illégaux » par des Commissions militaires. Il faut rappeler que les libertés constitutionnelles pendant cette période ont été restreintes bien avant par la célèbre loi de l'Administration Bush appelé « *USA PATRIOT* » (*Uniting and strengthening America by Providing appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ A. BICHOVSKY, « Guantanamo ou l'illégalité institutionnalisée », dans, *Droit pénal humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2006, p. 99.

⁵⁸⁰ « Loi pour unir et renforcer l'Amérique en fournissant les instruments adéquats exigés en vue d'intercepter le terrorisme et de lui faire obstacle. ».

400. Le statut de « combattants illégaux » attribué aux détenus de la « guerre contre le terrorisme » n'a pas été déterminé par un tribunal compétent, mais par des membres influents de l'Administration Bush en l'occurrence le Président George W. BUSH et le Secrétaire à la Défense Donald RUMSFELD⁵⁸¹. Alors qu'en 1991 lors de la première Guerre du golfe (Opération *Desert Storm*), le statut des militaires irakiens capturés par les forces armées américaines fut déterminé rapidement par les tribunaux militaires⁵⁸². C'est même cette attitude qui a suscité de vives critiques partout dans le monde. Pire encore, cette attribution a été collective ce qui supprimait toute appréciation au cas par cas. Pour l'Administration Bush, les membres d'Al-Qaïda ne devaient en aucun cas bénéficier de la protection prévue à la CG IV; quant aux taliban, les CG leurs étaient applicables mais ils ne devaient pas en revanche bénéficier du statut de PG. En effet, l'Administration Bush estimait que ces acteurs ne remplissaient nullement les exigences posées par l'art. 4 de la CG III et violaient par conséquent le droit de guerre⁵⁸³.

401. Plusieurs avis ont été émis au sujet de cette notion de « combattant illégal » attribuée aux détenus de Guantanamo. Certains observateurs ont estimé que les membres d'Al-Qaïda n'appartenaient ni à une force armée régulière ni à une milice dépendant d'une telle force, mais plutôt à une « organisation clandestine » voire même « criminelle » qui ne peut prétendre bénéficier du statut de PG⁵⁸⁴. En effet, certains juristes, à l'instar de Sarah PELLET, assimile Al-Qaïda à une organisation composée de combattants volontaires susceptibles d'être couverts par l'art. 4 de la CG III⁵⁸⁵. Toutefois, il est intéressant de rappeler que certains membres d'Al-Qaïda combattaient

⁵⁸¹ Communiqué de presse de la Maison-Blanche, « Statut des détenus de Guantanamo », 7 février 2002, consultable sur le site internet : <http://www.whitehouse.gov/news/releases>

⁵⁸² V. à cet effet le Manuel opérationnel du juge Avocat général des forces armées américaines (Ed. M. LACEY, B. BILL, 2000, p. 7), « *Lors de la Guerre du Golfe, l'Opération Desert Storm a abouti à la capture d'un grand nombre de personnes susceptibles d'être des prisonniers de guerre ennemis, mais qui se sont révélées être des personnes déplacées civiles. Des tribunaux ont été établis pour vérifier le statut des détenus. Dès qu'il fut déterminé qu'ils étaient des civils n'ayant pas pris part aux hostilités, ils furent transférés vers des camps de réfugiés.* » (<http://www.hrw.org/background/usa>)

⁵⁸³ Art. 4 de la CG III.

⁵⁸⁴ G. ALDRICH, « The Taliban, al-Qaeda and the Determination of Illegal Combatants », *AJIL* Vol. 96, oct. 2002, p. 891 ; Pierre BUHLER, « Les Etats-Unis et le droit international », *Commentaire*, automne 2003, Vol. 26, N° 103, pp. 517-562.

⁵⁸⁵ S. PELLET, « De la raison du plus fort ou comment les Etats-Unis ont (ré) inventé le droit international et leur droit coutumier » *ADI*, juin 2002, p. 3, (<http://www.ridi.org/adi/articles/2002>).

aux côtés des taliban, ils devaient dans le cas d'espèce bénéficier du statut de PG au regard du DIH⁵⁸⁶.

402. L'orientation qu'avait donnée l'Administration Bush dans la gestion des détenus avait alerté la sensibilité de *Human Rights Watch*. Si bien qu'elle avait fait savoir à la Conseillère pour la Sécurité Nationale à la Maison Blanche, Condoleezza RICE, que l'argument avancé par l'Administration au sujet des conditions prévues à l'art. 4 (A) (2) de la CG III que ne remplissaient pas collectivement les détenus était impertinent⁵⁸⁷. Car, poursuit-elle, ces conditions trouvent leur pertinence lorsqu'il s'agit des milices n'ayant une dépendance avec une force armée régulière. Or, les taliban et bon nombre de membres d'Al-Qaïda dépendaient des forces armées afghanes. Ainsi, le fait que les Etats-Unis ne reconnaissent pas le gouvernement afghan n'a aucune importance et semble moins pertinent du point de vue juridique⁵⁸⁸. Raison de plus, les deux Etats étant Partie aux CG du 12 août 1949.

403. Le CICR estime qu'un tribunal administratif ou une Commission militaire sont compétents pour déterminer si un détenu doit bénéficier du statut de PG en vertu du droit coutumier, y compris des dispositions du PA I (par ex : art. 45 (1) du PA I) émanant de ce dernier, que de la CG III. En revanche, le tribunal judiciaire est compétent pour juger une personne non dotée du statut de PG soit pour un acte criminel commis au cours d'un conflit armé⁵⁸⁹. En tout état de cause, un tel tribunal est soumis à l'obligation relative au respect des garanties minimales prévues par la CG IV ou encore par les art. 45 al. 1 et 75 du PA I.

404. La notion de « combattants illégaux » rendue célèbre lors de l'intervention militaire américaine en Afghanistan n'a jamais été adoptée par le droit de La Haye ni par celui de Genève. En effet, il a fallu attendre la Deuxième Guerre mondiale et surtout

⁵⁸⁶ Cf. l'argument développé par l'Association américaine pour le droit de la guerre : http://lawofwar.org/Torture_Memos_analysis.htm.

⁵⁸⁷ La lettre de *Human Rights Watch* du 28 janvier 2002.

⁵⁸⁸ E. DAVID, « Le statut des personnes détenus par les Etats-Unis à la suite du conflit Afghan (2001-2002) », in, *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001*, Pedone, Paris, 2002, p. 324 ; art. 4 paragraphe 3 de la lettre (A) « *Les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une Autorité non reconnus par la Puissance détentrice* ».

⁵⁸⁹ Y. NAQVI, « Doubtful Prisoner-of-War Status », *RICR*, Vol. 84, sept. 2002, p. 579.

lors des interventions militaires américaines en Afghanistan et en Irak pour qu'une « doctrine spécialisée » et abondante initiée par certains juristes pour que celle-ci s'invite de façon quotidienne dans le vocabulaire juridique⁵⁹⁰. Mais ce bavardage circonstanciel n'a pas pour autant fait d'elle une expression reconnue par le DIH. La conception « combattant illégal » rendue célèbre depuis l'intervention militaire américaine en Afghanistan n'a jamais été adoptée par le droit de La Haye ni par celui de Genève. Cependant l'ambiguïté de celle-ci n'a pas empêché certains juristes d'en faire usage dans leurs lignes doctrinales⁵⁹¹. Malgré son origine très ancienne, comme le prouve l'arrêt *Ex Parte Quirin* de la Cour suprême américaine, en estimant à l'époque que les espions nazis détenus par les forces armées américaines, du fait des actes rendant leur belligérance illégale, devaient être amputés de toutes garanties constitutionnelles ; ce qui les exposait à un procès et à une peine sanctionnés par le tribunal militaire⁵⁹².

405. Pour la Cour suprême américaine la compétence des tribunaux civils américains se limitait à juger les citoyens américains détenus par les forces armées américaines.

406. Les Etats-Unis ne sont pas les seuls à utiliser cette notion. En effet, Israël a également emboîté le pas en 2002 afin de priver, lui aussi, certaines catégories de personnes des garanties relatives au statut de PG. Pour y parvenir, le Parlement israélien avait en effet habilité le chef d'état-major des forces armées israéliennes à détenir pour une durée indéfinie toute « personne qui participe, directement ou indirectement, à une activité hostile envers l'Etat d'Israël ». Cette personne ne pourra donc pas bénéficier de l'attribution du statut de prisonnier de guerre le prévoit le DIH⁵⁹³. Un tribunal doit dans ce cas, statuer sur la qualité de « combattant illégal » dans

⁵⁹⁰ M. FINAUD, « L'abus de la notion de « combattant illégal » : une attente au droit international humanitaire », *RGDP*, 2006-4, p. 863.

⁵⁹¹ Y. NAQVI, « Doubtful Prisoner-of-War Status », *RICR*, vol. 84, sept. 2002, pp. 571-594; V. aussi, G. ALDRICH, « The Taliban, al-Qaeda and the Determination of Illegal Combatants », *AJIL* Vol. 96, oct. 2002, pp. 891-898; D. KANSTROOM, « Unlawful Combatants in the United States-Drawing the Fine Line between Law and War », *American Bar Association Human Rights Magazine*, hiver 2003 ; K. DÖRMANN, « The Legal situation of Unlawful/Unprivileged Combatants », *The International Review of the ICRC*, mars 2003.

⁵⁹² Cour suprême des Etats-Unis, arrêt *Ex Parte Quirin*, 1942.

⁵⁹³ M. FINAUD, « L'abus de la notion de « combattant illégale » : une attente au droit international humanitaire », *RGDP*, 2006-4, p. 863.

les quatorze jours qui suivent son arrestation. En revanche, la libération de ce combattant n'est envisageable que sous certaines conditions : il faut tout d'abord que le chef d'état-major identifie la force à laquelle le combattant en cause appartient, ensuite évaluer que la libération d'une telle personne ne porterait pas atteinte à la sécurité d'Israël, enfin avoir la certitude la force identifiée à renoncer à ses ambitions hostiles à l'égard d'Israël.

407. Cette pratique était un vrai prétexte, en bonne et due forme, fondée sur une base légale pour détenir abusivement en détention administrative sans inculpation ni jugement certaines personnes, en l'occurrence les combattants du Hezbollah dans le but de les échanger contre les prisonniers israéliens ou de dépouilles de soldats israéliens. Mais, la Cour suprême s'était montrée intraitable à ce sujet, elle avait sans ambages condamné cette pratique.

408. Dans leur démarche respective les Etats-Unis et Israël se dégage une seule divergence : le premier détermine clairement dès le départ le tribunal auquel les « combattants illégaux » doivent être traduits (Tribunaux militaires) ; alors que le second ne se prononce pas sur l'instance juridictionnelle compétente pour connaître le bien-fondé réservé au sort des combattants dits « illégaux ».

409. Le CICR avait quant à lui, estimé que cette loi avait qu'un seul et unique but celui de priver les détenus de la protection de la CG IV à laquelle ils ont droit et censés être protégés⁵⁹⁴. Cela rejoint très justement ce que disait Edmund BURKE lorsqu'il déclarait « *Toutes les fois que l'on sépare la justice et la liberté, ni l'une ni l'autre ne sont en sécurité* »⁵⁹⁵.

410. La question relative aux garanties de protections juridiques que le DIH accorde aux « combattants illégaux ». L'intérêt de cette question a été relancé au lendemain des attentats du 11 septembre, après les interventions militaires américaines en Afghanistan et en Irak. Rappelons tout d'abord que la Cour suprême

⁵⁹⁴ Rapport d'activité du CICR pour 2002, p. 308 <http://www.icrc.org>

⁵⁹⁵ E. BURKE cité par W. BOURDON, « Les camps de détention illégaux : le cas Guantanamo », in, *Au nom du 11 septembre, les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, La Découverte, Paris, 2008, p. 76.

des Etats-Unis est la première institution américaine à utiliser en 1942, la notion de « combattant illégal » dans la célèbre affaire *Ex Parte Quirin*, bien avant l'adoption des CG⁵⁹⁶. Rappelons ensuite que la notion de « combattant illégal » ne figure pas dans les traités de DIH, si bien que les questions ayant trait à la situation juridique de cette catégorie de personnes et aux protections auxquelles elles ont droit ne cessent de se poser avec beaucoup d'acuité.

411. Cette notion s'applique en particulier à toutes personnes participant directement aux hostilités sans y être autorisées et qui, lorsqu'elles tombent au pouvoir de l'ennemi, n'ont pas droit au statut de PG. Dit autrement, elles ne sont pas protégées par la CG III de 1949. En d'autres termes, les personnes participant illégalement aux hostilités n'ont pas droit à la protection que confère la CG III relative au sort des PG⁵⁹⁷. Car en effet, tous ceux qui prennent part directement aux hostilités n'ont pas forcément le statut de combattant. Et, tout combattant qui ne se distingue pas de la population civile perd son statut de « combattant »⁵⁹⁸. En perdant son statut, il est souvent désigné sous l'appellation de « combattants irréguliers » ou « combattants non privilégiés ». La notion de « combattants illégaux » est donc utilisée pour qualifier péjorativement des personnes ayant perdu leurs privilèges après avoir commis des actes interdits par le DIH. Cette appellation symboliserait en effet, la perte des privilèges liés au statut dont bénéficiait préalablement le combattant avant qu'ils ne posent des actes contraires aux règles du DIH, qui le priverait de son statut⁵⁹⁹.

Si certaines personnes qualifiées par les Etats-Unis de « combattants illégaux » avaient posé des actes contraires aux règles du DIH, ces actes pouvaient être réprimés par le droit interne des Etats-Unis sans qu'ils soient constitutifs de crime de guerre.

⁵⁹⁶ Dans cette affaire, la Cour suprême américaine avait à se prononcer sur l'intervention des membres des forces armées allemandes sur le territoire américain sous l'étiquette d'espions déguisés durant la Seconde guerre mondiale. Une fois appréhendés, ceux-ci avaient perdu leurs privilèges de combattants qui devraient normalement les dispenser d'éventuelles poursuites.

⁵⁹⁷ K. DÖRMANN, « The legal situation of "unlawful/unprivileged combattants" », *IRRC* march, Vol. 85, N° 849, 2003, pp. 45-46.

⁵⁹⁸ M. SASSOLI, « Combattants et combattants illégaux », in V. CHETAIL (éd.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2011, [SASSOLI, « Combattants et combattants illégaux »].

⁵⁹⁹ M.-L. TOUGAS, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armés. Entre incertitudes et responsabilité*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 145.

412. Sous l'Administration Bush, la notion de « combattants illégaux » a retrouvé son usage au lendemain de la réaction américaine contre les Talibans et le groupe terroriste Al-Qaïda. Pour justifier l'usage de cette notion, les Etats-Unis avaient considéré comme terroristes les membres de ces deux groupes. Or, la qualification de ces deux catégories de membres nous paraît nettement différente. En effet, contrairement à la considération accordée aux membres d'Al-Qaïda, les Talibans formaient le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan. En réponse à la question si l'Afghanistan était responsable des actions des Talibans, le Professeur Marco SASSOLI apporte une analyse pertinente : « [s'il] (Afghanistan) est responsable de celles des Talibans, malgré que ceux-ci n'aient été reconnus comme gouvernement de l'Afghanistan que par le Pakistan et les Emirats arabes unis. La plupart des autres Etats reconnaissaient encore comme gouvernement légitime celui du président Rabbani, chassé de Kaboul en 1996, et l'Alliance du Nord à laquelle il appartient. Ce gouvernement représentait également l'Afghanistan à l'ONU. Les forces qui lui étaient loyales ne contrôlaient toutefois plus que 10% du territoire afghan, alors que les Talibans en contrôlaient 90%. Ces derniers formaient donc le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan. En droit international, un Etat est responsable pour le comportement d'un tel gouvernement *de facto*⁶⁰⁰. »⁶⁰¹. Ceci dit, le gouvernement taliban étant l'organe de l'Afghanistan. Or, l'Etat ne peut répondre que du comportement de ses organes⁶⁰². De ce principe, l'Afghanistan endosse les conséquences découlant des actions des talibans, il lui incombe donc la responsabilité de celles-ci⁶⁰³.

413. Alors que les membres d'Al-Qaïda font partie d'un groupe non étatique, et ne peuvent d'aucune manière être considérés comme des membres des forces armées de l'Afghanistan. Il se trouve qu'en droit international, l'Etat n'est responsable du comportement d'acteurs non étatiques qui agissent sous sa juridiction et sur son

⁶⁰⁰ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs (ci-après Projet d'articles), dans Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Doc. Off. CDI NU, 53^e sess., Doc. NU A/ 56/ 10 (2001), pp. 170-71.*

⁶⁰¹ M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *ACADI*, 2001, pp. 218-219.

⁶⁰² Art. 21 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*.

⁶⁰³ F. FINCK, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. Essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale*, Thèse soutenue à l'Université de Strasbourg, 2011, p. 32.

territoire⁶⁰⁴. Sauf si les membres Al-Qaïda étaient habilités, par le droit afghan, à exercer des prérogatives de la puissance publique⁶⁰⁵. Ils auraient dû être considérés, dans ce cas, comme étant des civils étant donné que la guerre contre le gouvernement était un CAI ; ou simplement sous l'angle d'un CANI dans lequel les notions de « combattant » et de « prisonnier de guerre » ne sont pas inscrites dans des instruments juridiques conventionnels⁶⁰⁶. Une telle démarche supprimait totalement de facto l'usage de la notion de « combattants illégaux ». En effet, lors d'un CANI, une fois tombées au pouvoir de l'ennemi, les personnes ayant participé aux hostilités sont protégées de la même façon que celles n'ayant pas pris part à celles-ci. En revanche, elles sont susceptibles d'être poursuivies pour les actes qu'elles ont commis jugés contraires au DIH⁶⁰⁷.

414. Mais, dans le cadre d'un CAI, la problématique relative aux conséquences liées au qualificatif de « combattants illégaux » ou « combattants irréguliers » peut légitimement se poser sans ambiguïté⁶⁰⁸.

415. Cependant, il est difficile de trancher la « querelle doctrinale » qui oppose certains juristes soutenant la théorie selon laquelle le refus d'accorder une quelconque protection juridique aux personnes prenant part aux hostilités sans être combattants ou ayant perdu leurs privilèges devrait être de rigueur. Ces juristes considèrent en effet que les personnes qui ne se conforment pas aux principes et lois de la guerre ne devraient, selon eux, bénéficier de la protection dont jouissent ceux qui s'y conforment—disant comme des civils. Ainsi, concluent-ils, elles devraient être considérées tout simplement comme des combattants ayant perdu les privilèges se

⁶⁰⁴ R. AGO, « Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats », *ACADI*, 1971, vol. 2, New York, NU, pp. 103-38. Voir également, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs (ci-après Projet d'articles)*, dans *Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Doc. Off. CDI NU, 53^e Sess., Doc. NU A/ 56/ 10 (2001), pp. 83, 84.

⁶⁰⁵ Art. 5 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*.

⁶⁰⁶ Dès lors, nous pensons que la question relative à la problématique liée au terrorisme, et donc celle des Talibans suite aux attentats du 11 septembre 2001, devraient être traitées sous l'angle du droit pénal.

⁶⁰⁷ Art. 6 du PA II.

⁶⁰⁸ K. DÖRMANN, « The legal situation of "unlawful/unprivileged combattants" », *IRRC* march, Vol. 85, N° 849, 2003, p. 47.

rattachant à ce statut de combattant⁶⁰⁹. Alors que les autres juristes, à l’instar de Marco SASSOLI et Knut DÖMANN, se démarquent raisonnablement de cette théorie en considérant que ces personnes devraient être protégées au même titre que les civils⁶¹⁰. En principe, la position doctrinale semble convergente à tout point de vue en estimant qu’ils peuvent, néanmoins, se prévaloir de la protection minimum offerte par le PA I⁶¹¹. Toutefois, il est intéressant de rappeler que les civils représentent une cible dès lors qu’ils participent aux hostilités et ne peuvent être pris pour cible que dans le cadre de cette participation, ils ne peuvent être internés que pour des raisons spécifiques et dans des conditions strictes; à la différence des PG, ils peuvent être sanctionnés pour le simple fait d’avoir pris des armes⁶¹². Alors que les combattants représentent eux, de façon quasi permanente, une cible potentielle pour les forces ennemies.

416. La substance de l’art. 4 (1) de la Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, stipule que « *Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d’occupation au pouvoir d’une partie au conflit ou d’une puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes* ». Il tranche et précise sans ambiguïté la question relative à la protection des personnes ayant participé aux hostilités sans qu’elles aient ou qu’elles aient perdu le statut de combattant comme des civils en vertu de la CG IV⁶¹³. On pense en effet qu’une telle solution semble plus juste et équilibrée, car elle reste circonscrite dans le champ d’application du DIH. On peut ainsi en conclure que, les personnes tombées au pouvoir des Etats-Unis lors de la « guerre contre le terrorisme », ne bénéficiant pas préalablement de la protection de la CG III pouvaient bénéficier de la protection garantie par la CG IV; à l’exception des restrictions inscrites par l’art. 4 (2) de la CG IV : « *Les ressortissants d’un Etat qui n’est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d’un Etat neutre*

⁶⁰⁹ Y. DINSTEIN, « The Distinction between Unlawful Combatants and War Criminals », in Yoram DINSTEIN (éd.), *International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Maritnus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 103, 106; Yoram DINSTEIN, « Unlawful Combatancy » (2002) 32 *Israel Yearbook on Human Rights* 247.

⁶¹⁰ M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *ACDI*, 2001, pp. 227-228. Voir également, K. DÖRMANN, « The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants” », *IRRC* march, Vol. 85, N° 849, 2003, p. 47.

⁶¹¹ Voir, article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949.

⁶¹² J. D’ASPROMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, Pedone, Paris, 2012, p. 307.

⁶¹³ Art. 4 (1) de la CG IV.

se trouvant sur le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent. »⁶¹⁴.

Cette interprétation visant à accorder la protection garantie par la CG IV aux personnes n'ayant pas ou ayant perdu leur statut de combattant comme des civils a été également reprise dans l'avis de la CPIY dans lequel elle considère qu' « *il est toutefois important de faire observer que cette conclusion se fonde sur l'idée qu'il n'existe pas de hiatus entre la IIIe et la IVe Convention de Genève. Si une personne n'a pas droit, en qualité de prisonnier de guerre, à la protection offerte par la IIIe Convention de Genève (ou par les Ier ou IIe Conventions), elle est nécessairement couverte par la IVe Convention, pour autant qu'elle satisfasse aux critères énoncés à l'article 4* »⁶¹⁵.

417. Il ressort de ces interprétations la volonté de ne pas s'écarter des textes conventionnels et doctrinaux dans lesquels le vide juridique de protection n'est admis, car effet les personnes se trouvant au pouvoir des Etats-Unis devraient être protégées en toutes circonstances. Car en effet, aucun statut intermédiaire ne se loge entre civil et combattant. C'est dans cette optique que le Commentaire des Conventions de Genève mentionne clairement 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 Ier 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* »⁶¹⁶. Rappelons que la XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge est venue étendre une interprétation restreinte de l'art. 4 de la CG IV lors des négociations précédant l'adoption des CG qui se limitait autrefois qu'aux « *personnes qui ne prennent pas part aux hostilités* », à une prise en compte élargie comprenant ainsi celles n'ayant pas ou

⁶¹⁴ Art. 4 (2) de la CG IV.

⁶¹⁵ *Le Procureur c. Delalic et al.*, TPIY, IT-96-21-T, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, paragraphe 271.

⁶¹⁶ J. S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Commentaire)*, Genève, CICR, 1956, p. 58, <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600008?OpenDocument>, consulté le 12 juillet 2010.

ayant perdu leur protection soit par le fait d'avoir commis des actes interdits par le DIH. Cette Conférence internationale de la Croix-Rouge avait permis au CICR de rectifier son tir en considérant que la restriction contenue dans sa première formule engendrait sans doute de conséquences évidentes : « *Cette formulaire présent [ait] l'inconvénient de ne pas couvrir ceux qui commettent des actes d'hostilités sans être des combattants réguliers (saboteurs, francs-tireurs, etc.)* »⁶¹⁷.

418. L'obstination de l'Administration Bush à créer inutilement une catégorie de combattants est totalement incompréhensible. Alors que le DIH donne à travers ses dispositions pertinentes la possibilité à la puissance détentrice de détenir ces personnes et même de les juger sans se lancer dans une sorte d'abus de la notion de « combattant illégal »⁶¹⁸.

419. Le département de la Défense alors dirigé par Donald RUMSFELD, avait validé des moyens de guerre. Parmi lesquels les EMSP ainsi que le déploiement des drones armés (Chapitre II). Ces moyens engagés ont eu un impact considérable sur le déroulement des opérations militaires. Leur impact a lourdement pesé sur le sort de la population civile, notamment en ce qui concerne de graves violations des normes de protection des personnes ne participant pas aux hostilités.

Chapitre II : De l'application du droit international humanitaire aux Entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) ainsi qu'au déploiement des drones armés

⁶¹⁷ Cf. *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.

⁶¹⁸ M. FINAUD, « L'abus de la notion de « combattant illégal » : Une atteinte au droit international humanitaire », *RGDIP*, 2006-4, p. 863.

420. La notion de participation directe aux hostilités a une portée assez large mais, elle reste, tout de même, beaucoup plus restreinte que celle de participation à l'effort de guerre⁶¹⁹. Pour Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, « *par actes d'hostilité, il faut entendre les actes qui, par leur nature et leur but, sont destinés à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées* »⁶²⁰. L'approvisionnement en armes ou le montage d'armement pour les opérations militaires même à une certaine distance géographique de la ligne de front fait nettement partie de cette participation⁶²¹. En l'absence de la distinction en DIH entre les actions offensives et défensives, il n'est pas par conséquent exclu de qualifier l'action des EMSP de participation directe aux hostilités au motif qu'elles offrent uniquement des services de sécurités⁶²².

421. La conduite de la « guerre contre le terrorisme » par la coalition américano-britannique s'inscrivait dans un contexte géopolitique propice à l'implication dans de différents conflits armés des entités privées armées, communément appelées entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) ou sociétés militaires privées (SMP). Le premier terme a été inscrit dans le Document de Montreux du 17 septembre 2008, qui les définit comme étant des entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et ou de sécurité. Alors que le dernier a été utilisé puis défini par Olivier DELAS et Marie-Louise TOUGAS comme un terme englobant « *toutes les compagnies qui offrent des services, y compris des services de sécurité, se rapportant directement à l'activité militaire et à son organisation* »⁶²³.

⁶¹⁹ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN, (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR*, Martinus Nijhoff, Genève, La Haye, 1986, paragraphe 1679 [Sandoz et al., *Commentaires des Protocoles additionnels*].

⁶²⁰ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN, (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR*, Martinus Nijhoff, Genève, La Haye, 1986, paragraphe 1942 [Sandoz et al., *Commentaires des Protocoles additionnels*].

⁶²¹ A. McDONALD, « The Legal Status of Military and Security Subcontractors », in R. ARNOLD, P.-A. HILDBRAND, dir., *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflict, Changes and Challenges*, Lausanne Edis, 2005, 215, pp. 235-238.

⁶²² Art. 49 du premier Protocole additionnel aux quatre CG de 1949.

⁶²³ O. DELAS, M.-L. TOUGAS, « Quelques réflexions entourant la participation des compagnies militaires privées aux conflits armés » (2007) *RQDI* (Hors-série) 49, p. 50.

422. Mais pour l'intérêt de ce travail et pour éviter toute ambiguïté sémantique éventuelle, nous utiliserons celui retenu par le Document de Montreux c'est-à-dire l'EMSP⁶²⁴. Rappelons qu'aujourd'hui, ces entités non étatiques échappent complètement à toute définition juridique consensuelle en raison probablement de la multiplicité de services qu'elles offrent aux différents « acteurs contractants » (gouvernements, entreprises, organisations internationales et non gouvernementales, etc.)⁶²⁵.

423. Ceci étant, la participation d'acteurs privés dans les conflits armés ne remonte pas au déclenchement de la « guerre contre le terrorisme ».

424. En effet, l'une des facettes de notre histoire est profondément jonchée par une succession plus ou moins chronologique d'étapes sanglantes marquées par la multiplication des conflits armés. En fait, la guerre a toujours été inscrite assidument dans notre quotidien, le comble de ce cheminement de violences odieuses n'a pas toujours été entretenu par des entités publiques incarnées par les prérogatives de l'Etat—l'armée. L'institution dont les tâches font partie intégrante des missions régaliennes de celui-ci.

425. L'histoire nous enseigne que l'exercice de la violence a, de tout temps, été mandaté à des acteurs privés hétérogènes, parmi lesquels les corsaires, les mercenaires ou encore les compagnies marchandes. Pour la cohérence des idées qui feront l'ossature de ce travail, on braquera un regard particulièrement convergent et circulaire sur les mercenaires en raison du lien qui est souvent établi à tort ou à raison entre ceux-ci et les membres des EMSP.

426. En effet, l'implication des acteurs privés dans les conflits armés par le biais des organisations non étatiques ne date pas d'aujourd'hui. Elle daterait même des

⁶²⁴ Le Document de Montreux consacre les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des Entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant des conflits armés.

⁶²⁵ O. Delas, M.-L. TOUGAS, « Quelques réflexions entourant la participation de compagnies militaires privées aux conflits armés », *RQDI*, (Hors-série), p. 50.

origines des conflits armés⁶²⁶. Pour en savoir plus, il suffit de remonter à l'époque médiévale au cours de laquelle le phénomène de mercenariat avait atteint son apogée. A tel point que, certains utilisent même la qualification expressive d' « âge d'or » pour signifier le degré de son paroxysme⁶²⁷.

427. Ce besoin du mercenaire va permettre l'officialisation des missions du mercenaire via le *condotta*—le contrat, qui accorda à celui-ci la légalité dans son action⁶²⁸. C'est ainsi qu'au fil du temps, au XVII^e siècle, d'après P. W. SINGER, l'exercice de la violence devint une exclusivité de l'entreprise capitaliste⁶²⁹. C'est très justement dans le droit fil de ce que souligne SINGER que Thomas DRUETZ résumait qu' : « [A] la fin du Moyen-âge, le mercenaire n'était plus un simple aventurier isolé qui vivait de son épée ; il s'agissait d'un combattant spécialisé dans le maniement d'une arme, intégré à plus ou moins long terme au sein d'une corporation (guildes, compagnies, lances libres, condottieri, phalanges, landsknecht,...) qui signait des contrats au plus offrant. Ces entités se sont stabilisées et institutionnalisées ; d'une occupation individuelle et temporaire, le mercenariat est devenu un métier corporatif permanent »⁶³⁰.

428. Il faut rappeler brièvement que l'Empire égyptien était le premier dans l'histoire humaine à connaître la première génération de mercenaire avant qu'elle ne se répande dans d'autres civilisations de l'époque comme la civilisation grecque, romaine, carthaginoise⁶³¹. Au fil des années, il a fini par prendre des formes diverses, si bien que le Pape disposait lui aussi d'une garde pontificale⁶³². Elle était donc composée de mercenaires dès le début du XVI^e siècle. A cette époque, l'Etat n'était pas encore

⁶²⁶ E. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1978, pp. 5-21.

⁶²⁷ *Ibid*, p. 10.

⁶²⁸ P. W. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca, Cornell University Press, 2003, p. 22.

⁶²⁹ *Ibid*, p. 28.

⁶³⁰ T. DRUETZ, *La contractualisation de compagnies militaires privées dans la guerre : Retour à l'utilisation des mercenaires ou nouvelle configuration de l'exercice de la violence légitime ?*, Mémoire de maîtrise en études internationales, Université Laval, 2009, [non publié], p. 13.

⁶³¹ P. CHAPLEAU, *Les mercenaires : De l'Antiquité à nos jours*, Ed. Ouest France, Coll. Histoire, Rennes, 2006, p. 9.

⁶³² La garde pontificale était composée d'étrangers dont la mission était d'assurer la défense des Etats pontificaux. Cette garde avait une forte connotation suisse et existe encore de nos jours sous le nom « garde suisse ». Elle s'occupe de la protection rapprochée du Pape ainsi que de l'Etat du Vatican.

considéré comme l'entité détenant le pouvoir discrétionnaire de l'exercice de la violence légitime, car en effet la conception prônée par Max WEBER qui consistait à octroyer à l'Etat le monopole de la violence légitime n'est qu'une considération récente en relations internationales⁶³³. Pire encore, cette conceptualisation de la violence légitime en tant qu'apanage exclusif de l'Etat qui considère le combattant régulier comme l'acteur exécutif de cette violence sur le champ de bataille est, selon SINGER, qu'une illusion⁶³⁴.

429. Mais, tout changera au début du XVII^e siècle avec l'avènement des Etats modernes en occident. On observait à cette époque une nette existence des soldats étrangers dans les armées nationales ou populaires. C'est précisément à cette époque, disant entre la guerre de Cents Ans et celle de Trente Ans (1618-1648) que, la conscription et l'avènement du soldat ont fait leur apparition dans la sphère de l'Etat. Dit autrement, les mercenaires sont progressivement intégrés dans les armées nationales.⁶³⁵

430. Ainsi qu'intervient le passage transitoire allant de l'armée dite « multinationale » à une autre dite « nationale ». C'est dans ce contexte particulier qu'apparaît le concept de citoyen-soldat, un concept qui finira par se matérialiser à travers le Discours prononcé par Edmond Louis Alexis DUBOIS-CRANCE dans lequel il affirmait qu' « *[e]n France, tout citoyen doit être soldat, et tout soldat citoyen* »⁶³⁶. C'est en suivant ce tracé conceptuel que fut née la loi Jourdan-DELBREL du 5 septembre 1798, qui instaura la « conscription obligatoire et universelle »⁶³⁷.

⁶³³ M. WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, Free Press, New York, 1964, 154 (Selon le Sociologue allemand, l'un des prérogatives fondamentaux de l'Etat réside dans sa capacité à déployer à l'intérieur de son propre territoire, à « *successfully uphold a claim to the monopoly of the legitimate use of physical force in the enforcement of its order* »).

⁶³⁴ P. W. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca, Cornell University Press, 2003, p. 19.

⁶³⁵ T. DRUETZ, *La contractualisation de compagnies militaires privées dans la guerre : Retour à l'utilisation des mercenaires ou nouvelle configuration de l'exercice de la violence légitime ?* Mémoire de maîtrise en études internationales, Université Laval, 2009, p. 13.

⁶³⁶ E. L. A. DUBOIS-CRANCE, Discours prononcé devant l'Assemblée nationale française, le 12 décembre 1789. Il est ici repris par Thomas DRUETZ, *La contractualisation de compagnies militaires privées dans la guerre : Retour à l'utilisation des mercenaires ou nouvelle configuration de l'exercice de la violence légitime ?*, Mémoire de maîtrise en études internationales, Université Laval, 2009, p. 15.

⁶³⁷ « Aux armes citoyens ! ». C'est la Révolution française qui instaure la conscription, soit la réquisition par l'Etat d'une partie de ses citoyens à des fins militaires. Auparavant, sous l'Ancien régime, l'armée était

431. C'est dans ce contexte évolutif que l'Etat prend de plus en plus d'épaisseur. Le changement progressif du concept d'Etat intervient très nettement lors de l'édification des traités de Westphalie de 1648. A la suite de ces traités que l'Etat acquiert le monopole de la force militaire comme étant son attribut essentiel et exclusif. C'est dans ce sens que, le Professeur Eric DAVID souligne qu' « [A]u XVIII^e siècle, le statut de la guerre et la forme des armées subissent des changements profonds. La guerre est définitivement reconnue comme un monopole d'Etat »⁶³⁸. En obtenant ce monopole de la violence légitime, l'Etat fera face à une nouvelle génération de mercenaires au lendemain de l'accession à l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.

432. Cette deuxième génération de mercenaires interviendra au lendemain de la colonisation en Afrique⁶³⁹. Le duel sécuritaire (1956-1977) auquel l'Afrique avait fait face au lendemain des indépendances (1960-1990) va entamer la pratique des coups d'Etat dont le nombre atteint 70 ans⁶⁴⁰. C'est au cours de ces années que, les principaux acteurs en la matière entrèrent en jeu en s'illustrant dans différents conflits internes africains⁶⁴¹. Il s'agit des Français Bob DENARD et Antoine de SAINT-PAUL, les Belges Jean SCHRAMME et Christian TAVERNIER, le Britannique Michaël HOARE, l'Allemand Rold STEINER.

433. Cette nouvelle génération de mercenaires avait pour objectif de casser les mouvements de libération nationale. Pour faire face à ces pratiques d'un autre temps, gage de danger potentiel, la Communauté internationale mettra en place un ensemble d'instruments juridiques internationaux afin d'endiguer tant bien que mal ce phénomène tendancieux. En effet, le 8 juin 1977, le PAI aux quatre CG du 12 août 1949

composée de professionnels. La loi Jourdan-DELBREL du 5 septembre 1798 officialise la « conscription universelle et obligatoire » de tous les français âgés de 20 à 25 ans. « *Tout Français est soldat et se doit à la défense de sa patrie* » précise l'art. 1 de la loi qui permettra notamment d'alimenter les armées napoléoniennes jusqu'en 1815.

⁶³⁸ E. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1978, p. 11.

⁶³⁹ P. CHAPLEAU, *Les Sociétés militaires privées : Enquêtes sur les soldats sans armées*, éd. Du Rocher, Coll. L'Art de la guerre, Rennes, 2005, p. 31.

⁶⁴⁰ *Ibid*, pp. 65-68.

⁶⁴¹ J.-J. CECILE, *Les chiens de guerre de l'Amérique, Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, Nouveau Monde, 2008, pp. 16-17.

fut adopté⁶⁴². Il vise à protéger des victimes des CAI contre la dangerosité des activités de mercenaires⁶⁴³. Il est cependant important de rappeler que ce phénomène perturbant de mercenariat n'a été intégré dans l'agenda du droit international que dans un passé récent. En effet, c'est lors de la tentative de sécession du Katanga (RDC), à l'orée des années soixante que, le mercenariat est devenu une problématique juridique internationale soulevant ainsi des questions d'ordre juridique⁶⁴⁴.

Pour ce faire, l'AGNU adopte plusieurs résolutions dont la résolution AG 2465 (XXIII) condamnant l'utilisation de mercenaires dans le cadre de mouvements de libération nationale : « *La pratique consistant à l'utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance est un acte criminel et que les mercenaires eux-mêmes sont des criminels hors-la-loi, et demande aux gouvernements de tous les pays d'adopter des lois déclarant crimes punissables le recrutement, le financement et l'instruction de mercenaires sur leur territoire et interdisant à leurs ressortissants de s'engager comme mercenaires* »⁶⁴⁵. La trame de cette résolution sera reprise dans le *Déclaration de Principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*⁶⁴⁶.

434. L'Afrique considérée comme le continent le plus touché par ce phénomène, consciente de la portée du danger que représentait le mercenariat va à travers l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) adopté, la *Convention sur l'élimination*

⁶⁴² Deux PA aux CG ont été signés le 8 juin 1977.

- Le premier PA appelé « PA aux CG du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (PAI) » ratifié par 163 Etats.

- Le deuxième intitulé « PA aux CG du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (PAII) » a été ratifié par 167 Etats.

⁶⁴³ V. Art. 47 al. 2 du PA I, « Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne »: c) « *qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ;* ».

⁶⁴⁴ E. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1978, p. 229.

⁶⁴⁵ *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. AG 2465 (XXIII), Doc. Off. AGNU, 23^e sess., Doc. NU A/RES/2465 (1968).

⁶⁴⁶ Il est en effet stipulé que : « Chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat ». *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution AG 2625 (XXV), Doc. Off. AG NU, 25^e sess., annexe, point 85, Doc. NU A/8082 (1970) 132.

du mercenariat en Afrique⁶⁴⁷. Dans la même lancée, l'AGNU adopta à son tour, la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires*⁶⁴⁸.

435. En parallèle des initiatives qui se prennent ici et là, se développe sous l'effet de l'« affermissement de l'Etat moderne » pour reprendre les termes employés par Eric DAVID, le droit de la neutralité⁶⁴⁹. L'objectif consisterait à « faire preuve d'impartialité à l'égard d'un conflit armé en s'abstenant d'intervenir en faveur d'un belligérants »⁶⁵⁰. Devant ce développement du droit de neutralité, l'Etat se trouve en quelque sorte amputé de la possibilité d'utiliser le principe de « déni plausible » datant du XVII^e siècle à chaque fois qu'il est impliqué illicitement dans un conflit armé⁶⁵¹.

436. Pour s'attaquer fermement au mercenariat les Etats-Unis codifièrent pour la toute première fois le dernier principe des trois principes fondamentaux du droit de neutralité. En effet, dès 1793, Georges WASHINGTON proclamait que : « *Whosoever of the citizens of the United States shall render himself liable to punishment or forfeiture under the law of nations by committing, aiding, or abetting hostilities against any of the said powers, or by carrying to any of them those articles which are deemed contraband by the modern usage of nations, will not receive the protection of the United States against such punishment or forfeiture* »⁶⁵². C'est ainsi qu'en 1794, les Etats-Unis se

⁶⁴⁷ Rappelons en passant que l'OUA a été dissoute en janvier 2000 au profit de l'Unité Africaine (UA).

⁶⁴⁸ La résolution 44/34 du 4 décembre 1989 de l'AGNU. Toutefois, deux textes relatifs aux mercenaires adoptés avant cette date méritent d'être signalés. Il s'agit notamment de l'art. 47 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, et la Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique, adoptée par l'Organisation de l'union africaine (OUA), à Libreville, le 3 juillet 1977.

⁶⁴⁹ E. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1978, p. 29.

⁶⁵⁰ *Idem.*, p. 32.

⁶⁵¹ Selon la définition de Thomas DRUETZ, le « déni plausible » est une « technique qui désigne le fait qu'un Etat qui délègue l'exercice de la violence à des acteurs privés peut facilement nier sa responsabilité dans certains actes qu'il prétend ne relever que du privé ». T. DRUETZ, *La contractualisation de compagnies militaires privées dans la guerre : Retour à l'utilisation des mercenaires ou nouvelle configuration de l'exercice de la violence légitime ?*, Mémoire de maîtrise en études internationales, Université Laval, 2009, p. 16.

⁶⁵² Georges WASHINGTON, *Proclamation 4—Neutrality of the United States in the War Involving Austria, Prussia, Sardinia, Great Britain, and the United Netherlands Against France*, 22 avril 1793, en ligne: The American Presidency Project <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=65475&st=neutrality&st1=act#axzz1jS162aBL>> (consulté en décembre 2011).

dotait du *U. S. Neutrality Act* (lois sur la neutralité adoptées par le Congrès des Etats-Unis dans les années 1930)⁶⁵³.

437. Cette initiative américaine avait un impact considérable sur les mesures prises successivement par plusieurs Etats européens. Ces derniers interdisaient l'enrôlement de leurs ressortissants dans des armées étrangères. Ces mesures ne visaient pas principalement le mercenariat mais, elles ont eu néanmoins le mérite d'être prises en contribuant indirectement à la mise en place des mesures restrictives contre le mercenariat au niveau international⁶⁵⁴.

438. Toutefois, il est important de rappeler que les lois relatives au droit de neutralité furent largement critiquées du fait de l'absence de distinction dans les belligérants entre Etat agresseur et Etat victime ; avant qu'elles ne furent abrogées en 1941 en raison d'attaques de sous-marins allemands contre les navires marchands américains et surtout de l'attaque japonaise sur *Pearl Harbor*.

439. Ainsi souligne Eric DAVID, les premières réflexions doctrinales de droit international en matière de mercenariat se fondent particulièrement sur les valeurs conceptuelles basées essentiellement sur la justice de la cause. Ainsi que du respect de la souveraineté⁶⁵⁵. L'ordre juridique international régit le principe relatif au respect de la souveraineté étatique comme l'un des principes *sacro saints* du droit international⁶⁵⁶.

440. Il soumet de ce fait aux Etats certaines obligations à caractère contraignant afin d'éradiquer les activités des mercenaires et des forces armées irrégulières. C'est dans le sens de ces obligations que la décision rendue

⁶⁵³ *An act in Addition to the Act of the Punishment f Certain Crimes Against the United States*, c. 50, 1 Stat. 381.

⁶⁵⁴ J. E. THOMSON, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-Building and Extra territorial Violence in Early Modern Europe*, Pinceton, Princeton University Press, 1994, pp. 79-84 ; pour une approche différente, voir, Sarah PERCY, *Mercenaries : The History of a Norm in International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 78-80.

⁶⁵⁵ E. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1978, pp. 26-120.

⁶⁵⁶ Art. 2 (1) de la *Charte des Nations Unies, Conférence des Nations Unies pour l'Organisation internationale*, San Francisco, 26 juin 1945.

antérieurement par la CIJ, en date du 9 avril 1949, que la substance de celle-ci requiert toute sa pertinence. En effet, il ressort de cette décision l'interdiction de transformer le territoire national en lieu de préparation des actes internationalement illicites contre un Etat tiers⁶⁵⁷.

441. Toutes ces initiatives juridiques conventionnelles forment une digue de protection contre la marée montante provoquée par la « vague mercenaire » en tentant de la repousser loin du littoral des conflits armés⁶⁵⁸. Mais, malgré toute précaution prise, cette nouvelle vague dont la constante est jusqu'à présent à marée montante en envoyant des signaux via ses interventions d'envergures. Cette fois-ci, elle est à dimension privatiste qu'Olivier HUBAC appellera « *mercenariat entrepreneurial* » : celle des EMSP⁶⁵⁹. C'est une catégorie qui représente en effet la troisième génération des mercenaires. On peut ainsi dire, que les EMSP n'ont pas non seulement changé totalement la physionomie de la guerre entre le XX^e et XXI^e siècles⁶⁶⁰. Mais ont également, de par leur apparition dans des conflits armés ébranlé dans certaines mesures la conception pertinente wébérienne, selon laquelle l'Etat aurait le monopole de la violence physique légitime⁶⁶¹.

442. Elle est cependant, pour l'instant, indétectable des « radars du droit » si bien qu'elle ne figure dans aucun texte contraignant en droit international. Ce dernier doit tout d'abord traiter un problème nouveau, c'est-à-dire quelles sont des réponses juridiques susceptibles d'être apportées. Ensuite, tenter de déterminer si le droit

⁶⁵⁷ CIJ, 9 avril 1949, *Affaire du Détroit de Corfou* (fond) Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), CIJ, rec. 4, p. 22.

⁶⁵⁸ Cf. Art. 6 de la Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique ; art. 5 de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires.

⁶⁵⁹ O. HUBAC (dir.), *Mercenaires et polices privées ; la privatisation de la violence armée*, Universalis, 2005, p. 21. V. aussi, Georges-Henri BRICET DES VALLONS, *Irak, terre mercenaire, Les armées privées remplacent les troupes américaines*, Favre, Lausanne, 2009, p. 29.

⁶⁶⁰ Durant tout le long de notre réflexion, nous utiliserons l'expression Sociétés militaires privées (SMP) pour désigner ces Sociétés privées offrant des services liés à la défense et à la sécurité. D'autres termes sont utilisés dans la littérature consacrée au phénomène : Compagnies militaires privées (CMP), Entreprises militaires privées (EMP). Nous entendons par SMP, toute structure privée délivrant des offres de services de sécurités et de défense se rapportant à l'activité militaire, au soutien dans ce domaine et à l'organisation de cette activité.

⁶⁶¹ M. WEBER, *Le savant et le politique* (1919), La Découverte, Coll. Poche Sciences humaines et sociales, Paris, 2003.

applicable est adapté aux objectifs sociaux qui lui sont assignés. Dit autrement, déterminer si l'émergence d'une nouvelle entité privée active dans l'exercice de la violence légitime nécessiterait, à elle toute seule, un droit spécifiquement applicable ?

443. Pendant que les interrogations sur le droit applicable sont émises, les EMSP connaissent une ascension fulgurante.

444. En effet, depuis les années 90, on compte environ plus de 90 EMSP en activité à la seule Afrique⁶⁶². Leur implication dans des conflits contemporains n'est plus à démontrer, car trop visible. Il suffit de voir comment les Etats, les ONG, et bien d'autres acteurs, continuent de solliciter sans la moindre hésitation des services qu'offrent ces entités privées. Bref, l'appel à des EMSP devient une nécessité presque incontournable lorsqu'il s'agit par exemple de faire face aux problèmes de sécurité auxquels les humanitaires et bien d'autres fonctionnaires internationaux sont souvent confrontés dans des zones alimentées par de conflits armés⁶⁶³. On peut rappeler par exemple l'appel de l'ONU aux EMSP afin d'assurer la protection de son personnel ainsi que son installation en République Démocratique du Congo (RDC)⁶⁶⁴. Le CICR n'est pas, lui aussi, resté en marge d'une telle sollicitation. Il a également sollicité les services des EMSP lors de sa mission en Sierra Leone⁶⁶⁵.

445. Cependant, la période qui a suivi la guerre froide fut marquée par la disparition des guerres classiques qui opposaient des Etats entre eux avec un degré de violence exacerbé, remplacé par une intensité des conflits armés de plus en plus décroissante comme l'indique *Human Security Report*⁶⁶⁶. Cette période marquée par la

⁶⁶² J. MARGUIN, « Privatisation des forces armées, une évolution inéluctable ? », *L'Armement*, n° 69, mars 2000, p. 2.

⁶⁶³ Après avoir été mis hors de danger les observateurs de l'ONU par les employés de la EMSP (*Executive Outcomes*) en mars 1996, en Sierra Leone, l'ancien Secrétaire adjoint de l'ONU, James JONAH avait déclaré en qualifiant les employés d'*Executive Outcomes* de « (...) disciplinés et efficaces, qui épaulent le gouvernement légal dans la lutte contre le banditisme des plus vicieux (...) leur passé importe peu. Je les juge sur leur action, ici et maintenant », V. à cet effet, Vincent HUGUEUX, « Les nouveaux chiens de guerre », *l'Express*, Paris, 2 mai 1996. <http://www.lexpress.fr/actualite/monde/afrique/les-nouveaux-chiens-de-guerre494002.html>

⁶⁶⁴ A. K. THOMAS, « The news mercenaries and the Privatization of Conflict », *Parameters*, 1999.

⁶⁶⁵ P. W. SINGER, *Le Temps*, 30 avril 2004 : Le CICR a embauché *Lifeguard* pour assurer la protection de son personnel et ses installations au Sierra Leone.

⁶⁶⁶ *Human Security Report-2005. Human Security Center.*

décroissance de l'intensité des combats a en revanche laissé place à une évolution exponentielle du nombre variable de conflits armés. Cette évolution est extrêmement liée à l'émergence des nouvelles formes de menaces incarnées par le terrorisme international dans son ensemble. Tout ceci a pour corollaire l'utilisation des armes prohibées par l'arsenal juridique de Genève—DIH. Cette utilisation excessive des « armes hors la loi » met en péril la paix et la sécurité internationales comme le mentionnait l'ONU dans l'une de ses résolutions prises au lendemain des attentats du 11 septembre 2001⁶⁶⁷.

446. Pour faire face à cette menace, la plupart des grandes puissances parmi lesquelles les Etats-Unis, ont déployé de grands moyens militaire afin d'endiguer ce phénomène dont les instigateurs sont des ennemis appartenant à des entités non étatiques difficiles à neutraliser. Les cas des interventions américaines en Afghanistan puis en Irak en sont de parfaites illustrations.

447. C'est donc dans ce contexte international post 11 septembre que se dessinait petit à petit l'image d'une réelle émergence des conflits armés du genre « guerre contre le terrorisme » qualifiés quasi unanimement d' « asymétriques » dans lequel s'inscrivait l'essor sinon la montée en puissance des EMSP. Cette montée en puissance des EMSP dans des conflits armés a d'ailleurs permis à certains auteurs à considérer la participation directe aux hostilités des membres des EMSP de « privatisation de la guerre » ou de son « externalisation »⁶⁶⁸.

448. De ce point de vue, il est aisé d'admettre que la « guerre contre le terrorisme » a contribué à la prolifération de nouvelle catégorie d'acteurs privés dans des conflits armés—EMSP. De même, le passage prématuré des drones dont l'utilisation se limitait à la récolte des informations (renseignement) à un nouveau rôle celui de son utilisation dans la bataille armée au même titre que les avions de combat. La participation de ces acteurs soulève légitimement des interrogations quant à leur encadrement juridique dans les conflits armés.

⁶⁶⁷ Résolution 1373 du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 28 Septembre 2001.

⁶⁶⁸ N. HAUPAIS, « Les enjeux juridiques de la « Privatisation de la guerre », *AFDI*, LV-2009-CNRS Editions, Paris, p. 87.

449. Les EMSP étaient devenues dans cette « guerre contre le terrorisme » une sorte d'extension de l'armée américaine sur les théâtres d'opérations⁶⁶⁹. Le Pentagone avait implicitement admis leur implication dans l'accomplissement des tâches périphériques de l'armée américaine⁶⁷⁰. C'est ainsi que les conflits en Afghanistan et en Irak furent l'un des plus grands théâtres d'opérations pour ces « *soldats sans armées* » pour reprendre l'expression utilisée par Philippe CHAPLEAU⁶⁷¹.

450. L'implication des EMSP et le déploiement des drones armés sur le champ de bataille posent un problème majeur à savoir : l'encadrement juridique des employés des EMSP dans leur participation aux hostilités (Section I), il rappelle ainsi la nécessité d'appliquer le DIH au déploiement des drones armés sur le champ de bataille (Section II).

Section I : De l'encadrement juridique des employés des entreprises militaires et de sécurité privée dans leur participation aux hostilités

451. L'application du DIH dans la pratique de la « guerre contre le terrorisme » dépendait en partie de la détermination des acteurs impliqués dans ce conflit armé. Parmi ces acteurs actifs, on pouvait compter entre autres les employés des EMSP dont le statut en DIH soulève énormément d'interrogations. La détermination du statut juridique de ces acteurs d'un genre nouveau doit logiquement précéder toute application des règles du DIH dans ce conflit armé. Dans cette section, on abordera la question relative à la détermination du statut juridique des employés des EMSP au

⁶⁶⁹ J. SCAHILL, *Blackwater, L'ascension de l'armée privée la plus puissante du monde*, Actes Sud, 2008, p. 67.

⁶⁷⁰ G.-H. BRICET DES VALLONS, *Irak, terre mercenaire Les armées privées remplacent les troupes américaines*, Favre, Lausanne, 2009, pp. 24-28.

⁶⁷¹ V. le Titre de son ouvrage, P. CHAPLEAU, *Les Sociétés militaires privées : Enquêtes sur les soldats sans armées*, éd. Du Rocher, Coll. L'Art de la guerre, Rennes, 2005, 310 p.

regard du DIH (paragraphe I). On montrera ensuite dans quelle mesure le DIH est applicable à ces acteurs (paragraphe II).

Paragraphe I : Le statut juridique des employés des entreprises militaires et de sécurité privée

452. Les employés des EMSP sont souvent considérés comme des mercenaires en raison de l'ambiguïté de leur statut et, du fait que leur mode opératoire guerrier soit quasi identique. L'objectif de ce paragraphe est avant tout d'écartier l'amalgame, puis de déterminer le statut des employés des EMSP. Car enfin, le statut des mercenaires leurs colle souvent injustement à la peau.

453. Le manque de précision juridique claire sur le statut des employés des EMSP permet à certaines intelligences à attribuer à ceux-ci le statut à connotation péjorative de « mercenaire ». Cette attribution de ce statut aux employés des EMSP n'est pas sans conséquences. En cas de captures, ils sont brutalement châtiés. En effet, ils sont souvent victimes d'une très grande violence comme fut le cas lors du lynchage de Fallouja en Irak⁶⁷².

454. Les EMSP sont considérées comme des entreprises de mercenariat, leurs employés agissent de ce fait comme des mercenaires et devaient être traités comme tels⁶⁷³. C'est cette approche qui a poussé Marie-Louise TOUGAS à citer les lignes du site internet Wikipédia : « *Aujourd'hui, les mercenaires sont principalement embauchés dans des Sociétés militaires privées (EMSP), parfois en renfort d'une milice. On les retrouve aussi bien dans des conflits comme la guerre civile de Sierra Leone (Executive Outcomes), comme en Afghanistan (DynCorp) ou encore en Irak (Military Professional Resources*

⁶⁷² Cf. *Le Monde*, 2 avril 2004.

⁶⁷³ M.-L. TOUGAS, *Droit international, Sociétés militaires privées et conflit armé. Entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 112-113.

Inc, Blackwater, Erinyes »⁶⁷⁴. Cette considération des employés des EMSP est reprise dans le Rapport de la Commission vérité-réconciliation de la Sierra Leone dans lequel il est mentionné : « *The participation of mercenaries in the conflict (Gurkhas, Sandline, Executive Outcomes) has been widely documented. The use of mercenaries is not a 'war crime', and as such it is clearly outside the jurisdictional purview of the Special Court. But the use of mercenaries is condemned by international declarations and treaties, and is clearly discouraged by the relevant international humanitarian law instruments. It may arguably be described as an 'abuse' of 'international humanitarian law', but perhaps one that is confined to international armed conflict* »⁶⁷⁵.

455. Pourtant, le PA I en son art. 47, de par ses conditions cumulatives, soustrait systématiquement des employés des EMSP du qualificatif à connotation péjorative de mercenaire qui ne permet pas à celui-ci d'en bénéficier de la protection accordée par le statut de combattant et de PG en cas de capture⁶⁷⁶. Il est important de rappeler en passant que, certains principes ont permis l'adoption de certaines normes internationales dont celles du PA I qui définissent spécifiquement ce que c'est qu'un mercenaire⁶⁷⁷. Certes, il n'interdit pas le recours aux mercenaires. Mais, il spécifie qu'ils n'ont pas droit au statut de combattant ni de PG. En revanche, il laisse cependant une marge de manœuvre aux Etats qui le souhaiteraient de leur accorder néanmoins ce statut d'en décider⁶⁷⁸.

456. Juridiquement parlant, les mercenaires et les membres des EMSP font l'objet de dispositions bien distinctes et soumis à des régimes statutaires complètement différents. Certes, leur intervention dans des conflits armés

⁶⁷⁴ Wikipédia : L'encyclopédie libre, en ligne : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Mercenariat>, toujours disponible jusqu'en juin 2010. Il est fort probable que cette rubrique ait changé depuis. Mais son contenu semble être le même.

⁶⁷⁵ « Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission » (2004) Volume 1, p. 12, para. 16, disponible en ligne : <http://www.trcsierraleone.org/pdf/FINAL%20VOLUME%20ONE/VOLUME%20ONE.pdf>, était toujours disponible en septembre 2009 ».

⁶⁷⁶ H. GHERARI, « Le mercenaire », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELET (éd.), *Droit international pénal*, Paris, A. Pedone, 2000, pp. 470-471.

⁶⁷⁷ Art. 47 du PA I.

⁶⁷⁸ M.-L. TOUGAS, *Droit international, Sociétés militaires privées et conflit armé. Entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 117.

contemporains semble identique⁶⁷⁹. La différence de traitement entre ces deux acteurs est relativement différente en raison de leur implication dans des conflits armés de l'époque. En effet, le *Règlement concernant des lois et coutume de guerre* s'inscrit pleinement dans une logique protectrice qui consisterait à accorder la protection aux membres des milices ainsi qu'aux groupes de volontaires et mouvement de résistance organisés⁶⁸⁰.

457. On retrouve cette catégorie de combattants lors de la Deuxième Guerre mondiale. Le but était d'accorder particulièrement une reconnaissance, en tenant compte du contexte de l'époque, aux partisans et aux mouvements de résistance qui avait joué un rôle important dans ce conflit armé. C'est ainsi que, les membres des Forces françaises libres, dirigées par le Général DE GAULLE, faits prisonniers par les troupes allemandes, se sont vus reconnaître le statut de PG du fait de leur participation aux hostilités aux côtés d'une Partie au conflit⁶⁸¹.

458. Cependant, la crainte d'utiliser le terme « Partie au conflit » dans une interprétation trop large est d'inclure dans celle-ci, puis de considérer les grandes Compagnies de mercenaires comme une « Partie au conflit ». Comme fut d'ailleurs le cas de la reconnaissance des Compagnies de mercenaires durant la Guerre de cent Ans : « Craignant [...] des interprétations abusives qui eussent pu s'étendre à des bandes armées telles que les grandes compagnies de funeste mémoire [...] les rédacteurs de la Convention de 1949 ont cru bon de spécifier qu'il s'agissait « d'un Gouvernement ou d'une Autorité non reconnus par la Puissance détentrice » ; il n'est pas dit expressément que ce Gouvernement ou cette Autorité doivent du moins être reconnus par des Etats tiers ; cette condition est cependant conforme à l'esprit de la présente disposition, fondée sur le cas particuliers des troupes gaullistes »⁶⁸².

459. La doctrine relative au droit des gens s'est intéressée avec attention au droit relatif à l'activité des mercenaires. Cette doctrine incarnée parfois par le célèbre

⁶⁷⁹ J.-J. ROCHE, *Insécurité publiques, sécurité privée ? Essais sur les nouveaux mercenaires*, Economica, Paris, 2005, p. 30.

⁶⁸⁰ Art. 1 de la V^e Convention de La Haye.

⁶⁸¹ *Ibid.*, pp. 30-31.

⁶⁸² J. PICTET (dir.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1958, p. 71.

concept de la « guerre juste » va prôner la répression pure et simple des mercenaires. En effet, pour Hugo GROTIUS, « [...] aucun genre de vie n'est plus répréhensible que celui des individus qui, engageant leurs services à prix d'argent, font la guerre sans considération de la cause, et pour lesquels « là se trouve la justice où est le plus gris salaire » »⁶⁸³. Pour Emmerich DE VATTEL le fait que l'Etat fait adopter des lois permettant ainsi aux mercenaires de s'engager légalement est au centre de tout. Autrement dit, dès lors que la loi autorise l'activité des mercenaires alors la question ne peut plus être posée. Pour lui, les mercenaires ne sont rien d'autres que des individus étrangers qui s'engagent de leur plein gré pour une motivation pécuniaire⁶⁸⁴.

460. Contrairement au recrutement dans le pays ou à l'étranger des mercenaires pour combattre dans un conflit armé, les employés des EMSP sont liés avec une entité non étatique par le biais d'un contrat qui définit leurs missions—ils sont donc embauchés pour exécuter des missions définies par le contrat. De même, l'art. 47, b) définit le mercenaire comme toute personne « *qui en fait prend une part directe aux hostilités* ». En effet, ce critère de « participation directe aux hostilités » exclut de fait les employés des EMSP. En ce sens, qu'ils ne participent pas toujours directement aux hostilités.

461. Certes, leur implication au côté de la force armée d'une des Parties belligérantes impacte considérablement sur l'équilibre des forces entre les Parties au conflit. Sinon, va-t-on considérer un employé civil chargé de surveiller par exemple des installations militaires dans une zone stratégique, en l'absence de circonstances qui l'obligeraient à faire usage de son arme, comme une personne ne participant pas directement aux hostilités ?

462. Il ressort de cette interrogation l'évidence exclusion de ce critère définissant le « mercenaire », certains employés des EMSP qui assurent entre autres des missions de techniciens militaires, maintenance des armes sophistiquées etc.

⁶⁸³ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduction de P. PRADIER-FODERE en 1867, Léviathan, PUF, Paris, 1999, L.II, ch. XXV, IX, 1, pp. 568-569.

⁶⁸⁴ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, traduction de M. P. ROYER-COLLARD, Librairie diplomatique, Tome II, L. III, ch. II, paragraphe 13, Paris, 1835, pp. 84-85.

463. La portée de ce critère de « *participation directe aux hostilités* » paraît très floue car, il est difficile de déterminer à quel moment un acte peut être considéré comme une « participation directe aux hostilités » au sens de la deuxième condition de l'art. 47, *b)* du PA I.

464. Le troisième critère de ce même art. (47, *c)*) dont le caractère subjectif fait référence à l'obtention de l'avantage personnel a été adopté dans le but de soustraire de la catégorie des mercenaires, les groupes de volontaires et mouvements de résistance organisés qui s'engagent de leur plein gré pour une cause : conviction humanitaire, idéologique, politique ou religieuse etc.

465. Ces groupes armés combattaient pour le compte ou l'appui d'une Partie à un conflit sans faire Partie des forces armées pour lesquelles ils soutiennent. Ils bénéficiaient de l'aura positive des partisans et combattants de la résistance qui se sont battus en territoire occupé, en Union soviétique et en France pendant la Seconde Guerre mondiale qui en constituent l'un des exemples.

466. Cependant, il est pratiquement impossible à démontrer qu'un employé d'une EMSP prend part aux hostilités uniquement pour obtenir un avantage personnel. Les employés des EMSP peuvent toujours prétendre avoir combattu par idéalisme, une lutte contre les Islamistes radicaux etc. Une chose est certaine, ce critère ne prend pas en compte le côté pluriel et complexe des différents éléments qui compose la motivation. Il serait en effet trop réducteur toute approche basée et limitée sur le seul et unique appât du gain.

467. D'ailleurs, le Rapport de Lors DIPLOCK va dans ce sens en faisant remarquer en 1967 que le caractère virtuel consistant à déterminer avec certitude les motivations des combattants est quasiment impossible à déceler, en l'occurrence : « [...] toute définition des mercenaires qui exigerait une preuve tangible de motivation serait soit inapplicable ou inopérante, soit si arbitraire dans son application à des cas

*comparables qu'elle serait inacceptable. Le mercenaire, nous en sommes persuadés, ne peut être défini qu'en référence à ce qu'il fait, et non en référence à pourquoi il le fait »*⁶⁸⁵.

468. Cette définition consacrée à la notion de mercenaire par le droit international conventionnel en voulant établir la distinction paraît quasiment impossible à mettre en pratique : *« It is tempting to seek a "definition of mercenary" which would differentiate between volunteers such as these and the professional free-fighter; but we do not think this is practicable in a definition intended to be used in legislation for the purpose of distinguishing persons whose recruitment or enlistment is to be subject to control from other persons. The motives which influence a man to enlist in an armed force which is not that of his own country may run through the whole gamut, from sheer desire from private gain accompanied by indifference as to the cause which that force is supporting, to a conscientious conviction that the merits of that cause are so great as to justify his sacrificing his own life if need be in order to ensure that it will triumph. (...) So if enlistment as a mercenary or the recruitment of others for that purpose is to be controlled by legislation, any definition of mercenaries which required positive proof of motivation would, in our view, either be unworkable, or so haphazard in its application as between comparable individuals as to be unacceptable. Mercenaries, we think, can only be defined by reference to what they do, and not by reference to why they do it »*⁶⁸⁶. Ce Rapport recommandait donc d'interdire toute activité militaire à l'étranger pour toute personne n'étant pas au service de la Reine. Mais, le Royaume britannique n'avait pas donné suite aux recommandations dudit Rapport, au motif que celles-ci étaient susceptibles de restreindre des libertés individuelles et économiques.

469. Tant que la définition de mercenaire demeurera moins concise, l'application des textes internationaux relatifs aux mercenaires rencontrerait toujours de réelles difficultés. C'est en connaissance de cause que l'ancien Secrétaire général des

⁶⁸⁵ G. ABRAHAM, « The Contemporary Legal Environment », in *The Privatization of Security in Africa* (Ouvrage collectif), the South African Institute of International Affairs, édité par Greg MILLS et John STREMLAU, Johannesburg, mars 1999, p. 98.

⁶⁸⁶ Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries, Presented to the Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty, Londres, Oyez Press Limited, 1976, Command 6569, paragraphes 6, 7. La définition suivante du mercenaire avait été proposée par le Comité: « Any person who serves voluntarily and for pay in some armed force other than that of Her Majesty in the right of the United Kingdom ».

NU admettait qu' : « *étant donné la diversité et la complexité des conflits armés de ces 30 dernières années, le recours à cet instrument n'a pas toujours permis de qualifier comme il convenait les activités mercenaires* »⁶⁸⁷. Bref, la définition proposée par les Conventions internationales du mercenaire semble inadaptée et inopérante. Et ce, surtout avec le changement radical de la nature des conflits armés et de ses acteurs.

470. En outre, il est difficile de qualifier les employés des EMSP de mercenaire en vertu des dispositions de la Convention contre les mercenaires. En effet, en étudiant la montée en puissance des EMSP, l'ancien Rapporteur spécial BALLESTEROS est arrivé à établir la distinction entre le mercenaire et le fait qu'une entité non étatique recrute et embauche des mercenaires. Ainsi, il débouche sur la conclusion selon laquelle l'activité de cette entité (EMSP) ne serait pas nécessairement illégale : « [...] *dans certains cas, le vide et les lacunes juridiques permettent l'existence dans certains pays d'associations légalement constituées qui proposent en toute liberté des contrats à des individus qui veulent s'employer comme mercenaires, sans que la promotion, la publicité et la souscription de ces contrats soient considérées comme des faits en soi illégaux et passibles de poursuites. La lacune juridique dans ces cas réside dans le fait que la loi consacre le libre jeu des règles du marché et la liberté des contrats. Quiconque conclut un contrat avec une personne en vue de l'employer comme mercenaire n'est qu'un intermédiaire qui ne commettrait pas un acte en soi illégal et délictuel, car il ne s'ensuit pas forcément que le mercenaire reçoit de l'argent en vue de commettre une infraction, que l'infraction est perpétrée au lieu du contrat et que la loi du pays concerné associe automatiquement la présence d'une personne qualifiée de mercenaire et la conclusion d'un contrat avec la commission d'une infraction pénale. Aussi doit-on se renseigner avec circonspection et exercer un strict contrôle sur les activités liées à la conclusion de contrats avec les personnes en vue de services non définis qui s'analysent en une transaction qui débouche sur un dommage objectif dans un territoire autre que celui où*

⁶⁸⁷ Cf. Secrétaire général des Nations Unies, Doc. Off. A.G., 53^e sess., NU, Doc. NU. A/53/338, 4 septembre 1998, paragraphe 49, il soulignait en effet que : « *Le recours aux mercenaires pour porter atteinte aux droits fondamentaux et empêcher les peuples de disposer d'eux-mêmes* ».

le contrat aura été conclu, des atteintes à la souveraineté d'un Etat tiers, à la vie des personnes, à l'économie et à l'autodétermination »⁶⁸⁸.

471. Enfin, les employés des EMSP sont ni des mercenaires, ni des combattants de plein droit. Autrement dit, devant leur situation paradoxale, ils échappent au statut défavorable de mercenaire mais, ils restent privés des garanties de protection de plein droit dont bénéficient les combattants.

Paragraphe II : Le régime juridique applicable aux employés des entreprises militaires et de sécurité privée

472. La protection des employés des EMSP des conflits armés est souvent perçue comme une démarche moralement injuste et difficilement acceptable par certains, et ne cesse susciter des interrogations d'ordre juridique. Il ressort de cette perception, les réticences quasi identiques que celles qu'on a connues avant 1977 sur le guérillero ou celles qui portent aujourd'hui sur les terroristes. C'est ainsi que le Professeur M. TORRELLI rappelle en effet que : « *Le droit international humanitaire n'établit pas une distinction simpliste entre le « bourreau » et la « victime ». Certes le guerrier est celui qui par son action fait souffrir la victime ; mais le droit humanitaire est né sur le champ de bataille pour protéger le militaire qui est lui aussi une victime dès lors qu'il est mis hors de combat »⁶⁸⁹.*

473. Rappelons que la CG III en son art. 5, al. 2 et du PA I en son art. 45, paragraphe 1 et 2, accordent une protection à toutes personnes ayant commis un acte de belligérance et qui sont aux mains d'une Partie ennemie, dans l'attente d'une détermination de leur statut par un tribunal compétent, lesdites personnes bénéficient

⁶⁸⁸ Le Rapporteur spécial, M. Enrique BERNALES BALLESTEROS, conformément à la résolution 1994/7 de la Commission des droits de l'homme, Doc. Off. Com. D.H., 51^e sess., NU, Doc NU. E/CN. 4/1995/29, 21 décembre 1994 paragraphe 32.

⁶⁸⁹ M. TORRELLI, *Le droit international humanitaire*, PUF, Paris, 1989, p. 24.

du statut de PG. Cette protection accordée par ce statut n'exclut aucune catégorie de personne dont le statut n'est pas déterminé.

474. Toutefois, la détermination du statut de ces personnes par un tribunal compétent s'oriente vers certains régimes juridiques et aucuns d'entre eux ne priverait totalement celles-ci d'aucune protection. Sauf dans le cas exceptionnel des mercenaires qui restent protégés par l'art. 75 du PA I, de l'indulgence de l'Etat détenteur afin d'en bénéficier du statut de PG et, de la situation découlant d l'art. 45 du PA I qui leurs est particulièrement favorable⁶⁹⁰.

475. Les membres des EMSP peuvent bénéficier du statut de PG, ils doivent satisfaire aux exigences prévues par des dispositions de la CG III et du PA I⁶⁹¹. Si ces mêmes personnes ne participent pas directement aux hostilités, elles seront considérées comme des personnes suivant les forces armées sans en faire directement partie, elles sont alors considérées comme PG⁶⁹². Rappelons que, les art. 43 et 44 du PA I et 4 de la CG III excluent toute distinction entre les personnes tombées aux mains de l'autre Partie au conflit sur la base de leur nationalité⁶⁹³. D'ailleurs, la jurisprudence internationale relativise ce critère relatif à la nationalité. En effet, dans l'Affaire *Celebici*, la Chambre d'Appel du TPIY avait confirmé, dans son arrêt du 20 janvier 2001 que : « *La condition de nationalité posée par l'article 4 de la IV^e Convention doit être envisagée eu égard à l'objet et au but du droit humanitaire, lequel vise à assurer la protection maximale possible aux civils* ». L'art. 4 de la CG IV peut donc être interprété de façon plus large possible afin d'accorder le statut de personne protégée à un individu, même si sa nationalité est identique à celle des membres de la Puissance détentrice.

⁶⁹⁰ Cf. CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 551-568 ; p. 586.

⁶⁹¹ Art. 4 A paragraphe 2 de la CG III; 43 du I^{er} Protocole additionnel.

⁶⁹² Art. 4 A (A) de la CG III.

⁶⁹³ Rappelons que l'art. 17 de la Ve Convention de La Haye exclut toute sorte de discrimination allant dans ce sens. Et même, le Tribunal militaire de Nüremberg l'avait rappelé dans l'affaire Weizäcker. Voir en effet, la décision du 14 avril 1949, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1949, p. 355, citée par E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 410.

476. Les personnes dont le statut de combattant n'est pas reconnu du fait du non-respect des conditions prévues par l'art. 43, paragraphe 3 du PA I, ne bénéficieront pas, dans ce cas, du statut de PG. En revanche, elles seront protégées l'art. 44, paragraphe 4 du PA I : « *Tout combattant qui tombe au pouvoir d'une partie adverse, alors qu'il ne remplit pas les conditions prévues à la deuxième phase du paragraphe 3, perd son droit à être considéré comme prisonnier de guerre, mais bénéficie néanmoins de protections équivalentes à tous égards à celles qui ont accordées aux prisonniers de guerre par la III^e Convention et par le présent protocole. Cette protection comprend des protections équivalentes à celle qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la III^e Convention dans le cas où une telle personne est jugée et condamnée pour toutes infractions qu'elle aura commises* »⁶⁹⁴. En outre, le statut de PG consacré par la CG III ainsi que celui de « *personne protégée* » encadré par la CG IV ne permettent de procéder à une éventuelle évaluation comparative liée aux avantages qu'ils peuvent procurer à son bénéficiaire⁶⁹⁵.

477. Il faut rappeler en effet que les employés des EMSP peuvent dans certaines circonstances tomber sous le coup de l'art. 5 de la CG IV dans lequel sont visées, les personnes faisant l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à des actes non conventionnels pouvant porter atteinte à la sécurité de l'Etat. Dans ce cas précis, ils risquent d'être exclus des droits et privilèges accordés par les dispositions pertinentes des CG et en particulier de celles prévues par la CG IV⁶⁹⁶. L'art. 5 de la CG IV accorde à la Puissance détentrice le droit de procéder à la restriction des droits d'un « combattant illégal » dès lors qu'il est établi que celui-ci se livre à des activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Art. 44, paragraphe 4 du PA I.

⁶⁹⁵ Cf. Conseil de l'Europe, Commission Européenne pour la démocratie et le droit, Avis sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève eu égard aux nouvelles catégories de combattants apparues récemment, Avis n°245/2003, 17 décembre 2003. CDL-AD (2003) 018, paragraphe 45.

⁶⁹⁶ Par exemple ceux prévus par l'art. 143 de la CG IV.

⁶⁹⁷ Certes, l'art. 5 ne fait pas expressément référence aux « combattants illégaux », l'art. 5 de la IV^e Convention précise sans ambiguïté que les personnes fortement soupçonnées de s'être livrées à des activités hostiles contre la Puissance détentrice ou occupante sont des personnes protégées qui peuvent être dans le même temps privées de certains (mais non de la totalité) de leurs droits. La plupart des auteurs se rallient à ce point de vue, qui a été confirmé par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans l'*Affaire Delalic* (TPIY, jugement ministère public contre *Delalic* et al. IT-96-21-T, 16 novembre 1998, para.

478. Il faudra reconnaître que les impératifs de sécurité de l'Etat—dans le respect de la préservation de l'intégrité territoriale de chaque Etat, le droit de Genève créait une situation juridique totalement propre à ce type de problématique. Toutefois, il pose des limites aux marges de manœuvre accordées à l'Etat, afin de garantir le respect des droits minimaux prévus par la CG IV⁶⁹⁸. De toute façon, les employés des EMSP, du fait de la nature de leurs activités sont susceptibles de tomber sous le coup de l'art. 5 de la CG IV.

479. Adopté par consensus, l'art. 45 du PA est généralement considéré comme le prolongement du droit coutumier et préserve la pertinence des droits fondamentaux garantis par la CG IV⁶⁹⁹. Rappelons en effet, que ce régime de protection est applicable également aux employés des EMSP prenant part aux hostilités. Certes, participant aux hostilités, ils ne peuvent être considérés comme combattants du fait du non-respect des conditions cumulatives de l'art. 4 A de la CG III et, en plus ne remplissant pas les conditions de nationalité de l'art. 4 de la CG IV, les employés des EMSP se voient priver du statut de personne protégée.

480. Toutefois, en l'absence de la protection prévue par les articles précédemment cités, les employés des EMSP peuvent néanmoins être protégés par les règles de la protection diplomatique. A défaut, les art. 75 du PA I et 3 Commun au CG peuvent être applicables. L'application de ce dernier a d'ailleurs été prouvée par la CIJ, dans l'arrêt rendu dans *Affaire Nicaragua*, en considérant son application adaptable à tout type de conflit armé⁷⁰⁰. L'effectivité d'une telle application peut également intervenir en raison de l'absence de dérogation aux droits de protection notamment dans le cadre des droits de l'homme⁷⁰¹.

271). Les pratiques ambiguës des Etats qui ont été interprétées de façon contraire (par exemple Ex parte Quirin, Cour suprême des Etats-Unis, 317U. S. 1, 63 (1942) sont antérieures aux Conventions de Genève.

⁶⁹⁸ Art. 5 (3) de la CG IV.

⁶⁹⁹ Il s'agit de la reprise de l'esprit de l'art. 5 de la CG III. Voir à ce sujet, L. R. PENNA, « Customary International Law and Protocol I: Analysis of some provisions », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge* en l'honneur de Jean PICTET, C. SWINARSKI éd., CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984, p. 216.

⁷⁰⁰ CIJ, Rec. 1986 paragraphe 218, p. 114.

⁷⁰¹ La CIJ avait déjà affirmé dans son *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*, que la protection des droits de l'homme ne cesse pas en temps de guerre, sauf du fait de la mise en œuvre de dispositions autorisant certaines dérogations en période de crise nationale. CIJ, Rec., 1996, p.

481. Enfin, la protection accordée aux employés des EMSP par le DIH révèle sans aucun doute une dimension beaucoup plus universelle qu'autre chose, c'est ce que Maurice TORRELLI qualifie de « *stratégie englobante* »⁷⁰². Cette protection n'est que la subordination des « *considérations élémentaires d'humanité* » et de « *Clause de Martens* », rappelant que tout ce qui n'est pas interdit n'est pas autorisé dans un conflit armé⁷⁰³. C'est dans le droit fil de ce que vient d'être dit que Marco SASSOLI souligne pour sa part que « *les réponses aux questions dans le domaine de la protection des victimes de guerre ne doivent pas être recherchées exclusivement avec une approche purement positiviste* »⁷⁰⁴.

482. L'avancée de la technologie additionnée à la « guerre contre le terrorisme » a montré l'efficacité des drones au cours de ces interventions armées des Etats-Unis. En revanche, on oublie souvent de relever qu'il a permis également à ces engins de passer de leur rôle réservoir à la collecte des informations, à celui de la participation directe aux hostilités. Mais, le DIH est très exigeant quant aux moyens utilisés par les belligérants dans leur participation aux hostilités. C'est pour cette raison qu'on trouve juste de s'intéresser sur ce que prévoit le DIH quant au cadre légal autorisant le déploiement des drones armés sur le champ de bataille (Section II).

Section II: De la mise en place du déploiement massif des drones armés sur le champ de bataille

265 paragraphe 24. Sur le thème général de la complémentarité des droits de l'homme et du droit international humanitaire, voir notamment L. DOSWALD-BECK, S. VITE, « Le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *RICR*, n° 800, 1993, p. 99-128 ; T. MERON, « The Humanization of International Humanitarian Law », *AJIL*, vol. 94-2, 2000, p. 239-278.

⁷⁰² M. TORRELLI, *Le droit international humanitaire*, PUF, Paris, 1989, pp. 23-24 et 25.

⁷⁰³ A. CASSESE, « The Martens clause: half a loaf or simply pie in the sky? », *EJIL*, vol. 11, n° 1, 2000, pp. 187-216. Notons que selon la « *Clause de Martens* », dans les cas non prévus par les traités et le droit international coutumier, « *les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde de l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ». Cette Clause a pour origine le Préambule de la Convention de La Haye II de 1899, puis celui de la Convention de la IV de 1907. Elle est présente dans les articles 63/62/142/158 respectivement des quatre Conventions de Genève, dans l'art.1 paragraphe 2 du 1^{er} Protocole et le 4^e al. du Préambule du II^e Protocole (qui est la version « simplifiée » de la Clause).

⁷⁰⁴ M. SASSOLI, A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ? CICR*, Genève, 2003, vol. 1, p. 145.

483. Avant de s'intéresser à l'encadrement juridique des drones armés, déterminons tout d'abord les bases juridiques permettant de déterminer le statut juridique des drones armés (Paragraphe I). Ensuite, intéressons-nous à leur encadrement juridique (Paragraphe II).

Paragraphe I: Les bases juridiques permettant la détermination du statut juridique des drones armés

484. D'un côté placée sous pression de l'opinion publique américaine, l'Administration Bush devrait faire face aux pertes de plus en plus élevées des soldats américains en Afghanistan et en Irak. De l'autre, elle était contrainte d'accepter malgré tout l'inefficacité de l'appui apporté par l'armée pakistanaise à lutter contre les groupes terroristes se trouvant sur son territoire. Pour ce faire, l'Administration Bush décide d'accroître l'usage des drones armés au-delà des frontières afghane et irakienne. Ce programme va être repris et intensifié par l'Administration Obama⁷⁰⁵.

485. Le Pakistan et le Yémen sont des principaux théâtres où ces engins sans pilote sont utilisés. Ils assurent la continuité de la « guerre contre le terrorisme » sans risquer la vie des pilotes américains, dont le principal but est de traquer et éliminer de façon efficace des membres d'Al-Qaïda, ainsi que les taliban réfugiés dans des zones tribales, le long de la frontière pakistano-afghane. Leur efficacité est très souvent vantée par les Etats-Unis.

486. Le drone le plus utilisé est le *Predator* dont une déclinaison lourdement armée. Par contre, le *Reaper* est le tout nouveau venant compléter ainsi la liste de gammes déjà en service. Il a d'ailleurs démontré son efficacité après sa première

⁷⁰⁵ Obama avait autorisé, le 23 janvier 2009, disant dès le troisième jour de son mandat deux frappes à partir des drones opérés par la CIA. Au bout de neuf mois de présidence, il a donné son aval à 41 de ces frappes, ce implique une moyenne approximative d'une par semaine environ.

réussite opérationnelle intervenue en 2002 après avoir liquidé l'un des membres importants d'Al-Qaïda⁷⁰⁶.

487. L'engouement pour les drones s'est accru aux Etats-Unis après le 11 septembre 2001. Force est de constater qu'avant le 11 septembre, une personnalité diplomatique américaine dénonçait sans détour la pratique des assassinats ciblés israéliens rendus possible grâce à l'usage de ces engins⁷⁰⁷. Bien avant les attaques terroristes du 11 septembre, la CIA utilisait ces engins que pour des besoins de surveillance. Ce n'est qu'au lendemain des attentats du 11 septembre que le Président George W. BUSH ordonne leur utilisation pour des missions autres que celles consacrées à la surveillance. Ils deviennent à cet instant l'un des éléments essentiels de la « guerre contre le terrorisme ».

488. Toute arme qui ne permet pas de respecter les principes généraux du DIH (nécessité, distinction, proportionnalité, précaution et interdiction de causer des maux superflus) est interdite. En fait, c'est du fait de leur nature, c'est-à-dire de leur caractère, et non de leur utilisation comme telle qu'elles sont considérées conventionnellement comme illégales⁷⁰⁸. Cependant, certaines d'entre-elles sont interdites à cause des maux superflus qu'elles engendrent à leurs victimes ou du fait qu'elles aggravent inutilement les souffrances des combattants ennemis⁷⁰⁹.

489. Au regard du DIH, les drones armés utilisés massivement dans la « guerre contre le terrorisme » ne s'inscrivent pas parmi des armes légales. C'est l'une des raisons pour lesquelles ils sont considérés par J. HENROTIN comme la « *Figure aérienne du mal* »⁷¹⁰. Cette présomption se rattache à leur caractère spécifique qui les différencie de toute arme classique bénéficiant, quant à elle, de l'approbation de la réglementation internationale. Cette spécificité unique du drone armé se distingue par

⁷⁰⁶ Il s'agit de Qaed Salim Sinan al-Harethi, soupçonné d'avoir été impliqué dans l'attaque du *USS Cole* en octobre 2000.

⁷⁰⁷ D. C. KURTZER, Ambassadeur des Etats-Unis en Israël, en juillet 2001.

⁷⁰⁸ Par exemple : faire usage du Kalachnikov de façon indiscriminée ne fait pas d'elle une arme illégale. Sont illégales des armes qui, par nature exclu systématiquement toute discrimination possible : armes chimique et biologique, mines antipersonnel, armes à sous munitions.

⁷⁰⁹ Le cas justement des balles explosives qui éclatent à l'impact et causent par conséquent de grands dommages aux os et aux tissus.

⁷¹⁰ J. HENROTIN, « Le drone, figure aérienne du mal ? », *DSI*, Hors-série, n°30, juin-juillet, 2013, pp. 50, 52.

sa dépendance qui lui est propre à savoir l'absence totale de la présence humaine à bord et de sa capacité à pouvoir opérer à distance de sa cible. Doté de technologie sophistiquée, le drone est capable de réaliser des frappes discriminées comme le font certaines armes classiques légalement reconnues par la législation conventionnelle internationale.

490. On constate cependant que, les drones armés ne semblent violer aucun des principes fondamentaux du DIH. Ils sont certes équipés de missiles mais ces derniers sont identiques à ceux tirés par les avions prévus à cet effet. Les capteurs de précision qui leurs sont dotés les confortent dans la précision, les décisions sont prises dans un environnement calme offrant ainsi la possibilité de prendre la décision du tir à froid, plus confortable encore la possibilité de pouvoir consulter des juristes avant l'exécution de la frappe, réduisant au maximum tous dommages collatéraux. Tout ceci accroît de toute évidence des potentialités plus discriminantes, garantissant ainsi le respect du principe de proportionnalité et de précaution.

491. Si l'on revient dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme », contexte dans lequel combattants et civils ne font qu'un par défaut, à cause du fait que les combattants terroristes n'ont pas d'uniforme. Devant cette complexité, les drones se servent de leur capacité de surveillance pour mieux identifier leurs cibles. Ce qui réduit considérablement la proportion des dommages collatéraux. Toutefois, une bavure occasionnant la mort de civils ne suffit pas à elle seule de rendre une arme illégale. Car en effet, une telle arme peut résulter de l'action de n'importe quelle arme, aussi précise soit-elle. Plus encore, le droit n'interdit nullement les pertes civiles mais, plutôt des pertes dites « excessives ». Autrement dit, des pertes non proportionnées à la nécessité militaire évidente⁷¹¹. Bref, la proportionnalité ne se mesure pas par le nombre de mort mais par rapport à la nécessité militaire.

492. L'assurance garantie par la rhétorique américaine « militairement correcte » lors de la première guerre du golfe : les frappes chirurgicales et missiles

⁷¹¹ Les frappes prouvant la procuration d'un avantage militaire. C'était le cas en 1944, lorsque les forces alliées bombardèrent intensément pendant la deuxième Guerre mondiale Saint-Lô, tuèrent 1300 personnes. Ces bombardements furent considérés comme proportionnels en raison de l'avantage stratégique qu'ils procurèrent aux alliés en leurs facilitant ainsi leur débarquement.

téléguidés ; fait par conséquent que l'idée même de dommages collatéraux est de moins en moins acceptée par l'opinion publique internationale. On peut néanmoins affirmer sans risque de se tromper et, au-delà de tout doute raisonnable que, ces avions sans pilote respectent grâce à leur technologie embarquée le principe de précaution indispensable au DIH⁷¹². Contrairement à un avion classique bombardant en pleine vitesse de croisière dans lequel le pilote craint pour sa vie.

493. De tout ce qui précède, il semblerait que les drones armés sont non seulement des armes légales mais aussi susceptibles de respecter le DIH. Mais, cette assurance ne les épargne pas totalement de toute violation des principes généraux du DIH. Le drone dont le mode opératoire est exclusivement basé sur l'automatisation de plus en plus sophistiqué pose, par contre, plusieurs interrogations quant à l'adaptation de la législation conventionnelle internationale. Autrement dit, la prise en compte de cette spécificité par la réglementation internationale. Enfin, si son efficacité et sa précision sont largement saluées par les autorités américaines, il est tout de même, comme bien d'autres armes, en phase de respecter scrupuleusement les principes du DIH.

Paragraphe II : Les règles définissant le cadre légal relatif à l'utilisation des drones armés sur et au-delà du champ de bataille

494. L'utilisation des drones armés dans la « guerre contre le terrorisme » a connu un développement significatif ces dernières années. Ce qui expliquerait

⁷¹² L'exemple de l'assassinat ciblé d'Ahmed JAABARI, chef militaire du Hamas tué le 14 nov. 2012 est très frappant. En effet, dans la version vidéo de cet assassinat on voit la voiture de JAABARI avancée dans une rue principale de Gaza où plusieurs voitures stationnent. L'opérateur attend tranquillement qu'elle s'approche de l'intersection, où l'espace semble bien dégagé pour exécuter le tir. Une fois le tir exécuté, le missile fait exploser uniquement la voiture de la cible. Certes, cette frappe pouvait dans d'autres circonstances causer des dommages collatéraux ; si par exemple d'autres occupants se trouvaient à bord. En revanche, cela ne rendrait pas pour autant cette arme disproportionnée et ou illégale. Compte tenu, de l'importance de la cible et des précautions prises pour réduire au maximum les dommages civils.

d'ailleurs les difficultés de livraison des appareils commandés que connaît la Société *General Atomics Aeronautical Systems* face aux demandes croissantes du gouvernement américain⁷¹³. Mais du point de vue juridique, l'utilisation des drones armés sur le champ de bataille s'inscrit dans un champ d'application ample et imprécis (1). Et leur déploiement en dehors du champ de bataille est marqué par une absence totale d'approche universelle (2).

1- L'utilisation des drones armés sur le champ de bataille : un champ d'application ample et imprécis

495. Le DIH n'interdit pas l'utilisation des drones et ne les place pas au rang des armés frappant sans discrimination. Car les missiles utilisés par les drones sont identiques à ceux tirés par la plupart des engins militaires classiques juridiquement reconnus par le DIH. Toutefois, en l'absence de toute forme d'illicéité pesant sur eux, l'utilisation des drones armés doit être soumise aux règles de ce droit. Pour le Secrétaire des NU « *L'usage des drones armés, comme celui de toute autre arme, devrait être soumis au droit international, incluant le droit international humanitaire. C'est là la position très claire des Nations Unies. Tous les efforts devraient être mis en œuvre pour éviter les erreurs et la mort de civils.* »⁷¹⁴. Cependant, les partisans de l'utilisation des drones à l'instar du Vice-président BIDEN qui préconisait plutôt l'élargissement significatif de l'utilisation de drones à l'envoi supplémentaire des soldats en Afghanistan. Les partisans des drones estiment que leurs frappes offrent une précision incontestable.

496. Si l'intégration des drones armés dans la « guerre contre le terrorisme » devient de plus en plus préoccupante c'est parce qu'ils participent activement au

⁷¹³ J. TOUREILLE, « Les périls stratégiques et moraux du recours aux drones », *Chronique Etats-Unis*, 27 oct. 2009, p. 1.

⁷¹⁴ Déclaration du Secrétaire général de l'ONU Ban KI-Moon, de passage à Islamabad, Université nationale pour les Sciences et les technologies, le 13 août 2013.

combat comme n'importe quelle arme conventionnelle. Ceux qui soutiennent leur utilisation estiment qu'ils disposent une précision sans égale dans leurs frappes et, que cette qualité réduit au maximum le nombre de victimes et causent moins de dommages matériels par rapport aux armes classiques.

497. En revanche, il serait tout de même important de rappeler que l'utilisation des drones dans la « guerre contre le terrorisme » n'est pas sans conséquences néfaste sur les civils et le droit censé les protéger. En effet, les civils sont souvent tués à cause des frappes des drones.

498. L'opérateur du drone du fait de la distance est dépourvu de tout sentiment moral et émotionnel. Il est très vite guidé par ce qu'on appelle par la « mentalité virtuelle » que, le juriste J-B JEANGENE VILMER qualifiait de « mentalité *Playstation* »⁷¹⁵. Cette « mentalité virtuelle » supprimerait tout sentiment de responsabilité morale, en amputant chez l'opérateur du drone la faculté permettant de distinguer le virtuel d'avec le réel⁷¹⁶. Ce qui engendrait tout risque de déshumanisation de l'ennemi. Pire encore, la technologie embarquée à bord du drone ne permet point à l'opérateur du drone de voir à quoi ressemble sa cible, car ce sont juste des petits avatars virtuels⁷¹⁷. A propos, le Prince HARRY déclarait avoir tué des Taliban durant sa mission en Afghanistan. Pour lui, la guerre ressemble à un jeu vidéo : « *C'est une joie pour moi parce que je suis quelqu'un qui adore jouer à la Playstation et la Xbox, donc je pense que je suis assez utile avec mes pouces* »⁷¹⁸. Ce « sentiment électronique » peut à lui seul conduire à l'accumulation des erreurs flagrantes en violation du DIH.

499. Il n'a été fait juridiquement mention dans aucun traité sur les armes, des drones armés ; ni dans les instruments juridiques pertinents du DIH. Une chose est certaine, les armes utilisées dans la « guerre contre le terrorisme » doivent être régies par les règles du DIH. De cet impératif, s'ajoute l'exigence de la distinction entre combattants et civils et, entre objectif militaire et bien à caractère civil. Pour éviter le

⁷¹⁵ J.-B. JEANGENE VILMER, « Légalité et égalité des drones armés », *PE*, 2013, p. 122.

⁷¹⁶ E. GOFFI, « Drones aériens de combat et morale. Survol et éléments de réflexion », in centre de recherche de l'armée de l'air et centre d'études stratégiques aérospatiales (*dir.*), *Les drones aériens : passé, présent et avenir. Approche globale*, Paris, *La DF*, 2013, p. 359.

⁷¹⁷ G. CHAMAYOU, *Théorie du drone*, La Fabrique, Paris, 2013, p. 167.

⁷¹⁸ www.lefigaro.fr/international/2013/01/22/01003

désastre humain, le drone ne doit pas transporter des armes non conventionnelles, susceptibles de causer des maux superflus⁷¹⁹. Cependant, le contexte de la « guerre contre le terrorisme » ne permet pas d'affirmer que les drones armés n'apportent que des avantages au DIH. Il arrive quelquefois, qu'avant d'atteindre leur cible les civils périssent à la place de la cible supposée légitime⁷²⁰.

500. Le DIH considère que, les combattants et les civils participant directement aux hostilités représentent des cibles légitimes des frappes de drones. Malheureusement un constat s'impose car certaines personnes suspectées par les Etats-Unis d'avoir participé aux hostilités en Afghanistan sont régulièrement prises pour cibles alors qu'elles se trouvaient, au moment de leur élimination, sur le territoire d'un Etat non belligérant⁷²¹.

501. C'est en s'inquiétant de la tournure que prend cette « guerre contre le terrorisme » que, le Directeur de recherches à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève rappelait que : « *Selon le droit international, il y a une présomption de statut de civil et non de combattant. Il faut donc que celui qui intervient militairement prouve que vous participez directement aux hostilités. Pourtant, la politique des Etats-Unis en la matière semble plutôt fondée sur la présomption de militant s'agissant des cibles potentielles. Ils ont donc inversé la charge de la preuve et parlent de Signature Strikes, des assassinats fondés sur de seuls "indices concordants"* »⁷²².

502. La complexité de ce cas particulier est que le DIH ne serait applicable, mais les supposés anciens belligérants ne devraient être considérés comme d'éternelle

⁷¹⁹ Ils ne doivent pas transporter les armes prohibées (ex : agents chimiques ou biologiques).

⁷²⁰ La traque de Baitullah Mehsud en est une parfaite illustration. Les Etats-Unis ont mis 14 mois (14 juin 2008—5 août 2009) avant de l'atteindre laissant au passage de centaines de victimes innocentes. 15 frappes ont été autorisées par les autorités compétentes avant que la 16^e ne soit fructueuse. Par conséquent, des personnes innocentes auront été tuées, incluant les femmes et les enfants (environ 207 à 321 personnes), victimes de bavures et ou de dommages collatéraux.

⁷²¹ Ainsi déclarait Malcolm Smart, ancien directeur du programme Moyen-Orient et Afrique du Nord d'Amnesty international, « *Toutes les mesures prises au nom de la lutte antiterroriste ou d'autres défis sécuritaires au Yémen doivent avoir à cœur la protection des droits humains* », chronique du mois de mai sur <http://www.amnesty.fr/informez-vous/les-actus/le-magazin-la-chronique-de-mai-est-sorti-8406>

⁷²² Courrier international, 12 mars 2013.

cibles légitimes par les Etats-Unis, au regard de ce droit⁷²³. Sinon, les Etats-Unis transformeront la planète entière en gigantesque champ de bataille potentiel. Si on admet cette pratique, on risque de prendre pour cible tout individu suspecté d'être lié au conflit armé, même si ce dernier se trouve sur le territoire d'un Etat non belligérant : une véritable chasse à l'homme⁷²⁴.

503. Cette chasse à l'homme est ainsi inscrite sous sa forme contemporaine par George W. BUSH que G. CHAMAYOU qualifie de « *chasse à l'homme internationale* » ou encore la « *guerre impériale devient chasse au criminel* »⁷²⁵. Une guerre dont les drones représenteraient « *les armes d'un terrorisme d'Etat* », sur ces mots conclut CHAMAYOU⁷²⁶. Au-delà de cette approche hautement rigoureuse de CHAMAYOU, les drones peuvent être considérés comme l'un des moyens militaires modernes qui sont mis au service à des fins diverses, des plus légitimes aux plus barbares⁷²⁷.

504. Les opérateurs de drones armés opèrent généralement sous la conduite d'un commandement responsable. A cet égard, ce sont les opérateurs de drones armés et leur chaîne de commandement qui sont tenus responsables au regard du DIH. Ils ne seraient exemptés de leur responsabilité en raison de la distance qui les sépare du champ de bataille⁷²⁸. Cette responsabilité exige aux opérateurs de drones à respecter les principes du DIH (distinction, proportionnalité, la prise de précautions nécessaires avant d'exécuter une frappe). Enfin, le statut des opérateurs de drones est le même que celui des pilotes classiques (aéronefs, hélicoptères, avions de combat), en raison de l'obligation qui leur incombe de respecter le DIH. Ils constituent de ce fait, une cible légitime en vertu des règles prévues par le DIH.

⁷²³ P. MAURER, « Les drones armés doivent être utilisés dans le respect des lois », *CICR*, p. 3. www.icrc.org/fre/ressources/documents/interview/2013/05-10-drone-weapons-ihl.htm

⁷²⁴ G. CHAMAYOU, *Les chasses à l'homme*, La Fabrique, Paris, 2010, p. 7 ; « (...) des êtres humains furent traqués, poursuivis, capturés ou tués dans les formes de la chasse ». Voir aussi, « D'Aristote à Besson (...) petite histoire des chasses à l'homme », *Le nouvel Observateur*, 6 mai 2010.

⁷²⁵ G. CHAMAYOU, « La chasse à l'homme, une nouvelle doctrine de guerre », *Libération*, 3 mai 2011.

⁷²⁶ G. CHAMAYOU, *Les chasses à l'homme*, La Fabrique, Paris, 2010, pp. 95, 313.

⁷²⁷ J.-B. JEANGENE VILMER, « Idéologie du drone », 4 déc. 2013, p. 1.

⁷²⁸ Les drones sont pilotés à partir de bases aux Etats-Unis : dans le Nevada pour ce qui est de l'armée de l'air et, à Langley en Virginie pour la CIA.

2- Le déploiement des drones armés au-delà du champ de bataille : une absence totale d'approche universelle

505. Le respect du principe de distinction est fondamental dans le contexte du ciblage des cibles légitimes. Ce principe est ainsi codifié à l'art. 48 du PA I. L'impératif juridique du PA I relatif aux quatre CG veut que les Parties au conflit fassent la distinction entre population civile et cibles licites d'attaques⁷²⁹. Mais cette disposition ne peut par conséquent couvrir l'ensemble des personnes qui peuvent faire l'objet d'attaque. Les attaques des drones armés visent en principe les personnes considérées par les Etats-Unis, comme étant des combattants appartenant à des organisations terroristes mais ces attaques ne sont pas sans conséquence pour la population civile.

506. Dans le cadre d'un CAI, le combattant représente en DIH la principale cible humaine licite d'attaques pour l'autre Partie au conflit. En contrepartie d'être la cible légitime, il bénéficie des privilèges de combattant, lui permettant ainsi de participer directement aux hostilités et d'en bénéficier en cas de capture du statut de PG⁷³⁰. Les bénéficiaires du statut de PG sont énumérés par l'art. 4 (A) al. 1, 2 et 3 de la CG III. Les membres des forces armées et de corps de volontaires rattachés à ces mêmes forces armées qui respectent l'obligation de se distinguer de la population civile, les membres d'autres milices et corps de volontaires, ainsi que les membres des mouvements de résistance organisés dès lors qu'ils remplissent les conditions mentionnées par l'art. 4 (A) al. 2 de la CG III de l'organisation, et du fait du lien de rattachement à une Partie belligérante, de même que les quatre conditions alphabétiquement énoncées par ce même art.⁷³¹

⁷²⁹ Art. 48 du 1^{er} PA : « En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires ». Voir M. BOTHE, K. PARTSCH, W. A. SOLF, *New Rules for victims of the Armed Conflict: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 285.

⁷³⁰ Art. 4 de la CG III; 3 du Règlement de La Haye de 1907 ; 43 (2) du PA I et 44 (1) du même PA.

⁷³¹ L'ordre numérique 1), 2) et 3) de l'art. 4 (A) de la CG III apporte plus de clarté à l'art. 1^{er} du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Annexe à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, qui récite comme suit : « Les lois, les droits et les

507. Toutefois, l'attribution du statut de combattant à tous les membres des forces armées d'une Partie au conflit à travers l'art. 50 al. 1 du PA I soulève dans une certaine manière la carence de la distinction consacrée par l'art. 3 du Règlement de La Haye de 1907, entre combattants et non-combattants au sein même des forces armées, « *Les forces armées des Parties belligérantes peuvent se composer de combattants et de non combattants. En cas de capture par l'ennemi, les uns et les autres ont droit au traitement des prisonniers de guerre* »⁷³². On peut aussi citer le droit qui permet au combattant de combattre son ennemi l'exclut de toute poursuite pénale au motif que des actes licites qu'il peut commettre durant sa participation aux hostilités⁷³³.

508. Il est tout de même important de souligner légitimement le passage transitoire entre « combattre pour le compte de l'Etat », le « droit de porter les armes » et le « fait de devenir une cible légitime d'attaques ». De ce point de vu, la participation aux hostilités d'un acteur armé appartenant à un organe organisé d'un sujet international sous le commandement d'une Partie à un CAI impliquerait que la conduite de cet acteur soit attribuable à cette Partie⁷³⁴.

509. Cette logique juridique s'inscrit dans le cadre de la définition relative au CAI, consacrée ici par l'art. 2 commun aux quatre CG : « *En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du*

devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes : 1° d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; 2° d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; 3° de porter les armes ouvertement et 4° de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre. Il est cependant important de préciser que dans les pays où les milices ou des corps de volontaires constituent l'armées ou en font partie, ils sont compris sous la dénomination d'armée » ; les quatre conditions citées suivant l'ordre alphabétique a), b), c) et d) sont le reflet de celles consacrées quelques années auparavant par l'article 1^{er} du *Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre*, de 1907.

⁷³² Art. 3 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

⁷³³ M. WALZER, *Just and Unjust Wars*, New York, Basic Books, 2000. IPSEN, « combattants and non-combattants », in Dieter FLECK (edited by), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 95; voir également, Lene BOMANN-LARSEN, « Licence to Kill ? The Question of Just vs. Unjust Combattants », *JME*, vol. 3, 2004, p. 144.

⁷³⁴ N. MALZER, *Targeted Killing in international Law*, Oxford Monographs international Law, Oxford University press, 2008, p. 307.

territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire. »⁷³⁵.

510. Il faut noter en effet que, l'adoption des PA de 1977 a apporté une révolution juridique considérable, en ce sens que l'application des règles du DIH se rapportant aux CAI ne se limitent plus spécifiquement à la seule confrontation entre Etats. Mais également aux « conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et même contre les régimes racistes » en vertu de l'art. 1 al. 4 du PA I⁷³⁶.

511. Contrairement au statut du combattant, celui du civil durant le conflit armé est défini par l'art. 50 al. 1 du PA I « *[e]st considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une ou l'autre des catégories visées à l'art. 4 A. 1), 2), 3), et 6) de la CG III à l'art. 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile* ».

512. L'utilisation des drones dans des conflits armés classiques remonte de plusieurs années. En effet, pendant la guerre du Vietnam, les forces américaines avaient déployé des drones dans ce conflit armé. On peut également rappeler l'utilisation de ces engins par Israël durant le conflit armé qui l'opposait au Liban dans des années 1980. Mais, leur utilisation était strictement liée à la surveillance et à l'observation.

513. Ce n'est qu'après les attentats du 11 septembre 2001, que les Etats-Unis prennent la décision d'armer les drones et c'est en Afghanistan qu'a eu lieu la première mission de combat⁷³⁷. Ensuite, plusieurs missions ont été accomplies dans des CANI (Libye, Mali, Syrie etc.) et lors des CAI (Afghanistan, Irak, etc.)⁷³⁸.

⁷³⁵ Art. 2 commun aux quatre CG de 1949.

⁷³⁶ Art. 1 al. 4 : « *Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la déclaration relative aux principes du droit international touchant les réactions amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies* ».

⁷³⁷ Par exemple, *The Nation* (2012), « A Brief History of Drones », 27 février 2012.

⁷³⁸ IKV Pax Christi (2011), p. 12.

514. Le principe de proportionnalité tranche le conflit opposant les intérêts militaires et humanitaire⁷³⁹. Ce principe est en *jus ad bellum* comme dans les droits humains, au service d'un double objectif, d'une part, celui d'identifier les situations dans lesquelles l'utilisation de la force est permise et, d'autre part, celui de déterminer si la force employée est adéquate pour atteindre des objectifs légitimes. Or, très souvent, les attaques des drones armés causent de façon disproportionnée des pertes civiles collatérales par rapport à l'objectif militaire poursuivi par les Etats-Unis⁷⁴⁰.

515. Par conséquent, les pertes civiles résultant des frappes des drones sont souvent excessives comme l'indique les chiffres du *Bureau of Investigative Journalism* : elles auraient causé la mort de plus de 2562 à 3325 personnes dont 474 à 881 civils rien qu'au Pakistan.

516. La pertinence du Rapport du Rapporteur spécial des NU sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Ben EMMERSON dont la version finale a été publiée en février 2014, dans lequel il relève les incidences pour les civils et les implications en matière de droits de l'homme de l'utilisation des drones et d'autres formes périphériques d'exécution ciblée à des fins de lutte contre le terrorisme⁷⁴¹. Ainsi que la pertinence de celui rédigé par le Rapporteur spécial des NU sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires, Christof HEYNS, Rapport portant

⁷³⁹ M. SASSOLI, L. CAMERON, « The Protection of Civilian Objects – Current State of the Law and Issues *de Lege Ferenda* », in N. RONZITTI, G. VENTURINI (eds), *The Law of Air Warfare – Contemporary Issues*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, pp. 35-74; E. CANNIZZARO, « Contextualizing Proportionality: *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Lebanese War », *IRRC*, vol. 88 N°. 864, Décembre 2006, pp. 779-792; N. MELZER, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 117; B. G. RAMCHARAN, *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff pubs., 1985, p. 240.

⁷⁴⁰ « [L]’on ne peut attaquer même un objectif légitime si les pertes civiles collatérales doivent être disproportionnées à l’avantage militaire que l’on attend de cette attaque. » CIJ, *Licéité de la menace ou de l’emploi des armes nucléaires*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, Opinion dissidente du juge Higgins, p. 587, paragraphe 20.

⁷⁴¹ B. EMMERSON, *Report of the special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, Conseil des droits de l’homme, 25^e Session, point 3 de l’ordre du jour (A/HRC/25/59) ; (ci-après « Ben EMMERSON, Rapport final »), paragraphes 39-69.

spécialement sur les questions préoccupantes que soulèvent l'utilisation des drones armés et le droit à la vie⁷⁴².

517. Pour l'ancien Rapporteur spécial des NU sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Philip ALSTON, l'exécution ciblée consisterait en un « *recours volontaire, prémédité et délibéré à la force meurtrière des Etats ou de leurs agents, qui agissent sous couvert du droit, ou d'un groupe armé organisé dans les conflits armés, à l'encontre d'une personne précise qui n'est pas physiquement détenue par les auteurs de cet acte* »⁷⁴³. Par conséquent, les frappes des drones armés sont pour sa part, responsables des assassinats ciblés qu'il définit comme l'« *emploi de la force létale intentionnelle et délibérée avec un niveau de préméditation, contre un individu ou des individus identifiés à l'avance par l'auteur* »⁷⁴⁴.

518. Il est important de rappeler que le DIH applicable aux CAI fait du combattant la principale cible humaine légitime d'attaques en échange du « privilège du combattant », c'est-à-dire du droit de participer directement aux hostilités⁷⁴⁵. Alors que l'art. 50 (1) du PA I : « *considère comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une ou l'autre catégorie visée à l'art. 4 A. 1), 2), 3), et 6) de la CG III à l'art. 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile* ». Selon les deux PA aux CG, la population civile jouit de la protection accordée par le DIH. Sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation⁷⁴⁶. Les personnes visées par cette exception sont celles qui mènent un combat consacré des actes hostiles à l'égard de la Partie ennemie. Ces actes sont généralement destinés à frapper les membres ou l'arsenal militaire des forces armées ennemies. Cependant, les activités relatives à l'« effort de guerre » dont le but consisterait à soutenir le « moral de la population » sont exclues de cette catégorie.

⁷⁴² Le Rapport remis par Christof HAYNS à l'AG des NU (document de l'AG des NU A/68/382 du 13 septembre 2013), paragraphe 13 (« *On s'accorde généralement à considérer que les drones ne sont pas en soi des armes illégales. Il n'en va pas de même, par exemple, pour les robots autonomes tueurs* »).

⁷⁴³ P. ALSTON, Rapport, UN special Rapporteur on extrajudicial, Summary or arbitrary executions, Study on Targeted Killings, 28 mai 2010 [A/HRC/14/24/Add.6], p. 3, paragraphe 3.

⁷⁴⁴ P. ALSTON, *Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted Killings*, 28 mai 2010, 14th session, 29p. , p. 5.

⁷⁴⁵ Art. 3 du Règlement de La Haye de 1907 et art. 43 (2) du PA I.

⁷⁴⁶ Art. 51 al. 3 du PA I et 13 du PA II.

519. Mais, certains Etats comme les Etats-Unis et Israël pour qui ces dispositions des deux PA aux CG ne reflètent pas le droit international coutumier, se focalisent sur le critère d'appartenance à un groupe hostile. Ils considèrent en effet, le fait d'appartenir à un groupe hostile comme étant une participation directe aux hostilités. Ce qui justifieraient selon eux, tout lancement d'attaques à leur encontre.

520. Pour certains responsables militaires américains, les assassinats ciblés visant de hauts responsables d'organisation terroristes se trouvant en dehors du territoire américain se justifieraient par le fait que ces personnes s'engageraient dans la planification d'actes terroristes dans le but d'atteindre les citoyens américains. Pour eux, l'imminence de la menace contre les Etats-Unis et l'impossibilité de les capturer obligerait l'usage de ces frappes ciblées⁷⁴⁷.

521. On se doit de constater cependant que, certaines attaques de drones armés américains ont lieu en dehors d'un conflit armé. Or, tout recours à la force létale ne peut se justifier qu'en cas de légitime défense. En effet, le droit à la vie étant inhérent à la personne humaine, toute privation de celle-ci ne peut en aucun cas faire l'objet d'interprétation restrictive sous prétexte de menace imminente⁷⁴⁸.

522. On constate malheureusement que, de nombreuses personnes ont été privées de leur vie alors qu'il était possible de les capturer. C'est d'ailleurs ce que constate Ph. ALSTON, Rapporteur spécial sur l'exécution extrajudiciaire et arbitraire à

⁷⁴⁷ Cf. Discours prononcé le 5 mars 2013 au Northwestern University School of Law, l'Attorney General, Eric Holder, avait déterminé dans quelles conditions les Etats-Unis s'autorisent à procéder à des assassinats ciblés hors de leur territoire. Selon le Procureur, l'assassinat ciblé est justifié « If the targeted citizen (il s'agissait de Al AWLAKI, citoyen américain ciblé alors qu'il se trouvait sur le territoire du Yémen) is a senior operational leader of Al Qaida or associated forces, if he is actively engaged in the planning to kill Americans, if the US Government has determined that the individual poses an imminent threat of violent attack on US, if his capture is not feasible and if the operation would be conducted in a manner consistent with applicable law of war ». Voir dans le même sens, Beth VAN SCHAACK, *The Killing of Asama Ben Laden and Anwar Al Awlaki: Uncharted Legal Territory*, Yearbook of International Humanitarian Law, vol. 14, 2011, pp. 255-326.

⁷⁴⁸ Cf. Observation générale n°6, article 6 (Droit à la vie) HRI/GEN Re 9 (Vol. 1) Comité des droits de l'homme, seizième Session, 30 avril 1982. Selon la pratique constante du Comité, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dont l'article 6 est applicable aux actes d'un Etat agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire. Pratique relevée par la CIJ dans son avis du 9 juillet 2004 sur les « conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé » (paragraphe 109 de l'arrêt).

souligner qu'en dehors du contexte d'un conflit armé, les assassinats ciblés ne frappent pas généralement des cibles licites⁷⁴⁹.

523. Il faut admettre que le non-respect des moyens et méthodes de guerre ont conduit des Etats-Unis à commettre des infractions graves de DIH impliquant ainsi l'obligation de poursuivre (Deuxième Partie).

⁷⁴⁹ Ph. ALSTON, « Outside the context of armed conflict, the use of drones for targeted killing is almost never likely to be legal » (paragraphe 85 du Rapport).

DEUXIEME PARTIE :
DE LA COMMISSION D'INFRACTIONS GRAVES AU DROIT
INTERNATIONAL HUMANITAIRE IMPLIQUANT L'OBLIGATION DE
POURSUIVRE

524. Le DIH se définit comme l'ensemble des normes d'origine coutumière ou conventionnelle qui s'appliquent en cas de conflit armé⁷⁵⁰. Au cours des interventions militaires américaines en Afghanistan et en Irak, la question relative à l'application du DIH n'avait cessé d'alimenter le bras de fer entre l'Administration Bush et la Communauté internationale⁷⁵¹.

525. L'objectif affiché par l'Administration Bush à vouloir éradiquer le terrorisme international par tous les moyens l'a gravement poussé vers la commission d'infractions graves au DIH⁷⁵². On peut ainsi constater que le refus d'appliquer les CG aux personnes tombées au pouvoir des Etats-Unis n'a fait d'augmenter multiplication des dérives vis-à-vis de ces personnes protégées, et ce au détriment de ce droit.

526. Autrement dit, George W. BUSH et son équipe se souciaient vraisemblablement de l'application de la « doctrine Bush » que celle du DIH. De ce point de vue, il semble clairement établi que l'application de ce corpus juridique au cours de ces hostilités a été mise de côté par l'Administration américaine⁷⁵³. La pratique de la torture par les forces armées américaines explique clairement l'existence de la commission des infractions graves au DIH. Ces dérives ont été accentuées par l'implication de l'une des Agences de renseignement américaine en l'occurrence la *Central intelligence Agency* (CIA)⁷⁵⁴. De Bagram à Abou Ghraïb en passant par les prisons secrètes de la CIA avant d'atterrir à Guantanamo Bay, nous assistons à une succession effrénée de commission d'infractions graves au DIH⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ F. BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, Paris, 2013, p. 318.

⁷⁵¹ D. LAMBERT, *L'Administration de George W. BUSH et les Nations Unies*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 100.

⁷⁵² Art. 50 de la CG I, art. 51 de la CG II, art. 130 CG III, art. 147 CG IV (Ils donnent des éléments de définition des infractions graves. Rappelons que celles-ci comporteraient l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes [protégées] par les CG : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.

⁷⁵³ Cf. interventions militaires américaines en Afghanistan et en Irak.

⁷⁵⁴ J. ROSS, « Black letter abuse: the US legal response to torture since 9/11 », *IRRC*, Vol. 89, N° 867, septembre 2007, pp. 561-590.

⁷⁵⁵ R. BRODY, *Faut-il juger George Bush? Pleins feux sur un rapport qui dénonce la Torture et l'impunité*, André Versaille éditeur-GRIP, 2011, pp. 56-62

527. D'ailleurs, l'Administration BUSH avait admis sans détour certaines pratiques jugées illégales en DIH au regard du droit national et international⁷⁵⁶. Parmi lesquelles on retrouve la restitution de détenus à des pays tiers tristement connus au niveau international pour des faits de torture dans leurs prisons respectives⁷⁵⁷. Pourtant, ces pays font partie de ceux épinglés par les Etats-Unis dans leurs différents rapports annuels sur les droits de l'homme. L'un d'eux figure d'ailleurs sur la liste des pays que George W. BUSH qualifiait de l'« Axe du Mal »⁷⁵⁸. Les faits reprochés à ces entités étatiques sont notamment ceux concernant la fréquence incessante de l'usage de la torture au sein du système pénitentiaire. En effet, c'est sur leur territoire qu'avaient été implantés certains « sites noirs » de la CIA⁷⁵⁹.

528. De ce point de vue, on pourra aisément affirmer que le paroxysme relatif à la commission d'infractions graves au DIH avait malheureusement été atteint par les Etats-Unis en infligeant des sévices aux détenus irakiens d'Abou Ghraïb⁷⁶⁰. Au regard

⁷⁵⁶ La Cour suprême des Etats-Unis avait déclaré de façon équivoque que les personnes civiles ne pouvaient en aucun cas être traduites devant une juridiction militaire d'exception dès lors que les juridictions de droit commun étaient en état de fonctionner normalement (V. affaire *ex parte Milligan*, United States Reports, vol. 71, 1866, p. 1. En cas de CAI on peut éventuellement se référer de l'affaire *Duncan c. Kahanamoku*, United States Reports, vol. 327, 1946, p. 304.

Au plan international, on peut en revanche constater qu'en principe le droit autorise au prisonnier de guerre le port de son uniforme, et ce vêtement est une marque de sa dignité militaire. Or à Guantanamo, les détenus portent une combinaison orange et ils n'ont même pas le droit de conserver aucun objet, ne serait-ce qu'un foulard (Cf. La grève de la faim de nombreux détenus (ils étaient 94 le 1^{er} mars 2002) a été provoquée le 28 février par un soldat qui a exigé d'un détenu qu'il retire le turban qu'il avait confectionné à l'aide d'une serviette de toilette).

⁷⁵⁷ On citera : Egypte, Syrie, Arabie Saoudite, Jordanie, Pakistan, Ouzbékistan, Bosnie, Croatie, Macédoine, Albanie, Libye, Soudan, Kenya, Maroc, Zambie, Indonésie, Malaisie etc.

⁷⁵⁸ C'est le cas par exemple de la Syrie qui figure parmi ceux de l'« Axe du Mal » (Corée du Nord, Iran...).

⁷⁵⁹ Cf. J. ROSS, « Sévices infligés à des prisonniers : la réponse légale apportée par les Etats-Unis à la question de la torture depuis le 11 septembre 2001 » *RICR*, n° 867, 2007, p. 2. ; V. également, R. BRODY, *Faut-il juger George Bush ? Pleins feux sur un rapport qui dénonce la Torture et l'impunité*, André Versaille éditeur-GRIP, Paris, 2011, p. 43.

⁷⁶⁰ Le 28 avril 2004, la chaîne de télévision américaine CBS diffusait une série de photos prises en 2003 par des soldats américains dans la prison d'Abou Ghraïb près de Bagdad (Irak). Il s'agissait de l'une des principales prisons où Saddam HUSSEIN faisait torturer ses prisonniers politiques. Ensuite, cette prison a été utilisée par les Américains, après l'avoir baptisée « Centre correctionnel de Bagdad », qui y détenaient plusieurs centaines de prisonniers capturés depuis le début de l'invasion de l'Irak. A travers ces photos, le monde a pu découvrir des scènes d'humiliation, avec notamment une photo qui montrait des prisonniers irakiens, nus la tête encagoulée, empilés pour former une pyramide humaine, l'un d'entre eux ayant une injure en anglais inscrite sur la peau. D'autres clichés montraient des irakiens nus contraints de simuler des actes sexuels. Sur l'une des images on voyait un homme nu que l'on avait obligé à se tenir pendant plusieurs heures debout sur une petite boîte cubique, le visage couvert d'une cagoule noire pointue

des dispositions pertinentes de la Convention contre la torture (CCT), les sévices subis par ces personnes ne se limitaient pas aux seuls traitements inhumains ou dégradants comme l'on pouvait y penser, mais aussi par la pratique quotidienne de la torture, en vertu de l'article premier de ladite Convention⁷⁶¹.

529. Précisons en effet que la notion de torture se différencie de celle de traitements inhumains ou dégradants que l'on retrouve dans plusieurs Conventions internationales⁷⁶². La particularité de cette première prend en compte la spécificité infamie des traitements inhumains sources de graves et cruelles souffrances. En fait, la seule différence réside dans l'intensité des souffrances auxquelles la victime est soumise⁷⁶³. Ainsi, dans l'arrêt du 28 juillet 1999 relatif à l'affaire *Selmouni c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) avait estimé que certains actes autrefois qualifiés de traitements inhumains et dégradants et non de torture pouvaient être qualifiés différemment dans l'avenir⁷⁶⁴.

530. En outre, il est absolument difficile de comprendre la démarche qu'avait optée l'Administration Bush. Dès lors que la torture avait été conventionnellement définie par les Nations Unies en 1984⁷⁶⁵. Selon la CCT, « *Le terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou de*

comme celles du « Klu Klu Klan », des fils électriques attachés aux membres. Selon la chaîne CBS, il avait été averti qu'il s'électrocuterait s'il tombait.

⁷⁶¹ Art. 1 de la CCT.

⁷⁶² Art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁷⁶³ Cf. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Irlande c. le Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, paragraphe 167.

⁷⁶⁴ V. *RTDH* du 1^{er} janvier 2000, p. 123 (note d'observations de Pierre LAMBERT intitulée « Dignité humaine et interrogatoires musclés de la police »).

⁷⁶⁵ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1984.

toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'entend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles »⁷⁶⁶. En plus, cette Convention rappelle qu'« *Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture* »⁷⁶⁷.

531. Plus encore, elle interdit les peines et les traitements cruels, inhumains ou dégradants. La différence entre ces expressions dites de traitements cruels, inhumains ou dégradants et la notion de torture réside dans l'absence d'élément constitutif de la torture qui est ici marqué par l'intensité des atrocités⁷⁶⁸. Alors que les traitements dégradants incluent des actes qui impliquent l'humiliation de la victime ou qui sont disproportionnés par rapport aux circonstances⁷⁶⁹.

532. La torture et autres formes de mauvais traitements des personnes privées de liberté ont été prohibées tant en droit international qu'en droit interne américain⁷⁷⁰. En effet la prohibition de la torture s'inscrit dans le cadre du *jus cogens*, il s'agit donc d'une norme supérieure qui prime sur certaines règles de droit international⁷⁷¹. Cette interdiction est inscrite dans de nombreux instruments internationaux et plus particulièrement par la CCT⁷⁷².

⁷⁶⁶ Art. 1 de ladite Convention.

⁷⁶⁷ Art. 2. 2 de la CCT.

⁷⁶⁸ V. M. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl, 1993, p. 131.

⁷⁶⁹ *Ibid.* p. 133.

⁷⁷⁰ Art. 5 de la DUDH et de l'art. 7 du PIDCP prescrivent tous deux que nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. De même que, les art. 1^{er}, 2. 1, 2. 2 de la CCT interdisent tous la pratique de la torture ainsi que sa justification au nom de l'état de guerre ou de menace de guerre ; d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception. En droit américain, le VIII^e amendement de la Constitution américaine interdit clairement cette pratique en ces termes : « *Des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtiments cruels et exceptionnels infligés* ».

⁷⁷¹ *Ibid.* pp. 157-158.

⁷⁷² Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture), Résolution de l'Assemblée générale des NU 36/46, annexe, 39 UN GAOR Supp. (N° 51) p. 197, doc. ONU A/39/51 (1984), entrée en vigueur le 26 juin 1987, art. 1. On citera également : l'art. 5 de la DUDH, l'article 7 de la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme (DIUDH), l'art. 3 de la CEDH, l'art. 7 du PIDCP, l'art. 5 Convention américaine des droits de l'homme

533. Cette interdiction relative à la pratique de la torture en temps de guerre est largement codifiée par le DIH. Elle remonte à l'époque des instructions de Lieber éditées aux Etats-Unis en 1863⁷⁷³. Ensuite, elle a été introduite dans les CG de 1949 ainsi que dans leurs PA de 1977⁷⁷⁴. Bref, la torture est juridiquement qualifiée d'infraction grave aux CG et constitue un crime de guerre. Ne souffrant d'aucune exception, elle est interdite dans toute catégorie de CAI s'inscrivant dans le cadre du DIH. C'est ainsi qu'elle est considérée comme un crime de guerre par les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*⁷⁷⁵. De même que par l'instrument juridique du Statut de Rome de la CPI auquel, précisons-le, les Etats-Unis n'en font pas partie.

534. La législation américaine interdit la torture et les autres formes de mauvais traitements, tant au niveau fédéral qu'au niveau des Etats. Cette interdiction relative à la pratique de la torture a été d'ailleurs rappelée par le gouvernement américain dans son rapport de 2006 présenté au Comité des Nations Unies contre la torture⁷⁷⁶. Il estimait par le biais du Département d'Etat que : « *Tout acte de torture au sens de la Convention (contre la torture) est illégal au regard du droit en vigueur, au niveau fédéral et des Etats, et toute personne qui commet un tel acte encourt des sanctions pénales, telles que spécifiées dans le Code pénal. Des poursuites sont en fait engagées dans des circonstances appropriées. La torture ne peut pas être justifiée par des*

(CADH), l'art. 5 de la Charte africaine des droits de l'homme (CADH), l'art. 8 a. de la Charte arabe des droits de l'homme (CADH), garantissent unanimement un droit à la protection contre la torture.

⁷⁷³ Cf. Ordres Généraux N° 100, Instructions de 1863 pour le comportement des armées des Etats-Unis en campagne (Instructions de Lieber), 24 avril 1863, art. 16.

⁷⁷⁴ V. CG pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949 (CG I), 75 UNTS 31, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; CG pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949 (CG II), 75 UNTS 85, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; CG relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (CG III), 75 UNTS 135, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; CG relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (CG IV), 75 UNTS 287, entrée en vigueur le 21 octobre 1950.

PA aux CG du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (PA I) du 8 juin 1977, 1125 UNTS 3, entrée en vigueur le 7 décembre 1978 ; PA aux CG du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (PA II) du 8 juin 1977, 1125 UNTS 609, entrée en vigueur le 7 décembre 1978.

⁷⁷⁵ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le tribunal pénal pour le Rwanda (TPIR).

⁷⁷⁶ Organisme chargé de contrôler l'application de la Convention contre la torture.

circonstances exceptionnelles, ni être excusée sur la base d'un ordre donné par un officier supérieur »⁷⁷⁷. Il rejoignait très clairement l'esprit dégagé par l'art. 1 de la CCT.

535. Inscrite dans le Code de la justice militaire américain (*Uniform Code of Military Justice* (UCMJ)), cette interdiction contre la pratique de la torture s'applique sans exception à tous les membres des forces armées américaines où qu'ils se trouvent (aux Etats-Unis ou à l'étranger). En effet, plusieurs dispositions de ce Code prohibent des méthodes d'interrogatoires musclés, comme celles utilisées par les forces américaines dans de différents théâtres d'opérations militaires en Afghanistan ou en Irak⁷⁷⁸.

536. La torture et les autres formes d'interrogatoires coercitives sont également interdites par la législation fédérale américaine. Jusqu'en 2006, date de sa révision (à travers l'adoption de la loi portant sur les Commissions militaires) la loi sur les crimes de guerre de 1996 (*War Crimes Act, WCA*) considérait comme un délit pénal, le fait qu'un des membres du personnel militaire américain ou simple citoyen des Etats-Unis commettait une infraction grave aux CG⁷⁷⁹.

537. Promulguée en 1994, la loi américaine contre la torture autorise la poursuite d'un citoyen américain ou de n'importe quelle personne résident aux Etats-Unis, ou encore se trouvant en dehors du territoire américain qui commet ou tente de commettre un acte de torture. Cette loi définit la torture comme étant « *un acte commis par une personne agissant sous couvert de la loi, dans l'intention spécifique d'infliger des douleurs ou des souffrances physiques ou mentales sévères (autre que les douleurs ou les souffrances accompagnant des sanctions légitimes) à une autre personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle physique* »⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ Département d'Etat américain: « List of issues to be considered during the examination of the second periodic report of the United States of America: Response of the United States of America », 2006. (Traduction CICR).

⁷⁷⁸ V. Département de la Défense, *Uniform Code of Military Justice*, Title 10, Subtitle A, Part II, Chapter 47, United States Code, art. 77-134.

⁷⁷⁹ 18 USC 12441 (2000).

⁷⁸⁰ 18 USC 12340A (1998). Une personne jugée coupable en vertu de la loi relative à l'interdiction de la torture peut être condamnée à une peine allant jusqu'à 20 ans d'incarcération ou à la peine capitale si la torture entraîne la mort de la victime. En effet, les sous-traitants militaires travaillant pour le Département américain de la Défense pourraient aussi être poursuivis en vertu d'une loi spécifique datant

538. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue en droit de l'homme et en DIH⁷⁸¹. Aucune exception n'est prévue à cet effet, quel que soit « le caractère brûlant des enjeux en temps de crise »⁷⁸². Aucune situation d'extrême urgence ne saurait donc justifier l'usage de la torture sous prétexte de vouloir sauver des vies⁷⁸³. En effet, lors de l'audience relative à l'affaire Pinochet devant la Chambre de Lords, le représentant de la couronne Alan JONES plaidait en ces termes : « *Personne ne peut dire : « J'ai torturé pour le bien », « J'ai torturé pour sauver l'économie », « J'ai torturé pour préserver la religion ou l'héritage de mon pays », « J'ai torturé pour seulement dans la mesure du nécessaire ». On ne pourrait même pas dire : « J'ai torturé pour découvrir une bombe posée par un terroriste ».* Même du point de vue morale, la torture ne peut être justifiée et ne serait jamais efficace, car le tortionnaire n'a qu'une seule obsession écouter ce qu'il veut entendre de sa victime.

539. Force est de constater que la commission d'infractions graves au DIH imputable aux Etats-Unis a été très vite établie. La mise en évidence de l'existence de ces infractions voudrait que soit établie la responsabilité internationale de ce pays (Titre I). De cette responsabilité déboucheront l'obligation de poursuivre ainsi que la nécessité d'appliquer les sanctions à l'encontre des acteurs impliqués (Titre II).

de 2000, *Military Extraterritorial jurisdiction Act*, connue sous son sigle : MEJA (Public Law 106-778). Cette loi permet de poursuivre devant une Cour fédérale des civils américains qui, alors qu'ils étaient employés par des forces des Etats-Unis à l'étranger (ou qu'ils les accompagnaient) ont commis n'importe quel délit pénal fédéral les rendant passibles d'un emprisonnement de plus d'une année. Cette loi a été modifiée en 2005 afin de définir l'expression « employés par des Etats-Unis en dehors des Etats-Unis », de manière à inclure des employés civils, des sous-traitants ou des employés de sous-traitants, non seulement du Département de la Défense, mais aussi « de n'importe quelle autre agence fédérale, ou de n'importe quelle autorité non répressive, dans la mesure où un tel emploi a pour effet d'appuyer la mission du Département américain de la Défense à l'étranger ».

⁷⁸¹ Art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et les art. 75 et 4 respectivement des Protocoles additionnels I et II.

⁷⁸² Cf. P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 1999, p. 61.

⁷⁸³ Cf. art. 2 paragraphe 2 de la Convention contre la torture, « *Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture* ».

Titre I : De la constatation d'infractions graves au droit international humanitaire conduisant à l'établissement de la responsabilité internationale

540. L'exhaustivité d'infractions graves prévue par le DIH permet d'appréhender avec exactitude le passage du statut de personne protégée à celui de victime en raison des violations rendant inopérantes les normes juridiques censées les mettre à l'abri de toute violation. Certaines dispositions des CG se proposent en effet de définir la notion dite d'infraction grave⁷⁸⁴. La définition donnée par les CG comporte des éléments déterminants commis contre des personnes protégées. Il s'agit en effet de l'homicide intentionnel, la torture ou des traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.⁷⁸⁵

541. La première vague des personnes capturées par l'armée américaine puis transférées sur la base de Guantanamo ont été victimes de sévices. En effet, le 10 janvier 2002 débutait le transfert de détenus de l'Afghanistan vers le camp de X-Ray à Guantanamo Bay. Durant ces vols de vingt-cinq heures, les prisonniers étaient menottés, enchaînés, portaient des moufles, des masques chirurgicaux, des protège-oreilles, ainsi que des lunettes obstruant toute vision. Ils avaient tête et barbe rasées, et deux d'entre eux ont été mis sous sédatifs pour des raisons de sécurité.

542. La légitimité relative à la mise en place des mesures de sécurité est certes incontestable, mais le fait que ces mesures n'ont pas été proportionnelles au risque et en conformité avec les exigences internationales posaient un réel problème. En effet,

⁷⁸⁴ Art. 50 de la Première Convention de Genève de 1949, art. 51 de la Deuxième Convention de Genève de 1949, art. 130 de la Troisième Convention de Genève de 1949, art. 147 de la Quatrième Convention de Genève de 1949.

⁷⁸⁵ V. HAROUEL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 461.

« le transport des détenus dans de mauvaises conditions d'aération ou de lumière, ou par tout moyen leur imposant une souffrance physique, doit être interdit »⁷⁸⁶.

543. A cela s'ajoute le problème relatif aux conditions de détention qui avait suscité de vives critiques à l'égard des Etats-Unis⁷⁸⁷. On se rappellerait qu'en avril 2002 les détenus ont été transférés dans un nouveau camp nouvellement construit (camp Delta). Lors de leur transfert, ils ont été enfermés dans des cages comme des animaux en violation de la CG IV⁷⁸⁸. Ils étaient toujours menottés même en dehors des cellules, et exposés ainsi aux lésions causées par les chaînes qui servaient de les attacher afin de réduire au maximum leur mobilité. Dès la tombée de la nuit, les puissantes lampes illuminaient les cellules. Cet éclairage constant des cellules constituait une privation de sommeil⁷⁸⁹. Si l'on se réfère à l'intégration de la Convention contre la torture dans le droit anglais par le biais de la Section 134 (1) de la loi de 1988 sur la justice pénale [*Criminal Justice Act 1988*], elle dispose que : « *Un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, quelle que soit sa nationalité, est coupable du crime de torture si, au Royaume Uni ou ailleurs dans le monde, cette personne inflige intentionnellement à une autre personne une douleur ou des souffrances aiguës, et ce dans le cadre de l'exécution de ces fonctions officielles* »⁷⁹⁰. Le Royaume Uni brise à travers sa loi les barrières relatives à la nationalité de la personne soupçonnée de crimes de torture. Cela montre l'intérêt multidimensionnel de la question relative à cette pratique que les Etats-Unis semblent ignorer.

544. Les détenus n'avaient droit qu'à deux fois quinze minutes par semaine d'exercice en dehors de leurs cellules. Alors que l'Ensemble de règles minimales pour

⁷⁸⁶ La règle 45 de l'ensemble de règles minimales pour le traitement des détenus.

⁷⁸⁷ On peut citer par exemple les dix techniques d'interrogatoires musclées utilisées à l'encontre du présumé terroriste Abu ZUBAYDAH, décrites par le premier des dossiers du mémorandum de la CIA rendu public le 16 avril 2016. Dans le même Mémorandum, un second document datant de mai 2005 faisait état du développement de quatre techniques supplémentaires, en concluant qu'elles ne sont pas des actes de torture. C'est ainsi que sont exposés les privations de sommeil, de nourriture, la nudité forcée, le maintien en positions pénibles et la sur-stimulation sensorielle sur des périodes prolongées, la pression sur l'abdomen, le visage, la simulation de noyade, l'enfermement dans des lieux exigus sans lumière, avec des insectes...Document original disponible sur le site [<http://graphics8.nytimes.com/packages/images/nytint/docs/justice-departement-memos-on-interrogation-techniques/original.pdf>].

⁷⁸⁸ Art. 127 de la CG IV.

⁷⁸⁹ Art. 13 de la CG III.

⁷⁹⁰ A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et Crimes internationaux*, PUF, 2002, pp. 45-46.

le traitement des détenus prévoit que : « *Chaque détenu qui n'est pas occupé à un travail en plein air doit avoir, si le temps le permet, une heure au moins par jour d'exercice physique approprié en plein air* »⁷⁹¹. De même, les exigences relatives aux locaux de détention n'étaient pas respectées, car les nouvelles cellules où étaient transférés les détenus dans le camp Delta étaient plus petites que les premières. Or, selon le dispositif précité portant sur les conditions de détention des détenus, « *les locaux de détention et, en particulier, ceux qui sont destinés au logement des détenus pendant la nuit, doivent répondre aux exigences de l'hygiène, compte tenu du climat, notamment en ce qui concerne le cubage d'air, la surface minimale, l'éclairage, le chauffage et la ventilation* »⁷⁹². Les conditions de détention ici décrites ne prouvent aucun respect des exigences internationales en matière de détention des détenus.

545. Il est important de rappeler que le CICR s'est vu refuser l'accès aux prisonniers de Guantanamo par les autorités américaines. Répartis en quatre catégories, certains prisonniers se sont vus interdire tout contact avec les représentants du CICR⁷⁹³. Même si quelques mois plus tard le porte-parole de la Base américaine de Guantanamo, le Lieutenant-colonel Edward BUSH, en tentant de rassurer la Communauté internationale déclarait que tous les prisonniers avaient désormais accès au CICR. En tout état de cause, toutes ces mesures restrictives à l'égard des prisonniers ou du CICR contreviennent aux CG⁷⁹⁴. Selon le Pentagone, la plupart des détenus de Guantanamo ne savaient pas, du moins jusqu'au 1^{er} février 2002, où ils étaient détenus. Si le droit en matière de respect de règles minimales pour le traitement des détenus avait été respecté par l'Administration Bush alors « *des facilités raisonnables pour communiquer avec leurs représentants diplomatiques et consulaires doivent être accordées aux détenus ressortissants d'un pays étranger* »⁷⁹⁵. Malheureusement, on a tristement constaté qu'aucune règle minimale de protection n'a été respectée en ce sens.

⁷⁹¹ Ensemble de règles minimales pour le traitement des détenus, règle 21. 1.

⁷⁹² Ensemble de règles minimales pour le traitement des détenus, règle 10. V. aussi l'art. 29 de la CG III.

⁷⁹³ Il y a des prisonniers qui n'ont « pas accès au CICR », ceux qui n'ont "aucun contact d'aucune sorte", ceux qui ont "un accès restreint", "un accès sans restriction", "un accès seulement virtuel", et ceux où "aucune forme de communication n'est autorisée, aucun courrier échangé". Alors que le CICR en vertu de l'art. 143 de la CG IV a le droit de visiter des prisonniers afin de vérifier leurs conditions de détention.

⁷⁹⁴ Art. 79 de la CG III de 1949.

⁷⁹⁵ Ensemble de règles minimales pour le traitement des détenus, règle 38. 1.

546. Parmi ces prisonniers, il y avait des civils tombés au pouvoir des Etats-Unis au cours des confrontations se déroulant dans un territoire occupé. De ce fait, ils étaient en droit d'être protégés par la CG IV, indépendamment des violations du DIH qu'on pourrait reprocher à ces prisonniers ressortissants autres qu'américains⁷⁹⁶. Ceci étant, la légalité de leur détention doit être justifiée qu'en vue d'un procès régulier ou si les Etats-Unis estimaient cela nécessaire pour d'impérieuses raisons de sécurité⁷⁹⁷. L'argument qui consistait à mettre en avant la problématique sécuritaire des Etats-Unis reste discutable, en ce sens que les différentes détentions mises en causes ont eu lieu au moment où l'Afghanistan se trouvait toujours sous commandement militaire des Etats-Unis. Même s'ils n'avaient vraisemblablement pas le contrôle sécuritaire absolu de ce pays.

547. Entre temps, ces prisonniers n'avaient pas accès à un avocat⁷⁹⁸. Aucune charge leur avait juridiquement notifiée. Alors que la CG III et IV précisent clairement les conditions dans lesquelles les prisonniers ou les civils peuvent être jugés⁷⁹⁹. Pourtant, les Etats-Unis avaient le droit de constituer des tribunaux militaires afin que ces personnes soient jugées pour des violations du DIH qu'elles auraient commises. Mais pour des civils ayant participé illégalement aux hostilités, seul la compétence d'un tribunal afghan aurait été requise à cet effet⁸⁰⁰. En plus, la CG IV rappelle que pour des raisons de sécurité, des personnes protégées inculpées, condamnées ou internées, doivent être détenues dans le pays occupé⁸⁰¹.

548. Cependant, leur situation va se dégrader à cause du « *Military Order* » du 13 novembre 2001⁸⁰². Une ordonnance prise par le Président George W. BUSH qui créait des Commissions militaires spécifiquement chargées de juger les prisonniers de Guantanamo en s'appuyant sur des règles de la procédure et de preuves uniques. Toutes ces mesures portaient potentiellement atteinte aux droits de l'accusé.

⁷⁹⁶ Art. 4 (1) de la CG IV de 1949.

⁷⁹⁷ Art. 78 de la CG IV de 1949.

⁷⁹⁸ Art. 105 de la CG III de 1949.

⁷⁹⁹ Art. 102, 104 de la CG de 1949.

⁸⁰⁰ Art. 66 de la CG IV de 1949.

⁸⁰¹ Art. 76 (1) et 49 (1) de la CG IV de 1949.

⁸⁰² *US President, Military Order on Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*, 13 novembre 2001.

D'ailleurs, elles ont suscité l'indignation de la Communauté internationale au premier rang duquel les NU⁸⁰³.

549. Le *Military Order* couvrait l'ensemble des personnes n'ayant pas la nationalité américaine qui « *i. est ou était un membre de l'organisation connue sous le nom d'Al-Qaïda ; ii. a pris part, a aidé ou a été complice, ou a contribué à commettre, des actes de terrorisme international, ou actes de préparation de tels actes, qui ont causé, ou qui avaient pour but de causer un préjudice ou des effets préjudiciables aux Etats-Unis, à ses citoyens, sa sécurité nationale, sa politique étrangère, ou son économie ; ou iii. a hébergé en connaissance de cause un ou plusieurs des individus susmentionnés dans les paragraphes i et ii* »⁸⁰⁴. Ce décret présidentiel permet au Secrétaire à la Défense en l'occurrence Donald RUMSFELD de signer le 21 mars 2002 le règlement n°1 relatif aux fameuses Commissions militaires⁸⁰⁵.

550. Au cours de l'année 2006, certains prisonniers ont décidé d'entamer une grève de la faim et, trois d'entre eux vont se suicider parmi lesquels un Saoudien, Abdul Rahman MAADHA AL-AMRY âgé de 34 ans, incarcéré sans jugement depuis 2002. Il avait auparavant observé un mouvement de jeûne en mars et avait été alimenté de force. D'après les informations recueillies par *Associated Press* à travers des documents militaires, la victime ne pesait que 41 kg en 2005 contre le poids les 68 kg enregistrés à son arrivée à Guantanamo. En fait, les premiers suicides remontaient à 2006, il s'agissait de deux prisonniers Saoudiens et un Yéménite qui, s'étaient pendus dans une démarche planifiée et coordonnée. Pour l'*Associated Press*, il était de la

⁸⁰³ Déclaration de M. ROBINSON, Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, le 16 janvier 2002 à Genève : « Toutes les personnes détenues dans ce contexte ont droit à la protection des droits de l'homme internationaux et du droit humanitaire international, notamment au respect des dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et des Conventions de Genève de 1949 ; le statut juridique des détenus et leur droit au statut de prisonnier de guerre, en cas de contestation, doit être examiné par un tribunal compétent, conformément aux dispositions de l'art. 5 de la troisième convention de Genève ; tous les détenus doivent à tout moment être traités avec humanité, conformément aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la troisième convention de Genève ; tout procès éventuel doit respecter les principes d'un procès juste et équitable, notamment la présomption d'innocence, prévus par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la troisième convention de Genève. ». V. aussi, la réaction d'Amnesty International, United States of America, Guantanamo and beyond: *The continuing pursuit of unchecked executive power*, AMR 51/063/2005, 13 mai 2005.

⁸⁰⁴ *Military Order*. Section 3. A.

⁸⁰⁵ *Military Commission Order* N° 1.

responsabilité de l'Administration Bush d'apporter des explications par rapport à ces suicides successifs.

551. En définitive, les personnes arrêtées en Afghanistan qui ne seraient pas des PG étaient donc illégalement détenues à Guantanamo⁸⁰⁶.

552. Ainsi, les infractions graves au DIH commises par les Etats-Unis sont quasiment incontestables. Il semblait difficile pour les Etats-Unis de s'exonérer de cette responsabilité qui reste entièrement liée aux atrocités commises par son armée en violation des CG⁸⁰⁷. De toute façon, l'endossement d'une telle responsabilité par l'Etat avait été prévu par les négociateurs de 1949⁸⁰⁸. Pour ce faire, les rédacteurs de 1977 ont tenté de renforcer cette responsabilité étatique à travers l'art. 91 du PA I.

553. Ceci dit, il est de notre intérêt d'identifier clairement les infractions graves du DIH (Chapitre I), puis d'établir la responsabilité internationale des Etats-Unis et des EMSP (Chapitre II).

Chapitre I : De l'identification d'infractions graves aux règles du droit international humanitaire

554. La notion d'infraction grave est définie par le *Dictionnaire de droit international* comme l'« expression technique utilisée dans les Conventions de Genève (1949) et dans le Protocole additionnel de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux pour désigner les violations particulièrement graves de leurs dispositions, pour lesquelles les Hautes Parties contractantes sont tenues de

⁸⁰⁶ M. SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYL*, vol. 39, 2001, p. 21.

⁸⁰⁷ Art. 3 de la CG de 1907, art. 91 du PA I de 1977.

⁸⁰⁸ Art. 51 de la CG I, art. 52 de la CG II, art. 131 de la CG III, et enfin art. 148 de la CG IV.

poursuivre les responsables en vertu d'un régime de répression universellement prescrit »⁸⁰⁹. Cette définition se rapproche très nettement de celle contenue dans la loi américaine sur les crimes de guerre⁸¹⁰. Alors que, celle de crime de guerre est quant à elle définie par l'auteur du même dictionnaire selon l'approche évolutive moderne en la considérant comme « *toutes violations graves des règles du droit international humanitaire susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur, qu'elle que soit la nature internationale ou non internationale du conflit* »⁸¹¹. Il ressort très clairement de cette définition du professeur Jean SALMON que, les auteurs des sévices infligés auxquels les prisonniers de la « guerre contre le terrorisme » ont été victimes doivent faire l'objet de sanctions. Car en effet, la nature de cette « guerre » ne devrait en aucun cas dispenser l'Etat détenteur en l'occurrence les Etats-Unis de leur responsabilité⁸¹².

555. D'autres auteurs, à l'instar de SANDESH SIVAKUMARAN, mène une démarche fusionnelle en ce sens qu'il tente de rapprocher davantage les crimes de guerre avec le DIH en concluant que le crime de guerre est essentiellement une violation du DIH⁸¹³. C'est dans l'optique de cette différence plus ou moins pertinente que le professeur Antonio CASSESE estime pour sa part que les crimes de guerre devraient être définis comme « *Serious violations of customary or treaty rules belonging to the corpus of the International Humanitarian Law of Armed Conflict* »⁸¹⁴.

556. Cependant, l'analyse comparative des expressions française et anglaise utilisées pour marquer la nette différence entre infractions graves aux CG et au PA I (*grave breaches*), d'avec les crimes de guerre considérés comme « *serious violations* », montre clairement que l'expression anglaise prouve incontestablement leur différence.

557. On note en revanche l'absence de rigueur dans la terminologie française lorsqu'elle se propose de différencier ces deux termes. En effet, l'expression « *grave*

⁸⁰⁹ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 577.

⁸¹⁰ *War Crimes Act of 1996*.

⁸¹¹ *Ibid.* p. 288.

⁸¹² Art. 12 de la CG III de 1949.

⁸¹³ S. SIVAKUMARAN, « Re-envisaging the international Law of internal Armed conflict » in *European journal of international Law (EJIL)*, vol. 22, n°1, 2011, pp. 219-264, p. 238.

⁸¹⁴ A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Second éd., New York, 2008, p. 81.

breaches » nommée par la terminologie anglaise est ici, en français, traduits par « *infractions graves aux conventions de Genève* », et les crimes de guerre soit comme « *les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève* » ou encore comme « *les autres violations graves aux lois et coutumes de guerre applicables dans les conflits armés internationaux ou non internationaux* »⁸¹⁵. Pour le CICR, toute violation grave du DIH est constitutive de crimes de guerre⁸¹⁶.

558. Les CG n'établissent pas une liste exhaustive des infractions graves dont les personnes protégées sont susceptibles d'être les victimes d'une quelconque infraction grave. En revanche, certaines dispositions pertinentes des CG comportent des éléments de définition qui résument des actes qui peuvent être qualifiés d'infractions graves lorsqu'ils sont commis contre les personnes protégées⁸¹⁷. Il s'agit entre autres d'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grande souffrance ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.

559. C'est l'existence de l'intention criminelle qui justifie la qualification de l'acte d'homicide involontaire. Elle correspond au fait de commettre l'acte de tuer, de s'abstenir de soigner, de donner à manger, bref de laisser mourir. Ce fut le cas en décembre 2002, la mort en détention (prison de Bagram) de deux ressortissants afghans avait suscité des interrogations légitimes puisque les médecins militaires avaient classé ces deux décès dans la rubrique « homicides » après avoir diagnostiqué des coups mortels⁸¹⁸. Il a fallu attendre l'année suivante pour que les autorités américaines s'engagent à améliorer les conditions de détention à Bagram. Suite à ce drame, une enquête fut diligentée et les résultats indiquaient clairement « [...] *que les mauvais traitements infligés aux prisonniers étaient routiniers : enchaînés au plafond de leur cellule, privés de sommeil, battus, sexuellement humiliés et menacés par des chiens*

⁸¹⁵ Art. 8 du Statut de Rome de la CPI.

⁸¹⁶ J.-M., HENCKAERTS, « customary International Humanitarian Law: Taking Stock of the ICRC Study » in *NJIL*, vol. 78, 2010, pp. 435-468.

⁸¹⁷ L'art. 50 de la CG I ; art. 51 de la CG II ; art. 130 de la CG III ; art. 147 de la CG IV.

⁸¹⁸ V. Amnesty International, *Afghanistan-Une intervention urgente est nécessaire pour améliorer les conditions carcérales*, 1^{er} février 2002 ; HRW, « Enduring Freedom », *Abuses by US Forces in Afghanistan*, vol. 16, n° 3(c), mars 2004 ; T. GOLDEN, « In U.S. Report, Brutal Details of 2 Afghan inmates Deaths », *New York Times*, 20 mai, 2005.

militaires—exactement la même conduite reproduite ultérieurement en Irak »⁸¹⁹. En réalité, il ne s'agit pas seulement de la simple négligence ou de difficulté matérielle patente dont la combinaison pourra expliquer la cause du décès, mais la commission d'un acte qui peut être qualifié d'infraction grave.

560. Les infractions graves vont au-delà de la mise en danger de l'intégrité physique de la personne et de sa santé. Le fait par exemple que certains prisonniers de Guantanamo soient enfermés dans des cellules sans fenêtre peut être qualifié de traitement inhumain et dégradant.

561. Les PG ne doivent pas subir de contraintes qui les obligeraient « [...] à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même dans les cas où ils auraient été à son service avant le commencement de la guerre »⁸²⁰. La normalisation de cette interdiction par les CG n'est pas éloignée de l'esprit dégagé par l'ordonnance française du 8 août 1944. Il peut également noter que le fait d'avoir été privé du droit être jugé régulièrement est constitutif d'infraction grave au DIH.

562. Dès lors que, le CG III et IV rappellent les modalités de jugement des personnes protégées. Dit autrement, elles doivent être jugées par un tribunal indépendant et impartial, car toute absence de séparation de pouvoirs serait de toute évidence contraire au PIDCP, qui prévoit que tous les procès doivent être conduits « par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi »⁸²¹. Cela rejoint parfaitement la position de la Cour suprême des Etats-Unis lorsqu'il déclarait de façon équivoque que, les personnes civiles ne pouvaient en aucun cas être traduites devant une juridiction militaire d'exception dès lors que les juridictions de droit commun étaient en état de fonctionner normalement⁸²².

563. En d'autres termes, la « guerre contre le terrorisme » au nom de l'état d'exception justifier toute tentative dérogatoire dont jouiraient les Etats-Unis et,

⁸¹⁹ « Patterns of Abuse », *New York Times*, 23 mai 2005.

⁸²⁰ Art. 23 du Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre de 1907.

⁸²¹ Art. 14. 1.

⁸²² En cas de conflit armé interne, voir en effet *ex parte* Milligan, *United States Reports*, vol. 71, 1866, p. 1, et en cas de CAI, voir affaire *Duncan c. Kahanamoku*, *United States Reports*, vol. 327, 1946, p. 304

permettant à ceux-ci de rendre inopérantes toutes règles juridiques fondamentales. Alors que certains droits sont néanmoins explicitement non dérogeables⁸²³. Force est de constater que, l' « *exception ne doit son existence qu'à la règle de droit* »⁸²⁴.

564. Incontestablement, les Etats-Unis ont commis à travers cette « guerre » une série d'infractions graves au DIH. Devant cette évidence, il serait juste que les infractions graves clairement identifiées soient attribuées aux Etats-Unis (Section I). Cependant, malgré ces dérives américaines le sort des détenus de Guantanamo se résume toujours par une détention indéfinie au mépris des droits fondamentaux de la personne humaine (Section II).

Section I : De l'attribution d'infractions graves du droit international humanitaire aux Etats-Unis

565. Il ressort de la doctrine qui s'est penchée spécifiquement sur la question relative à la commission d'infractions graves au DIH que, lesdites infractions ont été commises par différents acteurs impliqués directement aux deux conflits majeurs (Afghanistan, Irak) parmi lesquels l'armée américaine (Paragraphe I), et l'Agence américaine de renseignement, en l'occurrence la CIA (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les infractions graves au droit international humanitaire commises par l'armée américaine

⁸²³ Le Comité des droits de l'homme a par ailleurs déclaré que certaines garanties de procédure ne peuvent faire l'objet d'une dérogation lorsque celle-ci empiète sur la protection effective des droits qui ne sont pas susceptibles de dérogation—Observation générale n°29, paragraphe 15.

⁸²⁴ F. SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, (Quadrige), Paris, 2003, p. 673.

566. La commission d'infractions graves à grande échelle concernait précisément trois endroits tristement symboliques situés à l'extérieur du territoire américain. Il s'agit de Bagram, Abou Ghraïb et Guantanamo Bay. Les Etats-Unis ont volontairement voulu violer les règles du DIH en pratiquant de la torture (1). Cette torture sans limite s'est poursuivie à proximité de leur frontière, c'est-à-dire sur leur base navale de Guantanamo Bay (2).

1- La substitution des règles du droit international humanitaire par la pratique de la torture : de Bagram à Abou Ghraïb.

567. Dans ses Mémoires, Georges W. BUSH déclarait, « *George TENET m'a demandé s'il avait la permission d'utiliser les techniques d'interrogatoire plus efficaces, comme le simulacre de noyade, pour faire parler Khalid Cheikh MOHAMMED...* »—« *Bien sûr que oui—ai-je répondu* »⁸²⁵. Cette autorisation sera le fil conducteur de l'un des plus grands scandales que les Administrations américaines n'ont jamais connue. Toutes les échelles de responsabilité engagées dans cette « guerre » vont se lancer dans l'usage de la torture à l'égard des détenus soupçonnés de terrorisme.

568. L'Administration Bush en optant pour la torture savait que l'usage de celle-ci était considérée comme un crime de guerre au même titre que le génocide que, nul Etat quel qu'il soit ne peut la pratiquer et, moins encore la légitimité comme l'avait fait l'Administration américaine au cours de ce conflit armé.

569. Dans cette société moderne voire même ultramoderne, la torture était considérée par les sociétés démocratiques avant le 11 septembre 2001, comme un passé douloureux qu'il faut vite oublier même s'il hantait toujours ses victimes. Mais, la mise en place de la politique de cette « politique militarisée » au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 par le Président W. BUSH a replongé le monde dans

⁸²⁵ George W. BUSH, *Instants décisifs*, Plon, Paris, 2010, p. 170.

une réflexion portant sur l'incompatibilité entre l'usage de la torture par les démocraties et le respect du droit international qui l'interdit. C'est dans cette ambivalence réflexive entre la violation du droit au nom de la sécurité nationale et le respect de ce même droit que l'Administration Bush avait fini par choisir (...). Même si cette dernière n'a jamais admis publiquement le recours à la torture comme moyen légal dans cette « guerre contre le terrorisme » contre l' « ennemi invisible ». Toutefois, elle a néanmoins reconnu sa nécessité dans sa « guerre contre le terrorisme »⁸²⁶.

570. Le scandale d'Abou Ghraïb en 2004 avait permis au monde de découvrir la face cachée de cette « guerre » dans laquelle les Etats-Unis avaient été engagés. L'emploi des techniques humiliantes et dégradantes, incluant en prime des sévices sexuels, de même que la pratique de la torture par l'Administration Bush via l'armée américaine contre les détenus de cette « guerre ». Ceci n'est que le résultat de la mise en œuvre systématique d'une politique spécifique décidée par le Président George W. BUSH, en s'appuyant sur une théorie juridique particulière élaborée par de brillants juristes dépendant de deux ministères importants : celui de la justice et de la défense.

571. En effet, la ligne politique de cette « guerre contre le terrorisme » sur le sort juridique des détenus ne tenait qu'à deux arguments principaux : la non application des CG relative au traitement des PG dans le cadre de cette fameuse « guerre contre le terrorisme », en l'occurrence les taliban, ainsi qu'aux membres d'Al-Qaïda. Seul la Secrétaire d'Etat, Colin POWELL était opposé à cette mesure dont il jugeait dangereuse pour la protection des troupes américaines, si jamais elles venaient d'être capturées.

572. Pour le Secrétaire à la Défense Donald RUMSFELD, tous ces détenus n'étaient pas des PG, mais des « combattants illégaux »⁸²⁷. C'est aussi l'avis du

⁸²⁶ Michel TERESTCHENKO, *Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte, Paris, 2008, p. 12.

⁸²⁷ M. TERESTCHENKO, *Du bon usage de la torture. Ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte, Paris, 2008, pp. 36, 37. Conférence de presse du Secrétaire à la Défense des Etats-Unis du 11 et 22 janvier 2002, D. Rumsfeld and Gen. Pace-Tuesday, Jan. 22, 2002 », en ligne à l'époque : U.S. Department of Defense http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/t01222002_t0122sd.html et D. Rumsfeld and, "DoD News Briefing-Secretary Rumsfeld and Gen. Myers-Friday, jan. 11, 2002", en ligne en 2002 : U.S. Department of Defense.

Président W. BUSH, malgré le fait d'avoir décidé d'appliquer les CG aux talibans quelques jours plutôt⁸²⁸.

573. Guantanamo Bay tristement célèbre ne représente pas l'ensemble des centres de détentions de la « guerre contre le terrorisme ». C'est d'ailleurs ce que soulignait Amnesty International en déclarant que Guantanamo n'est que « *la partie visible de l'iceberg* »⁸²⁹. C'est derrière cet iceberg que se dissimule toute une gamme de pratiques illégales de torture en violation du DIH, constituant ainsi de zones de non-droit que l'on trouvait en Afghanistan, en Irak ou encore dans des pays où la CIA était autorisée de transférer clandestinement des PG pour y être torturés dans le but d'obtenir de renseignements⁸³⁰. Dans l'intérêt de concision, au-delà de la multiplicité de centres de retentions que disposait l'Administration américaine, on n'évoquera que les principaux centres considérés comme le symbole de l'univers carcéral de la « guerre contre le terrorisme ».

574. La plupart des organisations des droits de l'homme s'accordent à dire que des traitements cruels et dégradants étaient appliqués, à l'époque des faits, dans les prisons de Kandahar et de Bagram. Et ce, sous l'autorité des forces américaines. En effet, les conditions de détention étaient presque inhumaine, car les détenus étaient : dévêtus, humiliés, agenouillés des heures durant, enchaînés, passés sous des jets d'eau glacées en plein hiver, tenus éveillés pendant de longues heures, menacés arme au poing, raillés, battus, sans nourriture, soumis à une succession infinie d'interrogatoires par des agents de services de renseignement américains⁸³¹.

⁸²⁸ cf. « Geneva Convention Applies to Taliban, not Al Qaeda », dans American Forces Information Service News Articles, 7 février 2002, en ligne en 2002 : U.S. Department of Defense.

⁸²⁹ Amnesty International citée par Colombe CAMUS, *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Le Félin, Paris, 2007, p. 56.

⁸³⁰ J. ROSS, « Sévices infligés à des prisonniers : la réponse légale apportée par les Etats-Unis à la question de la torture depuis le 11 septembre 2001 », *RICR*, N° 867, 2007, p. 14.

⁸³¹ M. TERESTCHENKO, *Du bon usage de la torture. Ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte, Paris, 2008, pp. 63 et s.; S. PETERMANN, *Guantanamo. Les dérives de la guerre contre le terrorisme*, André Versaille éditeur, Paris, p. 45.

575. *Human Rights Watch* (HRW) fut l'une des premières ONG à avoir lancé la sonnette d'alarme dans son rapport publié en mars 2004 sur les mauvais traitements infligés aux prisonniers détenus par les forces américaines en Afghanistan⁸³².

576. La base aérienne de Bagram était un lieu de transit pour des personnes arrêtées ou soupçonnées de terroriste par l'armée américaine. Le nombre croissant de détenus avait donné à ce lieu le statut de véritable centre de détention de cette « guerre contre le terrorisme » au même titre que Guantanamo ; tant du point de vue juridique que pratique. Car, les détenus sont incarcérés indéfiniment et sans charge, dans des conditions extrêmement déplorable et inhumaines en violation flagrante du DIH⁸³³.

577. Les premières violations du DIH ont été enregistrées en Afghanistan, l'œuvre des geôliers américains sur leurs détenus afghans⁸³⁴. Ces violations du DIH commises dans des centres de détention notamment aux Camps militaires américains de Kandahar, Jalalabad et Asadabad. Dans ces zones souvent qualifiées de « zones de non-droit », émerge en général le problème relatif aux conditions de détention. Cette question cruciale était omniprésente et, le CICR n'était pas autorisé à rendre visite aux détenus ; ce qui amplifiait considérablement la tension à l'extérieur comme à l'intérieur de ces centres de rétention⁸³⁵.

578. Les soupçons qui pesaient sur les forces américaines au sujet de mauvais traitements ainsi que la pratique de la torture sur les détenus se sont avérés exactes à partir du scandale d'Abou Ghraïb en 2004.

⁸³² V. Rapport de Human Rights Watch, *Enduring Freedom*, mars 2004, 59 pages.

⁸³³ Art. 3 paragraphe 1 commun aux quatre CG, « *Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour tout autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue* ».

⁸³⁴ V. Amnesty International, *Afghanistan-Une intervention urgente est nécessaire pour améliorer les conditions carcérales*, 1^{er} février 2002; Human Rights Watch, *Enduring Freedom, Abuses by U.S. Forces in Afghanistan*, vol. 16, n° 3(C), mars 2004; T. Golden, « In U.S. Report, Brutal Detail of 2 Afghan Inmates Deaths », *New York Times*, 20 mai 2005.

⁸³⁵ V. Amnesty International, *Rapport annuel 2005, Etats-Unis d'Amérique*.

579. Tout commença par la mission confiée au général Geoffrey MILLER en septembre 2003 par Donald RUMSFELD, dont il était question de réviser les procédures d'interrogatoires à la prison d'Abou Ghraïb, en les rendant beaucoup plus coercitifs. Ayant dirigé précédemment le centre de Guantanamo, le général MILLER avait reçu l'ordre de « Guantanamoiser » (« *gitmoise* » en anglais). Pour lui et certains interrogateurs, le but était de mettre la pression au maximum sur les PG afin de les « briser » et, il fallait les « *traiter comme des chiens* » selon ses mots⁸³⁶. Dans ces conditions les chances de voire respecter ou appliquer le DIH étaient de plus en plus minces. En conséquence, il y avait plus moins de chances qu'il soit respecté ou appliqué compte tenu de sa mise à l'écart volontaire.

580. L'avenir de la plupart des détenus était bien sombre au motif qu'ils n'avaient aucun espoir d'être libérés ni jugés. Selon Amnesty international, « *certaines détenus étaient incarcérés depuis plus de deux ans (sans inculpation ni jugement) sans espoir de solution ou de recours : d'autres ont été libérés sans explications ni excuses et sans aucune compensation pour les mois passés en prison* »⁸³⁷. Malgré les rapports qui faisaient état de mauvais traitements de prisonniers irakiens par la police militaire le général Ricardo SANCHEZ, Commandant des forces de la coalition n'avait pris aucune mesure pour stopper ces violations flagrantes du DIH dans cette prison d'Abou Ghraïb⁸³⁸. En plus, ce dernier estimait que la situation relative aux conditions de détention n'avait pas encore atteint un seuil critique.

581. C'est ainsi qu'éclata le 14 janvier 2004 le scandale d'Abou Ghraïb quand un membre de la police militaire, en l'occurrence le Sergent Joseph DARBY annonça le Commandant militaire de cas de torture dont il avait été témoin. C'est dans un cédérom appartenant au caporal Charles GRANER remis de manière anonyme par le Sergent DARBY à *l'Army Criminal Investigation Command* qu'étaient contenues des photographies compromettantes de même que de scènes de torture.

⁸³⁶ Ces propos du général MILLER ont été confirmés par Janis KARPINSKI, ancienne brigadière général en Charge de la prison d'Abou Ghraïb.

⁸³⁷ V. Amnesty International, *Beyond Abu Ghraib : détention and torture in Irak*, 6 mars 2006.

⁸³⁸ *Rapport on Detention and Corrections in Irak (MG Ryder's Report)*, en annexe 19 du rapport Taguba.

582. Deux jours plus tard, l'un des Commandements travaillant de concert avec le Pentagone annonçait l'ouverture d'une enquête criminelle interne. Il fallait attendre jusqu'au 28 avril 2004 pour que les photos soient enfin rendues publiques⁸³⁹. Ainsi, la publication de ces images par la Chaîne de télévision CBS avait suscité l'indignation de l'opinion internationale—la majorité des Etats musulmans. L'impact de ces photos avait contraint George W. BUSH à dénoncer publiquement ces sévices afin de faire baisser la tension provoquée par ces pratiques odieuses⁸⁴⁰. Mais pour les autorités américaines en général, à l'instar de Donald RUMSFELD, ne considérait pas ces sévices comme étant des actes de torture : « *J'ai l'impression que ce qui est reproché jusqu'ici ce sont des mauvais traitements, ce qui à mon avis est techniquement différent d'actes de tortures. (...) Et c'est pourquoi "torture" est un mot dont je n'userais pas* »⁸⁴¹.

583. Peu importe ce que pouvaient avancer l'Administration Bush à ce sujet, il est incontestable que le droit international n'a pas été respecté dans cette affaire. Elle avait clairement échoué sur le plan juridique ou moral. Car en effet, le scandale de la prison d'Abou Ghraïb était indéfendable. Enfin, aucune règle de droit ne l'autorisait de traiter les prisonniers de guerre en dehors du cadre juridique propre au droit des conflits armés.

584. Malheureusement, le scandale d'Abou Ghraïb n'était qu'un épisode d'une série de scandales dont le plus médiatique serait celui de Guantanamo Bay.

2- La continuation de la pratique de la torture sur la base navale de Guantanamo : un véritable « laboratoire de la torture »

⁸³⁹ Sur la chaîne de télévision CBS, dans l'émission « 60 minutes » ; S. HERSH, « Torture at Abu Ghraïb », *New Yorker*, 10 mai 2004.

⁸⁴⁰ President George W. Bush Meets with Alhurra Television and with Al Arabiya Television, 5 mai 2004.

⁸⁴¹ Donald RUMSFELD, *Defense Department operational*, 4 mai 2004.

585. Depuis la déclaration de la « guerre contre le terrorisme », la base navale de Guantanamo a été reconvertie pour d'autres fins. Cette reconversion a été confirmée le 11 janvier 2002, date à laquelle le Président George W. BUSH autorise son ouverture par le biais d'un décret⁸⁴². Dès son ouverture, la prison de Guantanamo abritait environ mille combattants qualifiés de « combattants ennemis », soupçonnés de terroristes, et originaires de plusieurs pays.

586. Selon les autorités américaines, les détenus de Guantanamo sont enfermés pour des raisons de sécurité. Ils sont donc soumis à des interrogatoires afin de les écarter de toute tentative de reprise d'activité terroriste contre les Etats-Unis et leurs alliés. Elle n'était pas seulement remplie de détenus taliban et des membres d'Al-Qaïda mais aussi, des personnes suspectées être liées à Al-Qaïda même s'ils n'ont aucun lien direct avec les conflits afghan et irakien⁸⁴³.

587. L'arsenal juridique qu'offre les CG n'a probablement pas suffi d'empêcher de multiples violations du DIH à Guantanamo. Pourtant, la CG III recommande un minimum de traitement humain aux prisonniers, « *les prisonniers de guerre doivent être traités en tout temps avec humanité [...] doivent de même être protégés en tout temps, notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique* »⁸⁴⁴. Le refus des autorités américaines d'appliquer les CG sous prétexte que les personnes détenues à Guantanamo n'avaient aucun statut qui les obligeaient à les protéger, ont ouvert clairement la voie à la pratique de la torture, alors même qu'elle est prohibée. Cette même CG III interdit tout usage de la torture quel qu'elle soit envers les PG, « *Aucune torture physique ou morale ni aucune contrainte ne pourra être exercée sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements de quelque sorte que ce soit. Les prisonniers qui refuseront de répondre ne pourront être ni menacés, ni insultés, ni exposés à des désagréments ou désavantages de quelque nature que ce soit* »⁸⁴⁵.

⁸⁴² *Military Order of November 13, 2001—Detention, treatment, and Trial of certain Non-citizens in the War against Terrorism* (66 Federal Register 57831-57836, 2001), sec. 4.

⁸⁴³ C'est le cas bien évidemment des Algériens résident en Bosnie-Herzégovine transférés sur la base militaire de Guantanamo.

⁸⁴⁴ Art. 13 de la CG III.

⁸⁴⁵ Art. 17 paragraphe 4 de la CG III.

Et, même en l'absence du statut de PG auquel ils ont droit et, que les autorités américaines s'obstinent à ne pas leurs octroyer, ils sont néanmoins susceptibles d'être protégés par la CG IV, « *Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traités, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique* »⁸⁴⁶.

588. Toutes ces protections prévues par les CG 1949 et leurs PA de 1977, mentionnées dans ces lignes ont été régulièrement violées par l'Administration Bush.

589. Les conditions de détention dans la prison de Guantanamo sont loin d'être acceptables. Les prisonniers sont détenus dans des conditions inhumaines, cruelles et dégradantes et, dont l'issue reste incertaine pour la plupart d'entre eux⁸⁴⁷. Les interrogateurs soumettaient de plus en plus des détenus à toute sorte d'humiliation, notamment à caractère sexuel⁸⁴⁸. Les détenus sont enfermés dans des cellules

⁸⁴⁶ Art. 27 de la CG IV.

⁸⁴⁷ V. les sites internet du Comité international de la Croix-Rouge (<http://www.icrc.org>); Amnesty international (<http://www.amnesty.org>) et de Human Rights Watch (<http://www.hrw.org>).

⁸⁴⁸ Citons quelques cas témoignant des scènes humiliantes. Le premier serait celui de Mohammed AL-QAHTANI : les interrogateurs savaient qu'étant donné que AL-QAHTANI est de confession musulmane, il supporterait mal de tenir longtemps en contact d'une femme ; ils ont donc inventé un jeu dénommé « *Invasion of Space by a Female* ». Le principe de ce jeu consistait à l'humilier, à le rendre impur au contact des femmes. Il était nerveux, agité, dénudé complètement et encagoulé en présence de femme soldats, tout ceci constituait une humiliation particulièrement intolérable dans sa culture imprégnée de machisme. On lui accrochait des photos de femmes nues autour du cou et on le forçait de porter, de façon extravagante des dessous féminins sur la tête. Une autrefois, ils l'ont mis un collier autour du cou et le promenait avec une laisse autour de la pièce en le forçant à simuler un chien, ou encore l'intimidaient en le mettant en présence de molosses non muselés afin de l'effrayer en suscitant sa crainte d'être mordu. Le deuxième est celui écrit par Erik SAAR & Viveca NOVAK, *Inside the Wire*, New York, The Penguin Press, 2005, pp. 223-227. Erik SAAR, interprète militaire, raconte qu'un jour un jeune détenu saoudien suspecté d'avoir suivi des cours de pilotage en Arizona, où les pirates de l'air ont eux aussi étaient formés, l'interrogatrice, une femme soldat mécontente du manque de coopération du suspect, dégrafa sa blouse et se mettait à caresser ses seins en hurlant : « *Tu n'aimes pas ces gros seins ?* ». Dépassée par l'indifférence et le dégoût affiché par le détenu, elle se mettait à circuler autour de ce dernier en adoptant des positions suggestives tout en déboutonnant son pantalon et en y clissant la main. Quelques instants plus tard, elle dira au détenu qu'elle avait ses menstruations et qu'elle allait le rendre totalement impur, s'il ne parlait pas. Quelques minutes plus tard, elle exhiba soudainement sa paume de la main recouverte d'un liquide qui ressemblait à du sang menstruel. Elle le menaçait de le souiller le visage et, qu'ensuite elle le renvoyait dans sa cellule sans possibilité de se laver, cette scène se déroulait devant les compagnons de cellule du détenu. Envahi par un stress extrême, le détenu se révoltait avant d'être maîtrisé par la police militaire,

individuelles mesurant environ deux mètres et demi chacune, éclairées quotidiennement avec une lumière aveuglante et dont les cloisons et porte sont en grillage métallique où leur intimité est mise à nue. Des interrogatoires s'enchaînent de jour comme de nuit⁸⁴⁹.

590. De la cellule à la salle d'interrogatoire, les détenus ont les mains et les pieds menottés avec en prime un sac de toile placé sur la tête, pour non seulement l'empêcher de voir, mais aussi de le désorienter. D'après le Mémoire de la CIA, dix techniques d'interrogatoires musclées ont été utilisées en 2002 à l'encontre des présumés terroristes parmi lesquels Abu ZUBAYDAH.

591. En 2005, quatre techniques supplémentaires ont été développées augmentant d'un cran la souffrance des PG. Pour la CIA, ces techniques d'interrogatoires musclées ne sont pas des actes de torture. Dans la poursuite de cet engrenage de la torture intervient les privations de sommeil, de nourriture, la nudité forcée, le maintien en positions pénibles et la sur-stimulation sensorielle sur des périodes prolongées, la pression sur l'abdomen, le visage, la simulation de noyade (*waterboarding*), l'enfermement dans des lieux exigus sans lumière avec des insectes. Toutes ces pratiques allaient à l'encontre des dispositions pertinentes prévues par les CG⁸⁵⁰.

592. Atteindre ce niveau de violence sans se soucier des exigences de l'humanité c'est ne plus avoir d'objectif pour une cause pour laquelle on se bat. Car en effet, la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 en vertu de laquelle « *les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité* » se vide complètement de sa substance devant une telle cruauté. Nonobstant le refus d'appliquer les CG à

sans avoir avoué quoi que ce soit. Comme pour dire que la torture et les humiliations ne sont pas la clef pour obtenir de renseignement (souligné par nous). Le troisième cas avait eu lieu le 30 juin 2004, lorsqu'un agent du FBI a vu un détenu assis sur le sol, enroulé dans un drapeau israélien, dans une salle d'interrogatoire éclairée de lumières stroboscopiques et où résonne une musique assourdissante. Dans un courrier du 14 juillet 2004, on pouvait lire que des interrogatoires agressifs ont été employés au cours desquels une femme tordait les testicules d'un détenu et lui retournait les pouces.

⁸⁴⁹ Cela rejoint très justement le Mémoire de la CIA rendu public le 16 avril 2016, Document original disponible sur le site [<http://graphics8.nytimes.com/packages/images/nytint/docs/justice-departement-memos-on-interrogation-techniques/original.pdf>].

⁸⁵⁰ Art. 13 et 17 paragraphe 4 de la CG III, et 27 de la CG IV.

Guantanamo, l'Administration Bush n'avait non plus aucune intention d' « Humaniser la guerre », en lui accordant une consistance juridique à l'image de ce qu'évoquait déjà en 1899 la Convention de La Haye : « *Les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation* ».

593. Pour tenter de freiner cette interminable torture contre les PG, une enquête avait été menée sur des actes de torture commis par l'armée américaine à initiative de John McCain et Carl LEVIN. Le 11 décembre 2008, le Sénat publiait un Rapport accablant qui comportait plusieurs points dont le point n°13 consacré au programme SERE concernant (la survie, l'évasion, la résistance, la fuite). Il avait fini par comparer le contenu de ce programme soumis aux détenus aux techniques utilisées par les Chinois pendant la guerre de Corée⁸⁵¹.

594. Malgré tout, la tension à Guantanamo était de plus en plus palpable à cause de la torture qui devenait de plus en plus insupportable. Elle avait monté d'un cran au lendemain du 11 juin 2006 après les suicides par pendaison de trois détenus (Yéménite, Saoudiens)⁸⁵². Cette affaire était tellement embarrassante pour l'Administration Bush que toute justification semblait s'éloigner de la réalité. Pour tenter se dédouaner de sa responsabilité, les Etats-Unis ont par le biais de son Administration voulu par tous les moyens responsabiliser les PG dans cet acte de désespoir en rappelant leur envie presque naturelle et infinie de se donner la mort en voulant devenir des martyrs⁸⁵³.

595. Dans cette « guerre », le pire pour les détenus de Guantanamo c'est la pratique de la torture. Le fait qu'ils fassent l'objet de sévices est tout simplement

⁸⁵¹ *Senate armed services committee inquiry into the treatment of detainees in US custody*, [<http://levin.senate.gov/newsroom/supporting/2008/Detainees.121108.pdf>]

⁸⁵² *The Washington Post*, « Three Detainees Commit Suicide at Guantanamo », 11 juin 2006.

⁸⁵³ V. les propos du Contre-amiral Harry B. HARRIS J-R, ancien responsable de la prison, « *Les trois détenus ont scellé un pacte de mort car ils n'ont aucun respect pour la vie* » avant de poursuivre, « *ce n'est pas un acte de désespoir mais un acte de guerre asymétrique dirigé contre nous* ». Même le général Bantz J. CRADDOCK, à l'époque responsable du US Southern Command à Miami dont dépend Guantanamo, allait dans le même, « *Les détenus continuent à faire tout ce qu'ils peuvent (...) pour devenir des martyrs* », (*The Washington Post*, « Three Detainees Commit Suicide at Guantanamo », 11 juin 2006).

insupportable au regard du DIH⁸⁵⁴. Cette méthode n'avait qu'un seul objectif, celui d'obtenir auprès d'eux des informations permettant le démantèlement des réseaux terroristes en guerre contre les Etats-Unis, ainsi se justifiait l'Administration Bush. Pourtant, le DIH interdit toute contrainte tendant à contraindre les PG pour obtenir d'eux des renseignements⁸⁵⁵. Les inquiétudes du CICR au sujet du refus américain d'octroyer le statut de PG aux détenus et, surtout la question relative à leur traitement justifiaient sa préoccupation⁸⁵⁶.

596. Sous l'impulsion du Sénateur John McCain, le Sénat a été amené à adopter un amendement contre la torture en octobre 2005⁸⁵⁷.

Paragraphe II : Les infractions graves au droit international humanitaire orchestrées par la Central Intelligence Agency (CIA)

597. La CIA comme l'armée américaine s'est à son tour lancée dans la pratique de la torture en s'éloignant de plus en plus des frontières américaines. Elle va procéder

⁸⁵⁴ Prenons par exemple le cas d'un détenu que l'on attache pendant des heures durant sur le sol en position fœtale, «passage à tabac», injection, privation de sommeil, rasage des cheveux et de la barbe, obligation d'écouter de la musique assourdissante ou l'hymne national américain, de regarder une relation sexuelle entre gardiens, d'aboyer, de porter des photos de femmes nues autour du cou, de regarder un gardien uriner sur le Coran, etc. V. à cet effet, *Le temps*, L'Amérique a mal à Guantanamo, 16 juin 2005, p. 4. V. aussi le site internet d'Amnesty International qui relate plusieurs cas de torture dans ses documents publics : Guantanamo et au-delà : à la recherche d'un pouvoir exécutif sans limites (résumé), Document public du 13 mai 2005, pp. 4 et s, et annexe 3 ; AMR 51/131 2005 du 16 août 2005 ; AMR 51/129/2005 d'août 2005. Pour d'autres témoignages de détenus relatifs aux actes de tortures, voir dans ce cas l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Légalité de la détention de personnes par les Etats-Unis à Guantanamo Bay, Doc. 10497, 8 avril 2005, pp. 10 s., & 42, disponible sur le site Internet de l'Assemblée parlementaire (<http://www.assembly.coe.int>).

⁸⁵⁵ Art. 17 paragraphe 4 de la CG III.

⁸⁵⁶ Cf. les Rapports réguliers de visite du camp de Guantanamo sur le site du Comité, [<http://www.icrc.org/>].

⁸⁵⁷ *Detainee Treatment Act*, pub. L. N°109-148, §§1001-1006(2005). Texte de l'amendement disponible sur le site [<http://www.phrusa.org/research/torture/mccain>].

au transfert clandestin des PG (1), avant de créer clandestinement des prisons secrètes (2).

1- Le transfert clandestin des prisonniers de guerre

598. La CIA n'est pas restée en marge des violations du DIH dans cette « guerre contre le terrorisme », au contraire elle demeure l'agence américaine la plus impliquée dans le scandale lié aux actes de torture pour l'application de la « doctrine Bush ».

599. Avec l'aval du Président des Etats-Unis et du Secrétaire à la Défense, la CIA avait privilégié des méthodes d'interrogatoire poussées, datant de la période de la guerre froide en collaboration avec d'anciens militaires français de la guerre d'Algérie⁸⁵⁸. Qualifiées de torture, ces méthodes de nature psychologique sont le résultat d'un investissement de milliards de dollars depuis 1950⁸⁵⁹.

600. A cette date, la CIA s'était lancée dans une série d'expérimentations cognitives très élevées (la chirurgie du cerveau, l'électrochoc, l'hypnose et l'usage de la drogue), afin de contrer le conditionnement mental qui était l'œuvre des Soviétiques et des Chinois. Pour réaliser ces expérimentations, la CIA avait mobilisé les médecins hospitaliers, universitaires, chercheurs venant des plus prestigieuses institutions américaines. En effet, le but de cette recherche académique tournait bien évidemment autour de la torture⁸⁶⁰. Il s'agissait de la « désorientation sensorielle (en anglais *sensory desorientation*) » et la « souffrance auto-infligée (en anglais *Self inflicted pain*) ».

⁸⁵⁸ M.-M. ROBIN, *Escadrons de la mort, l'école française*, La Découverte, Paris, 2004 (rééd. En poche : La Découverte, Paris 2008). En particulier, chap. 16 : « La doctrine française est exportée aux Etats-Unis ».

⁸⁵⁹ P. AUSSARESSES, *Services spéciaux. Algérie 1955-1957*, Perrin, Paris, p. 165.

⁸⁶⁰ A. W. McCOY, *A question of Torture. CIA Interrogation from the Cold War to the War on Terror*, Metropolitan Books, New York, 2006, p. 33.

601. Certes, comparée à la torture physique, on dira qu'elle est physiquement moins dévastatrice du fait qu'elle ne laisse pas de traces ni de cicatrices visibles sur la victime du fait de l'absence de la violence. Elle reposait essentiellement sur la privation sensorielle dont les effets sur la psyché humaine sont dévastateurs et insupportables. Mais, elle est beaucoup plus destructrice que la torture traditionnelle dans la mesure où elle affecte considérablement la personnalité tout en détruisant la résistance du prisonnier. De ce fait, elle est d'une efficacité plus redoutable que les formes classiques de torture.

602. En effet, l'expérience conduite par le neuropsychologue canadien, Donald HEBB à l'Université McGill à Montréal en 1951 sur la psychologie cognitive avait conclu que le fait d'être allongé et enfermé dans une cabine pendant vingt-quatre heures sur vingt-quatre les perceptions sensorielles visuelles, auditives voire même tactiles du prisonnier se réduisent à cause du port de lunettes protectrices, de gants et l'absence de sons, la tête reposant sur un oreiller de mousse. Au bout de quelques heures, le prisonnier éprouve des hallucinations. Il ressort de cette expérience menée par HEBB, peu importe la spécificité mentale du prisonnier, il ne pourra résister à cette épreuve. L'efficacité de cette méthode a fait d'elle l'une des méthodes la plus employée à Guantanamo.

603. La souffrance auto-infligée permet de plonger le PG dans un état dans lequel il doit s'éprouver lui-même comme responsable de la souffrance qu'il éprouve. Elle le conduit vers un état de régression mentale et même infantile, c'est-à-dire un véritable « chaos existentiel ». Le but final est de rendre l'identité personnelle mentalement insupportable⁸⁶¹. Dans ces conditions d'incarcération, le PG a l'impression d'être coupé du reste du monde et, on ne lui accorde aucune possibilité de s'acclimater à son nouveau milieu de peur que cela renforce sa résistance. Si bien que,

⁸⁶¹ V. Manuel d'interrogatoire dont la rédaction remonte de 1963, appelé *Kubark Counterintelligence Interrogation*, « Plus l'endroit de détention éliminera les stimuli sensoriels, plus rapidement et plus profondément le détenu en sera-t-il affecté. Les résultats qui ne sont obtenus qu'après des semaines ou des mois d'emprisonnement dans une cellule ordinaire peuvent être découplés en heures ou en jours seulement dans une cellule sans lumière, à l'abri de tout son, dans laquelle les odeurs sont éliminées, etc. », p. 89.

le PG est maintenu debout la tête encapuchonnée, privé de sommeil, de sensations tactiles et visuelles pendant un long moment afin de briser sa résistance⁸⁶².

604. Pour la CIA, le détenu se sentira lui-même coupable et, de là, se développe en lui un sentiment d'anxiété et de culpabilité le pousseront à livrer les informations recherchées par les interrogateurs. Ces méthodes redoutables soient-elles ne prouvent pas pour autant la fiabilité des informations obtenues à l'issue de ces « interrogatoires doctrinaux ».

605. En 1971, la Grande Bretagne avait employé des méthodes similaires contre les membres de l'IRA (la position forcée debout, bras étendus contre le mur, le poids du corps pesant sur les orteils, le cagoulage avec un sac noir sur la tête, l'assujettissement au bruit assourdissant, la privation de sommeil, de nourriture et de boisson)⁸⁶³. On ne saurait malheureusement pas en mesure d'affirmer avec certitude si l'emploi de ces méthodes contraignantes ont produit des effets escomptés. En revanche, il ne permettrait pas d'en conclure que le seul fait d'utiliser ces différentes facettes de la torture aurait suffi pour autant d'éradiquer le terrorisme en Irlande.

606. Dans son rapport de 1976, la Commission européenne des droits de l'homme (CEDH) qualifiait sans hésitation ces techniques de « système moderne de torture »⁸⁶⁴. Mais cette qualification ne faisait pas l'unanimité, car la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) reste divergente à cette position. En effet, dans sa décision du 1978 en l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour parlait plutôt en terme de « traitement inhumain et dégradant ». Elle est restée prudente quant à l'emploi du terme « torture » au motif que lesdites techniques ne pouvaient être qualifiées de torture au sens strict de l'art. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸⁶⁵. Il semblerait que, la divergence de prise de position entre la CEDH et la CrEDH est due au fait que la complexité de la définition de la

⁸⁶² Cf. Manuel d'interrogatoire, *Kubark Counterintelligence Interrogation*, p. 92.

⁸⁶³ A. W. McCOY, *A question of Torture. CIA Interrogation from the Cold War to the War on Terror*, Metropolitan Books, New York, 2006, p. 55.

⁸⁶⁴ M. TERESTCHENKO, *Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte, Paris, 2008, p. 22.

⁸⁶⁵ Art. 3 de la CEDH, « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

torture psychologique⁸⁶⁶. Autrement dit, le fait que ces techniques ne laissent aucun signe apparent leur permet d'échapper à tout dispositif de protection le plus strict de droit de l'homme.

607. Ainsi, la CIA se range sous le prétexte de la coopération internationale pour la sécurité et la lutte contre le terrorisme qu'il avait eu recours à des pratiques illégales, telles que le transfert clandestin de prisonniers et de leur détention dans des prisons secrètes, impliquant nombre de leurs alliés.

608. Même en période de paix, le transfert d'un suspect ou de criminel d'un pays à un autre dans le cadre d'une restitution, d'un renvoi, d'une déportation, d'une extradition ; ou encore d'une expulsion nécessite l'emploi du dispositif émanant de Conventions internationales ou de traité bilatéraux. Peu importe l'option choisie, le droit international en général et le DIH en particulier interdit de transférer un PG clandestinement vers un pays où ce dernier risque d'être torturé, ou encore où il fera l'objet de traitements cruels, inhumains et dégradants.

609. La « guerre contre le terrorisme » a permis à la CIA de transgresser certaines règles de droit. En effet, plusieurs détenus ont été transférés vers certains pays dont la réputation en matière de torture est très renommée. Cette opération appelée « *extraordinary rendition* » qui représente l'empreinte même de la CIA pendant cette « guerre » a été à l'origine des violations du DIH. Consciente sans doute de la saturation de Guantanamo et de l'effervescence de l'opinion publique internationale au sujet des abus dans des cellules de cette base navale, en demandant la fermeture de cette prison, puis d'engager des recours devant la justice civile⁸⁶⁷. Il fallait bien trouver un endroit où règne l'impunité afin d'opérer en toute sécurité et impunité. D'où le recours à ces « destinations obscures » en transitant parfois par certains grands pays démocratiques européens.

⁸⁶⁶ A. W. McCOY, *A question of Torture. CIA Interrogation from the Cold War to the War on Terror*, Metropolitan Books, New York, 2006, p. 58.

⁸⁶⁷ C. CAMUS, *La guerre contre le terrorisme, Dérives sécuritaires et Dilemme démocratique*, éd. du Félin, 2007, p. 67.

610. Pendant cette « guerre », la CIA a illégalement arrêté et séquestré des détenus, présumés terroristes ou suspectés d'être affiliés à Al-Qaïda, parmi lesquels certains ont été transférés dans le plus grand secret dans des lieux ne relevant pas de la juridiction américaine. C'est le cas de Maher ARAR ressortissant canadien né en Syrie qui était arrêté à l'aéroport John F. Kennedy à New York, par les autorités américaines sur le fondement d'informations erronées délivrées par la Gendarmerie royale du Canada, alors qu'il rentrait de vacances en famille. Il a été détenu en secret pendant plusieurs semaines avant d'être transféré en Jordanie puis en Syrie où il a subi des actes de torture. C'est grâce à une enquête poussée menée par le gouvernement canadien qu'Arar a été innocenté de tout lien terroriste.

611. Un cas similaire a eu lieu en 2001, lorsque les autorités suédoises ont remis deux Egyptiens, Ahmed AGIZA et Mohammed AL-ZARI à la CIA à l'aéroport de Bromma, à Stockholm. Ils sont déshabillés, mis sous suppositoires, habillés de linge et de combinaison, les yeux masqués et placés un capuchon sur la tête. Ensuite, ils ont été transférés en Egypte par un avion du gouvernement américain. Ensuite, ils ont été soumis quotidiennement à la torture et aux mauvais traitements dans la prison de Tora, au Caire.

612. On peut également noter le cas d'Osama MOUSTAFA NASR, connu sous le nom de « Abou OMAR » avait élargi de plus belle la liste déjà bien sombre des transferts clandestins de la CIA. En effet, enlevé dans une rue en Italie et emmené en avion vers le Caire via l'Allemagne et, remis à la police secrète puis détenu à la prison de Tora. Il affirmait avoir été torturé par chocs électriques, passages à tabac, menaces de viol et attouchements violents sur ses organes génitaux. Il a ensuite été relâché quatre ans après par un tribunal égyptien en 2007, au motif que sa détention était non fondée.

613. Une enquête policière italienne avait permis à un Juge à Milan a déclaré coupables les vingt-deux agents de la CIA dont un Colonel de l'US Air Force, ainsi que deux agents secrets italien pour enlèvement⁸⁶⁸. Cette inculpation est non seulement la

⁸⁶⁸ V. Colombe CAMUS, *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et Dilemme démocratique*, éd. du Félin, Paris, 2007, p. 73.

première mais, aussi l'unique au monde dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » contre les agents impliqués dans le programme de transfert clandestin de personnes soupçonnées d'acte de terrorisme. A ce jour, le gouvernement américain n'a engagé aucune procédure d'extradition de ses ressortissants. De quoi soulever en Italie et dans le reste du monde une vague d'interrogations sur l'efficacité de la justice italienne en matière criminelle.

614. Au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, George W. BUSH signe une directive dans le plus grand secret autorisant à la CIA toute possibilité de transférer des suspect de la « guerre contre le terrorisme » à l'étranger sans avoir besoin de l'autorisation du Département de la justice⁸⁶⁹. C'est ainsi que les personnes arrêtées dans des pays qui n'étaient point des foyers de tension de la « guerre contre le terrorisme », par des autorités desdits pays ont malheureusement été remises aux autorités américaine garantes *de facto* de l'autorité de la « guerre contre le terrorisme » : c'est ce que l'on appelait « restitutions inverses ». Les autorités américaines détenaient dans leurs centres de détention créés partout dans le monde des suspects transférés depuis des pays situés géographiquement loin de l'Afghanistan et de l'Irak⁸⁷⁰.

615. En outre, il faut noter que certains pays en dehors des Etats-Unis ont participé à l'organisation des transferts de suspects⁸⁷¹. Cet engagement leurs a valu de sévères critiques si bien que pour y faire face, ils se sont résumés à avancer l'argument selon lequel les « garanties diplomatiques » de la part de pays sensés recevoir des détenus ont été préalablement garanties avant leur transfert. Autrement dit, les détenus devaient être traités humainement. Pourtant, contrairement à ce qu'avançaient ces pays, les détenus ont été victimes de torture et de mauvais traitements, malgré les soi-disant « garanties diplomatiques »⁸⁷². N'ayant pas de force juridique contraignante ces « garanties diplomatiques » précieuses soient-elles n'ont

⁸⁶⁹ D. JEHL, D. JOHNSTON, « Rule Change Lets C.I.A Freely Send Suspects Abroad to Jails », *New York Times*, 6 mars 2005.

⁸⁷⁰ Amnesty International, Etats-Unis : un système de détention mondial, décembre 2005.

⁸⁷¹ Cf. Canada, Royaume Uni, Pays Bas, Suède, Autriche etc.

⁸⁷² Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances no Safeguard against Torture*, avril 2004 et 2005.

jamais été respectées ni fait l'objet de contrôle de la part de ces pays participant de concert avec les Etats-Unis dans la continuité de la « guerre ».

616. Ainsi, il serait erroné de penser que la restitution est une pratique propre à la « guerre contre le terrorisme », elle remonte de très loin et souvent appréciée et pratiquée par les Administrations successives des Etats-Unis⁸⁷³. On peut cependant redouter une chose de cette pratique, c'est-à-dire celle qui pourra la transformer en une stratégie institutionnalisée au service de la lutte contre le terrorisme international sans tenir compte des risques que celle-ci peut engendrer du point de vue juridique et moral⁸⁷⁴.

617. Au-delà des transferts de détenus de tout genre, les Etats-Unis se sont également lancés dans la création de centres de détention où ils avaient le contrôle absolu. C'est aussi dans ces « lieux obscurs » où s'était produit de grave violation de DIH.

2- La création clandestine des prisons secrètes

618. Les prisons secrètes ont été Créées en 1947 dans un but bien précis, celui d'endiguer par tous les moyens l'expansion communiste. Cette mission à laquelle elle a été chargée avait officiellement pris fin après l'effondrement en 1991 de l'Union soviétique⁸⁷⁵. C'est pour cette raison et au regard de la taille de la mission pour laquelle elle a été « programmée » que toutes autres missions périphériques ne semblaient guère prioritaires. Si bien que, la menace terroriste brandit par l'Islam radical avec lequel elle composait quelque fois pour recueillir des informations comme

⁸⁷³ V. S. GREY, « Les Etats-Unis inventent la délocalisation de la torture », *Le monde diplomatique*, avril 2005.

⁸⁷⁴ G. TENET, *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, [WWW.9-11commission.gov/](http://www.9-11commission.gov/)

⁸⁷⁵ J. RISEN, *Etat de guerre. Histoire secrète de la CIA et de l'Administration Bush*, Albin Michel, Paris, 2006, p. 15

fut lors de la guerre opposant l'URSS à l'Afghanistan⁸⁷⁶. Mais, la donne avait radicalement changé depuis les attentats du 11 septembre 2001, car à partir de cette date en effet la CIA avait étendu ses priorités incluant la menace terroriste comme l'une de ses priorités. Une lutte contre le terrorisme qui le place en première de la « guerre contre le terrorisme » car la sécurité des Etats-Unis en dépend.

619. Il est quasiment impossible d'affirmer avec certitude le nombre exact de personnes détenues par les Etats-Unis dans des prisons secrètes de la CIA. En effet, selon Amnesty International, « *Les Etats-Unis détiennent en secret un nombre indéterminé de personnes qui sont incarcérées dans des lieux inconnus, sans contact avec le monde extérieur et dans des conditions dont on ignore tout. (Ils) ont ouvert des centres de détention secrets dans plusieurs pays dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » citons entre autres, la Jordanie, le Pakistan, l'Egypte, la Thaïlande et Afghanistan, ainsi que la base britannique de Diego Garcia dans l'Océan indien* »⁸⁷⁷. Ce choix géographique avait pour seul but de s'éloigner le plus loin possible de la juridiction américaine afin d'échapper aux contraintes de celle-ci.

620. Ces centres de détention secrets encore appelés « sites noirs » ont existés dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » depuis 2002. Mais, il a fallu attendre 2004, soit deux ans après pour que la première accusation soit formellement portée par l'ONG (*Human Rights First*)⁸⁷⁸. De même, la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait, quant à elle, exprimé ses inquiétudes dans son rapport portant sur les allégations relatives aux centres de détention de la CIA : « *De nombreux indices cohérents et convergents permettent de conclure à l'existence d'un système de "délocalisation" ou de "sous-traitance" de la torture.* ».

621. Il est certain en effet que, l'existence de centres de détention secrets était une possibilité permettant en toute impunité la violation des droits de prisonniers sans

⁸⁷⁶ P. VILLATOUX, F. MERCIER-BERNADET, 11 septembre 2001. *La fin d'un monde*, L'esprit du Livre, Paris, 2011, p. 71

⁸⁷⁷ Amnesty International, *Etats-Unis, Jordanie, Yémen-Torture et détention secrète, Témoignages de « disparus » dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme »*, 4 août 2005.

⁸⁷⁸ V. Human Rights First, *Ending Secret Detention*, juin 2004; HRW, *The United States, "Disappeared", The CIA's Long-Team "Ghost Detainees"*, octobre 2004.

être inquiété. C'est dans cette logique que, le juriste suisse Dick MARTY, rapporteur de ladite Commission du Conseil de l'Europe estimait que : « *Les "restitutions extraordinaires" et les détentions clandestines facilitent le recours à des traitements dégradants et à la torture, et c'est même le but recherché* »⁸⁷⁹. La partie la plus délicate de cet épisode pour les détenus était celle qui consistait à leur extorquer des aveux sous l'effet de la torture, afin de les faire prévaloir devant un tribunal militaire américain lors du procès.

622. La contribution des grandes démocraties européennes au côté des Etats-Unis au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, a été ternie par le rôle quelque peu « complice », moins louable qu'elles ont joué en favorisant l'accueil des prisons secrètes de la CIA. Ainsi, qu'en autorisant des transferts illégaux de prisonniers vers des « zones de torture clandestines » de cette agence américaine en violation du DIH⁸⁸⁰. Il ressort du deuxième rapport de Dick MARTY, qu'un accord tout autant secret avait été conclu entre les Etats-Unis et l'OTAN, le 4 octobre 2001. Celui-ci permettait à la CIA d'incarcérer des suspects d'actes de terrorisme sur le sol européen. Il avait par conséquent, pris la forme d'accords bilatéraux secrets entre certains pays européens et les Etats-Unis⁸⁸¹.

623. Dans ces centres de détention, torture et traitements inhumains et dégradants avaient été réglés comme du papier à musique. En effet, utilisait le « *Waterboarding* » une pratique de torture qui fut pratiquée par certaines dictatures les plus cruelles des temps modernes, en l'occurrence les Khmers rouges⁸⁸². Certains

⁸⁷⁹ V. Commission des questions juridique et des droits de l'homme, Allégations de détentions secrètes dans des Etats membres du Conseil de l'Europe, 22 janvier 2006.

⁸⁸⁰ D. PRIEST, « CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons », *Washington Post*, 2 novembre 2005.

⁸⁸¹ Cf. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : 2^e rapport*, Résolution 1562 (2007), 27 juin 2007.

⁸⁸² D'après Le Protocole d'Istanbul : Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, un recueil très connu de conseils internationaux permettant de documenter la torture et ses conséquences : La quasi-asphyxie par suffocation est une méthode de torture de plus en plus courante. Elle ne laisse normalement pas de traces et le rétablissement est rapide. Cette méthode a été si largement employée en Amérique latine que son nom espagnol—*submarino*—est devenu partie intégrante de la terminologie des droits de l'homme. La respiration normale peut être entravée en couvrant la tête au moyen d'un sac en plastique, en obturant la bouche et le nez, en comprimant la nuque ou en contraignant la victime à inhaler de la poussière, du ciment, du piment et autres substances pulvérulentes. C'est la variante « à sec » du *submarino*. Elle peut entraîner diverses complications, au nombre desquelles pétéchies, saignements du nez et des oreilles, congestion faciale,

experts refusent de considérer le « *Waterboarding* » comme étant une simple « noyade simulée » au motif que pendant cette pratique la victime se noie réellement⁸⁸³. Pour la CIA cette pratique est censée produire « une perception de “suffocation et de panique naissante” »⁸⁸⁴. Peu importe la variété d’explications au sujet du *waterboarding*, le Département d’Etat américain et le Haut-Commissaire des NU aux droits de l’homme le considèrent comme de la torture⁸⁸⁵. De même que, le Comité contre la torture, le Rapporteur spécial des NU sur la torture, ainsi que le Rapporteur des NU sur la protection des droits humains le considèrent également comme une forme de torture⁸⁸⁶.

infections de la bouche et défaillances respiratoires aiguës ou chroniques. La variante « liquide » consiste à immerger de force la tête de la victime dans de l’eau, souvent souillée d’urine, de fèces, de vomi et autres impuretés. Elle peut entraîner la quasi-noyade ou la noyade. L’aspiration d’eau dans les poumons peut provoquer une pneumonie (Nations Unies, Genève, 1999, F. 01. XIV. 1).

⁸⁸³ V. M. NANCE, ancien maître instructeur et chef de la formation de l’Ecole de survie, d’évasion, de résistance et de fuite de la marine US, qui a lui-même subi des séances de *waterboarding* pour y être formé, « *Il n’y a rien de simulé du tout dans le waterboarding (...) C’est de la noyade contrôlée. (V)ous sentez chaque goutte. Chaque goutte. Vous commencez à paniquer. Et comme vous paniquez, vous commencez à haleter, et en haletant, votre reflexe nauséux est neutralisé par l’eau. Alors vous commencez à vous étrangler et à vous noyer un peu plus. Parce que l’eau n’arrête pas de couler jusqu’à ce que l’interrogateur veuille vous poser une question. Alors durant cette seconde, l’eau va continuer, et vous aurez une seconde pour vomir et cracher tout ce que vous avez, et ensuite vous aurez l’occasion de décider si vous voulez continuer ce processus.* ». Interview du 15 novembre 2007.

⁸⁸⁴ V. Le mémo BYBEE du 1^{er} août 2002 décrit la procédure, officiellement sanctionnée, du *waterboarding* comme suit : « *L’individu est solidement attaché à un banc incliné, d’une taille d’environ un mètre sur deux. Les pieds de l’individu sont généralement élevés. Un tissu est placé sur son front et ses yeux. De l’eau est ensuite versée sur le tissu de manière contrôlée. Puis, le tissu est abaissé jusqu’à couvrir le nez et la bouche. Une fois le tissu saturé et la bouche et le nez totalement recouverts, le flux d’air est légèrement diminué pendant 20 à 40 secondes en raison de la présence du tissu. Ceci provoque une augmentation du niveau de dioxyde de carbone dans le sang de l’individu. Ceci à son tour augmente l’effort nécessaire pour respirer. Cet effort, plus le tissu, produisent la perception de “suffocation et de panique naissante”.* » (Memorandum de J. S. BYBEE à J. A. RIZZO, *Central Intelligence Agency*, avec pour objet « Interrogation d’un agent d’Al-Qaïda »).

⁸⁸⁵ L. ARBOUR, Commissaire des NU aux droits de l’homme, a déclaré qu’elle n’aurait « aucun problème à définir (*le waterboarding*) comme tombant sous l’interdiction de la torture ». « UN says waterboarding should be prosecuted as torture », *Reuters*, 8 février 2008.

⁸⁸⁶ M. NOWAK, alors Rapporteur des NU sur la torture avait déclaré que, « *(c)eci est absolument inacceptable au regard du droit international...(le) temps est venu pour le gouvernement de reconnaître enfin qu’il a fait quelque chose de mal et de cesser d’essayer de justifier ce qui est injustifiable* ». Voir aussi, M. HODGSON, « US censured for waterboarding », *The Gardean*, 7 février 2008. « UN Blasts White House on Waterboarding », *Associated Press*, 6 février 2008. Le Rapporteur spécial précédent sur la torture avait condamné la pratique au milieu des années 1980, bien avant que l’Administration Bush recoure au *waterboarding*. Voir également, « Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », rapport du Rapporteur spécial M. P. KOIJMANS.

624. Il serait paradoxal aux Etats-Unis de ne pas reconnaître le *waterboarding* pratiqué par la CIA comme une forme de torture. En effet, certains faits historiques prouvent l'existence d'un paradoxe américain, car au cours de la Deuxième Guerre mondiale les Commissions militaires américaines avaient jugé les variantes du *waterboarding* comme étant des actes de torture. Ainsi, dans l'affaire *Etats-Unis c. Sawada* la responsabilité des agents japonais dans la pratique à la torture contre les agents du raid de Doolittle avait été reconnue⁸⁸⁷.

625. Ainsi que, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient a été créé par le général américain, Douglas McARTHUR en 1946. Il avait pour sa part jugé et condamné la pratique du *waterboarding* par l'armée japonaise comme acte de torture. Des condamnations ont été prononcées aux tortionnaires japonais, ainsi qu'à ceux qui avaient donné l'ordre à l'usage de cette pratique. Toujours sur le volet historique, le tribunal fédéral américain avait jugé en 1983 que la torture par l'eau représentait une conduite criminelle au regard de la loi américaine. C'est bien évidemment sur ce fondement juridique que le Shérif James PARKER, du Comté de San Jacinto, au Texas, y compris ses adjoints furent reconnus coupables par un jury pour avoir pratiqué la torture.

626. En outre, certaines autorités américaines à l'instar de Barak OBAMA, Président de Etats-Unis, Eric HOLDER, ministre de la justice, Mike McCONNELL, Directeur du renseignement national sous l'Administration Bush, et Tom RIDGE, Secrétaire du département de la sécurité intérieure ont tous reconnu le *waterboarding* comme un acte de torture. Mais, ils ne reconnaissent pas unanimement la CIA responsable d'actes de torture à l'encontre des détenus. A moins que ça soit une reconnaissance par procuration, c'est-à-dire le *waterboarding* étant un acte de torture étant donné que la CIA en a pratiqué, elle ne peut qu'assumer cette responsabilité.

627. Enfin, il serait incohérent de reconnaître le *waterboarding* comme étant un acte de torture parce que pratiqué par les japonais lors des opérations du pacifique pendant la Deuxième Guerre mondiale. Ne pas le reconnaître comme tel, lorsqu'il est

⁸⁸⁷ Le raid de Doolittle est le premier bombardement effectué sur le territoire même de l'Empire du Japon par les forces armées des Etats-Unis durant la guerre du pacifique, en avril 1942.

pratiqué par les américains pendant cette « guerre » serait totalement incompréhensible.

628. La fin du deuxième mandat de George W. BUSH n'a malheureusement pas sonné le glas de la fin de cette « guerre ». Le flambeau de cette épouvantable « guerre » a été transmis à son successeur, en l'occurrence Barak OBAMA. Celui-ci avait le choix entre la rupture et la continuité mais il a opté pour les deux possibilités. D'où l'intérêt d'aborder la section suivante consacrée à la perspective d'une détention indéfinie en violation des droits fondamentaux de la personne humaine (Section II).

Section II : De la perspective d'une détention indéfinie en violation des droits fondamentaux de la personne humaine

629. L'autorisation visant à maintenir en détention sans procès des PG en vertu du décret présidentiel du 13 novembre 2001, a permis aux autorités américaines d'envisager différentes options englobant, entre autres, la détention et la tenue du procès dans le cadre de ce texte présidentiel. Ces différentes options permettent aux cours civiles de statuer sur certains différends opposant les Etats-Unis aux détenus : le rapatriement, la possibilité encadrant la mise en liberté, ou encore la détention indéfinie sous une autorité indépendante à ce décret présidentiel. Or, le principe de la présomption d'innocence est l'émanation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. En plus, selon le PIDCP « *quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* »⁸⁸⁸. En vertu de cette disposition, les autorités américaines

⁸⁸⁸ Art. 9. 4 du PIDCP.

avaient l'obligation de permettre aux prisonniers d'avoir accès dans un délai raisonnable à un tribunal compétent pour examiner la légalité de leur détention.

630. Malgré tout, les Etats-Unis estimaient toujours au mépris des CG qu'il était nécessaire de laisser la détention se poursuivre indéfiniment, et ce, même en cas d'acquiescement. Pourtant, la CG III prévoit que « *les prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives* »⁸⁸⁹. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles les Etats-Unis refusaient farouchement d'accorder le statut de PG aux détenus. Et ce, malgré la pertinence de certaines dispositions des CG, l'avocat général du Pentagone persistait en déclarant que certains prisonniers allaient être détenus pour toute la durée de cette « guerre »⁸⁹⁰.

631. Une « guerre » dont le caractère reste, tout de même, indéterminé et sans fin pour reprendre l'expression employée par Gilles ANDREANI⁸⁹¹. Pire encore, le droit international ne reconnaît pas le terme de « guerre contre le terrorisme »⁸⁹². Une expression mise en avant par les Etats-Unis afin de déroger aux obligations internationales qui les incombent pendant toute la durée du conflit. Pourtant, la mise en place d'une administration provisoire des NU (Autorité intérimaire de l'Afghanistan) qui contrôlait quasiment tout le territoire afghan, marquait à elle seule la fin du conflit. Ceci étant, le maintien en détention de ces PG par les Etats-Unis n'était plus raisonnable, en ce sens qu'ils éprouaient de plus en plus de difficulté à justifier l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public.

632. Force est de constater en effet que, les Etats-Unis se sont servis des expressions telles que la « guerre contre le terrorisme » ou « axe du mal » dépourvues de toute substance juridique vraisemblablement comme un prétexte idéal pour tenter de déroger à leurs obligations internationales⁸⁹³.

⁸⁸⁹ Art. 118 de la CG III.

⁸⁹⁰ Déclaration du 21 mars 2002.

⁸⁹¹ G. ANDREANI, « La guerre contre le terrorisme : un succès incertain et coûteux », *IFRI/PE*, 2011/2-Eté, p. 257.

⁸⁹² Expression employée par le Président George W. BUSH, le 20 septembre 2001.

⁸⁹³ L'expression « guerre contre le terrorisme » a été prononcée par le Président George W. BUSH le 20 septembre 2001, et celle dite « l'axe du mal » a été évoquée dans son discours sur l'état de l'Union du 31 janvier 2002.

633. Une telle dérogation remet incontestablement en cause la présomption d'innocence, violant ainsi toute règle relative au respect de la liberté individuelle des personnes en cause. En effet, en l'absence quasi totale de preuves plausibles justifiant la suspicion à l'égard de personnes arrêtées d'avoir commis une infraction, le maintien en détention provisoire doit sa conformité au strict respect de deux conditions fondamentales à savoir : des raisons pertinentes et suffisantes. Seul le respect de ces conditions saurait justifier légalement la privation de liberté.

634. En tout état de cause, le droit international garantit à toute personne la présomption d'innocence à travers le droit à un tribunal impartial, jusqu'à ce qu'elle soit condamnée en droit. Cette garantie est clairement prévue par le PIDCP « *toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* »⁸⁹⁴. Reconnu dans le cadre des CAI ou non internationaux, ce droit n'admet aucune dérogation.

635. En préjugant de l'issue probable du sort des détenus de Guantanamo, les Etats-Unis ont successivement violé ce droit consacré à la présomption d'innocence. Car en effet, elles devraient en tout état de cause se livrer à des déclarations quant à l'innocence ou la culpabilité de ces détenus avant toute issue définitive du procès. C'est d'ailleurs dans ce cadre-là que, l'Observation générale n°13 du Comité des droits de l'homme rappelle l'existence d' « *un devoir pour toutes les autorités publiques de s'abstenir de préjuger de l'issue d'une procès* »⁸⁹⁵. Force est de constater que, dans son règlement n° 1, la Commission militaire reconnaît, elle aussi, ce principe fondamental de la présomption d'innocence⁸⁹⁶. Il a fini par faire l'objet d'une méconnaissance quasi totale par l'Administration Bush, à commencer par le Président George W. BUSH⁸⁹⁷.

636. Enfin, cette perspective fondée sur la détention indéfinie est démontrée par la multiplicité d'entraves à la poursuite des procédures judiciaires engagées sur le territoire américain et étranger (Paragraphe I), tout en maintenant ainsi les Etats-Unis

⁸⁹⁴ Art. 14 al. 2 du PIDCP.

⁸⁹⁵ Observation générale n° 13 relative à l'art. 14 du PIDCP, paragraphe 7.

⁸⁹⁶ Department of Defense, *Military Commission Order No. 1*, 5. b.

⁸⁹⁷ Par exemple, le 28 janvier 2002, le Président George W. BUSH s'est référé aux détenus de Guantanamo Bay comme étant « des tueurs, des terroristes ».

dans le processus de violation des obligations que leur impose le droit international (Paragraphe II).

Paragraphe I : La multiplicité d'entraves à la poursuite des procédures judiciaires engagées sur le territoire américain et étranger

637. Le Etats-Unis n'ont jamais pu convaincre la Communauté internationale au sujet de la soustraction du statut des détenus de Guantanamo. Ensuite, ils ont prévu via le *Military Order* du 14 novembre 2001, les *Military commissions* pour les juger. Or, la question fondamentale, à notre avis, serait de rétablir le statut réel de ces détenus en fonction des règles de droit de la guerre, avant de lancer tout processus relatif à leur jugement. En effet, aucune institution judiciaire compétente soit-elle ne parviendra à garantir une justice juste et équitable à ces détenus en aval, si le statut attribué par les Etats-Unis à ceux-ci est en amont est injustifié.

638. Ainsi, la détermination du statut doit être impérativement, juridiquement, et clairement établi si les Etats-Unis envisageaient une issue judiciaire et surtout équitable. C'est justement le cas pratique auquel le droit doit pouvoir se mesurer afin de donner suite à cette difficulté « politico-judiciaire ». Quoi qu'il en soit, le problème du jugement n'est qu'une subordination notable du problème relatif à la détermination du statut de ces personnes détenues. En l'état actuel des choses, si jugement y est, sur quelle base juridique vont-ils être jugés ? Tant que cette problématique restera entière en amont, envisager un jugement en bonne et due forme de ces détenus en aval, demeurera toujours un exercice entravé par divers obstacles tant au niveau interne qu'international.

639. On tentera de le montrer à travers le premier point (1) consacré aux difficultés à juger les détenus de Guantanamo sur le territoire américain. Dans le deuxième point (2) il fera constater que ces difficultés ne sont pas une spécificité du

territoire américain mais aussi étranger. Tout ceci sous-entend que la question relative à la détermination du statut des détenus de Guantanamo est fondamentale en ce sens qu'elle détermine elle-même sa juridiction compétente sans se poser des questions en amont ni en aval.

1- Les difficultés à juger les détenus de Guantanamo Bay sur le territoire américain

640. Les Etats-Unis ont légitimement le droit de juger les détenus de Guantanamo Bay. Rien que du simple fait pratique des choses, c'est-à-dire que ces actes de terrorisme international ont été commis sur le territoire américain, contre les citoyens américains. Si difficulté y est, il s'agirait de l'extranéité relative à la nationalité des auteurs desdites attaques. Les Etats-Unis sont donc en droit de prononcer des sanctions pénales afin de défendre leurs principes martelait sans relâche les autorités américaines. C'est pour cela que George W. BUSH déclarait « (...) nous opposerons à la violence une justice patiente fondée sur la justesse de notre cause et la confiance dans les victoires à venir »⁸⁹⁸. Sauf que les déclarations successives de George W. BUSH sont souvent en adéquation avec la pratique.

641. Le Secrétaire d'Etat à la Défense était en charge de la rédaction d'un règlement de preuves et de procédure d'exception sous l'appréciation du Président des Etats-Unis⁸⁹⁹. Ce décret passe sous silence des règles de DIH tout particulièrement celles relatives aux personnes en détention. Il navigue à contre-courant du droit interne américain en privilégiant le droit militaire d'exception avant de se substituer

⁸⁹⁸ Discours du Président Georges W. BUSH devant le Congrès, 20 septembre 2001, le Monde, 1^{er} octobre 2001.

⁸⁹⁹ ce décret du 13 novembre ne reconnaît pas le droit de l'accusé de bénéficier de l'avocat de son choix, ni celui de faire appel de la décision de la commission, sinon devant le Président des Etats-Unis, libre d'apprécier discrétionnairement la suite à lui donner.

au DIH applicable aux conflits armés en rapport avec les interventions militaires américaines en Afghanistan et en Irak⁹⁰⁰.

642. Ce décret est essentiellement discriminatoire car il ne concerne que tout individu non citoyen américain dont le sort dépendait du Président George W. BUSH. Alors même que, la Cour suprême américaine dans un arrêt rendu avant le 11 septembre 2001, avait admis la pleine application des garanties constitutionnelles d'une procédure régulière aux étrangers présents sur le territoire des Etats-Unis, de manière légale ou illégale, permanente ou temporaire⁹⁰¹. Plus encore, pour ceux arrêtés en Afghanistan et en Irak où la reconnaissance de leur statut a toujours opposé l'Administration américaine à la Communauté internationale. Il sera juridiquement complexe qu'ils soient jugés par les juridictions américaines sans que leur statut ne soit déterminé.

643. Le décret du Président BUSH du 13 novembre fait explicitement mention d'une situation de conflit armé, or les CG du 12 août 1949 s'appliquent en vertu de l'art. 2 paragraphe 1 commun qui stipule qu'« *en cas de guerre déclarée ou tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties Contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* ». Ceci implique que les Etats-Unis ont en tout état de cause l'obligation d'accorder ce statut aux combattants tombés en leur pouvoir, comme le prévoient certains art. de la CG III⁹⁰². De toute façon, la CG III prévoit qu'en cas de doute à ce sujet il revient à un tribunal impartial d'en décider.

644. En effet, pour l'Administration Bush cet enchaînement de la violence suffisait à lui tout seul pour créer un conflit armé. Dans ce contexte conflictuel, le décret présidentiel prévoit la constitution des Commissions militaires spéciales disposées d'appliquer les principes généraux. Ces commissions militaires s'inscrivent

⁹⁰⁰ S. PELLET, « De la raison du plus fort ou comment les Etats-Unis ont (ré)inventé le droit international et leur droit constitutionnel », *AFDI*, 2002, pp. 5-6.
<http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200206pel.htm>

⁹⁰¹ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (Juin 2001).

⁹⁰² Cf. Art. 4 et 5 de la CG III.

dans un cadre particulier, selon les autorités américaines, de l'état d'exception ; sauf que l'« *exception ne doit son existence qu'à la règle de droit* »⁹⁰³.

645. Il est important de rappeler que, les Commissions militaires ont été instituées par le Président George W. BUSH dans son *Military Order N° 1*. Et si on s'attardais quelque peu sur l'essentiel de ces Commissions militaires. En effet, le *Military Order N° 1* prévoit clairement que les Commissions militaires sont compétentes pour juger des violations des droits de la guerre et des actes de terrorisme international perpétrés contre les Etats-Unis le 12 septembre 2001⁹⁰⁴. Elles sont complètement différentes des juridictions militaires en ce qu'elles dérogent aux procédures des juridictions militaires américaines de droit commun.

646. Force est de constater que, contrairement à l'idée reçue, elles sont loin d'être nouvelles. Leur apparition remonte à la Guerre de Sécession⁹⁰⁵. Le monde s'en sert pour la dernière fois pendant la Seconde Guerre mondiale⁹⁰⁶. A l'origine, elles furent considérées comme des juridictions « légères » permettant de rendre justice au plus près des champs de bataille là où les juridictions militaires ordinaires ne seraient autorisées à accomplir leur office en raison des circonstances sécuritaires dues à la proximité de la zone de combats. Il faut avouer que, ces instances judiciaires exceptionnelles ont légué une jurisprudence relativement importante au vu de l'influence qu'elle peut influencer sur le droit international⁹⁰⁷.

⁹⁰³ F. SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF (Quadrige), Paris, 2003, p. 673.

⁹⁰⁴ Cf. section 4 du *President's Military Order*, qui précise que les actes de terrorisme sont ceux qui cause un préjudice aux Etats-Unis, à leurs ressortissants, leur économie, leur politique étrangère, ou leur sécurité nationale. Cf. également Section 3 du *Military Commission Order N° 1*, Fact Sheet du Département de la défense, 21 mars 2002.

⁹⁰⁵ Il existe dans un passé lointain, bien avant la Guerre de Sécession de précédents de justice militaire expéditive dans l'armée américaine, mais ce n'est que lors de la Guerre de Sécession que la Commission militaire a été réellement instituée.

⁹⁰⁶ A. W. GREEN, « The military commission », *AJIL*, 1948, p. 831-848 (Sur les Commissions militaires durant la Seconde Guerre mondiale). Faudra également rappeler que les Commissions militaires avaient été envisagées lors de la guerre du Viêt-Nam, mais elles n'ont pas été constituées.

⁹⁰⁷ Parmi les références jurisprudentielles connues, on se souviendra du jugement du général japonais YAMASHITA condamné à mort par la Commission militaire de Manille en raison de son inertie face aux exactions de ses troupes envers les populations civiles (pour un digest de la décision, cf. le document 71 publié par H. S. LEVUE, « Documents on Prisoners of War », *International Laws Studies*, vol. 60, p. 294-299). Cette affaire demeure célèbre en raison des précisions apportées sur la responsabilité en droit international du supérieur hiérarchique pour des faits commis par ses subordonnés, elle fut aussi l'occasion d'une mise en cause des Commissions militaires. Le général YAMASHITA fit appel de la décision

647. La désignation des membres de la Commission militaire relève de la compétence du Secrétaire d'Etat à la Défense, ou par les autorités auprès desquelles il délègue le pouvoir de désignation. Tous les membres qui sont nommés doivent impérativement appartenir aux forces armées des Etats-Unis⁹⁰⁸. Les détenus ont droit au service d'un avocat militaire, lui aussi, et faisant partie des membres des forces armées des Etats-Unis. Toutefois, les détenus ont également le droit de choisir un avocat civil supplémentaire, qu'ils choisiront sur la liste sur laquelle figure les noms des avocats autorisés à plaider devant ces institutions militaires. Par conséquent, les avocats n'appartenant aux forces armées américaines—en l'occurrence civils n'ont accès aux documents classifiés même si ceux-ci sont considérés comme éléments de preuve à charge ou à décharge contre leur client.

648. De même, ils sont exclus d'assister aux sessions des commissions tenues à huis clos, ce qui rend la procédure de plus en plus complexe pour le PG. Cela peut être perçu comme une dérogation aux « *principes fondamentaux garantissant un procès équitable* » dont l'interdiction a été rappelée par le Comité des NU pour les droits de l'homme sur la base de l'un des articles pertinents du PIDCP⁹⁰⁹. En cas d'application erronée du droit par les Commissions militaires, une autre instance intervient pour les corriger. Il s'agit de la fameuse *Review Panel* qui est quant à elle composée par des membres issus du même mode de désignation que les Commissions militaires⁹¹⁰.

649. En définitive, tout le pouvoir de décision sur le sort du détenu ou de l'accusé dépend du Commandant en chef (« *Commander in Chief* »), en l'occurrence du Président des Etats-Unis⁹¹¹. En effet, il a le plein droit d'approuver ou désapprouver en

de la commission auprès de la Cour suprême des Etats-Unis, critiquant en particulier le fait de ne pas avoir bénéficié des dispositions des Conventions de Genève. La pratique de l'époque excluant un tel régime aux criminels de guerre, la Cour suprême rejeta son appel, ce qui suscita l'application de l'article 85 de la troisième Convention de Genève de 1949. Le statut de prisonnier de guerre demeure même si des actes criminels ont été commis avant la capture du combattant. C'était là le refus d'une catégorie particulière de combattants illégaux. Cf J. PICTET (dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, vol. III, 1958, p. 438-452.

⁹⁰⁸ Section 2 et 4 du *Military Commission Order N° 1*.

⁹⁰⁹ Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme, Observation générale n° 29 (art. 4 du PIDCP de 1966).

⁹¹⁰ Section 6 (H) paragraphe 4 du *Military Commission Order N° 1*.

⁹¹¹ Art. II Section 2 de la Constitution américaine de 1787: « *The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States and of the Militia of the Several States, When called into the actual service of the United States...* ».

dernier ressort toutes les décisions prises par les Commissions militaires. De même, il peut exercer cette prérogative en atténuant, commuant, différant ou en suspendant l'ensemble des peines infligées au détenu condamné⁹¹². Si les détenus sont reconnus coupables, ils peuvent encourir de lourdes peines allant de la peine de mort, de la réclusion criminelle à perpétuer ou de toute autre sanction fixée après appréciation discrétionnaire des Commissions militaires⁹¹³.

650. Il ressort de notre constatation que, le mécanisme mis en place pour le fonctionnement des Commissions militaires les Etats-Unis n'offrent pas de garanties nécessaires à la tenue de procès équitable tel figurant dans les quatre CG, ainsi que dans les deux PA⁹¹⁴. Cette institution judiciaire militaire de par son mode de fonctionnement n'est pas loin de transformer en une véritable « labyrinthe judiciaire ». Car en effet, selon les autorités américaines, les détenus accusés et jugés par les Commissions militaires et dont aucune condamnation n'a été prononcée à leur égard, ne seront pas pour autant définitivement innocentés et, donc remis en liberté⁹¹⁵. De même que, ceux qui ne seront pour une raison ou une autre traduit en justice ne seront pas non plus remis en liberté.

651. En dehors de ce casse-tête judiciaire entretenu par les Commissions militaires au détriment des détenus de Guantanamo Bay, une autre difficulté et pas la moindre s'ajoute aux entraves déjà existantes pour l'issue plus que sombre de ces personnes. Celle venait de la supposée compétence ou incompétence des juridictions américaines qui statuaient sur cette affaire. En effet, pour répondre à la procédure initiée par un groupe de détenus sur leur libération en raison du fait qu'ils soient détenus arbitrairement. A cette question, la Cour du District de Columbia s'était déclarée incompétente en estimant que, selon la motivation de sa décision que, la Base américaine de Guantanamo Bay ne fait pas partie intégrante du territoire américain.

⁹¹² Section 6 (H) paragraphe 6 du *Military Commission Order N° 1*.

⁹¹³ Section 6 (G) paragraphe 6 du *Military Commission Order N° 1*.

⁹¹⁴ CG I, art. 49 al. 4 ; CG II, art. 50 al. 4 ; CG III, art. 102 à 108 ; CG IV, art. 5 et 66 à 75 ; PA I, art. 71 paragraphe 1, et 75 paragraphe 4 ; PA II, art. 6 paragraphe 2. Rappelons que le principe du droit à un procès équitable figure aussi à l'art. 17, paragraphe 2, du PA II à la *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels* (1999).

⁹¹⁵ Annonce faite lors d'une *Conférence de presse* tenue au Pentagone le 21 mars 2002 par le Secrétaire d'Etat à la Défense, en l'occurrence D. RUMSFELD, www.defenselink.mil.

652. En d'autres termes, le territoire de Guantanamo Bay n'était pas sous souveraineté des Etats-Unis. De ce point de vue, on peut en déduire que les détenus de Guantanamo ne relèvent pas de la compétence des juridictions américaines. Et ce, en dépit du fait que l'armée américaine soit stationnée à Guantanamo en vertu d'un traité de cession à bail qui donne aux Etats-Unis la juridiction et contrôle total sur cette portion de terre⁹¹⁶. Toutefois, une chose est à retenir, cette absence de compétence *ratione loci* ne supprime pas pour autant l'existence de droits des détenus de Guantanamo, rassurait la Cour. Cette décision fut confirmée en appel, les juges ont estimé que, l'exercice de la souveraineté sur Guantanamo Bay revient à Cuba.

653. Ainsi, le fait d'accorder le statut de PG aux combattants de cette « guerre » n'empêcherait pas aux Etats-Unis de mener leur lutte contre le terrorisme. C'est d'ailleurs ce que pense le CICR lorsqu'il rappelle aux Etats-Unis que, le DIH « *ne constitue en aucune façon un obstacle à la lutte contre la terreur et le crime* »⁹¹⁷. Les vives critiques du CICR contre ce fameux décret du 13 novembre ont finalement impacté sur l'amélioration du traitement accordé aux détenus par les Etats-Unis. Car, avant cette amélioration, les conditions de leur détention étaient humiliantes et dégradantes si bien qu'elles suscitaient des réactions indignes et très amplifiées⁹¹⁸.

2- Les difficultés à juger les détenus de Guantanamo sur un territoire étranger

⁹¹⁶ Le Traité du 23 février 1903 entre les Etats-Unis et Cuba prévoit en effet que « [...] *The United States shall exercise complete jurisdiction and control over and within said areas...* ». Cf. texte du traité sur www.yale.edu/lawweb/avalon/amerdipl.htm

⁹¹⁷ CICR, Communiqué de presse, 9 février 2002.

⁹¹⁸ M. SHADJAREH, de la Commission islamique des droits de l'homme de Londres, n'a pas hésité à comparer Guantanamo à un camp de concentration dont les Nazis "seraient fiers", *Le Monde*, 23 janvier 2001.

654. Au cours de la riposte américaine en Afghanistan sous le nom de « Liberté immuable » plusieurs personnes furent capturées puis transférées sur la base militaire de Guantanamo Bay. C'est en vertu du *President's Military Order* du 13 novembre 2001 qu'elles ont été détenues⁹¹⁹. Ce texte n'autorisait qu'au Président des Etats-Unis, en l'occurrence George W. BUSH, et à, lui seul, de décider du sort des individus capturés par les Etats-Unis et transférés sur la base navale de Guantanamo Bay. Toutes ces personnes détenues étaient selon l'Administration Bush des Taliban et des membres d'Al-Qaïda. Elles avaient ainsi précisé que les Taliban n'étaient pas des prisonniers de guerre mais, ils bénéficiaient toutefois de certaines dispositions émanant de la CG III. Considérés comme « combattants illégaux » par l'Administration Bush, les membres d'Al-Qaïda ne pouvaient pas être considérés comme PG. Par conséquent, ils ne pouvaient bénéficier d'aucune des dispositions de ladite CG.

655. Paradoxalement, la reconnaissance de l'applicabilité de la CG III à l'intervention militaire américaine en Afghanistan, les Etats-Unis ont refusé d'accorder le bénéfice du statut de PG aux détenus de Guantanamo Bay⁹²⁰. Mais, ils ont toutefois déclaré qu'ils les traiteraient « avec humanité et, dans une mesure appropriée et conforme aux nécessités militaires, en accord avec les principes de la III^e Convention de Genève de 1949 ». Ils ont pourtant reconnu en février 2002 que, la guerre engagée en Afghanistan s'inscrivait dans le cadre d'un CAI.

656. Or, une telle inscription du conflit armé rend, tout simplement, le droit de Genève applicable à toute personne capturée par l'autre Partie belligérante en attendant que son statut ait été déterminé par un « tribunal compétent », qu'il soit militaire ou civil comme l'exigent les CG⁹²¹. Plus encore, les PA de 1977 précisent à leur tour que tout individu tombé aux mains de l'ennemi est PG, dès lors qu'ils revendiquaient ce statut. En cas de doute, un tribunal doit le cas échéant statuer afin de déterminer le statut de la personne aux mains de la puissance détentrice⁹²². En

⁹¹⁹ *Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizen in the War Against Terrorism*, 66 FR 57833 (November 16, 2001). Secrétariat d'Etat à la Défense, www.defenselink.mil.

⁹²⁰ Service de presse de la Maison Blanche, *Fact Sheet on the Status of Detainees at Guantanamo*, 7 février 2002.

⁹²¹ Art. 5 de la CG III.

⁹²² Art. 45 PA I.

d'autres termes, la détermination du statut de ces détenus relève de la compétence d'un tribunal en vertu des dispositions pertinentes prévues par la CG⁹²³.

657. Conformément aux garanties prévues par le DIH, les Etats-Unis ont l'obligation d'instituer une procédure judiciaire afin de pouvoir juger ces détenus. La pression du CICR dans ce sens va contraindre l'Administration Bush à créer des Commissions militaires pour juger certains de ces détenus. De fil en aiguille, on assiste à l'intervention de la Cour suprême des Etats-Unis du 28 juin 2004, dans laquelle elle rappelait aux détenus ressortissants américains de Guantanamo *Bay* de saisir la justice civile américaine pour clarifier leur sort. Cette intervention de la Cour suprême des Etats-Unis n'est pas étrangère à la pression émise par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) du 12 mars 2002 à l'encontre des Etats-Unis, afin que ceux-ci permettent aux instances judiciaires de pouvoir statuer sur le sort de ces détenus.

658. En effet, pour juger ces individus soupçonnés d'être impliqués dans des actes de terrorisme international, le Département de la Défense adopte dès le 21 mars 2002, le *Military Commission Order No. 1* qui permettra la mise en place des Commissions militaires⁹²⁴. Permettre à ces individus d'être jugés n'était pas plus complexe que la détermination de leur statut juridique. Le fait de ne pas déterminer le statut juridique de ces personnes revenait à occulter la réponse à la question relative à la base légale de cette « ambiguïté juridique ». Elle est d'autant plus complexe que, parmi ces détenus se trouvent un nombre important de ressortissants étrangers dont leur pays d'origine réclame leur extradition pour qu'ils soient jugés hors du territoire américain.

659. Les Etats-Unis ont des obligations vis-à-vis des pays dont les ressortissants sont détenus à Guantanamo *Bay*. C'est notamment le cas de la France, elle ne s'est jamais prononcée particulièrement au sujet du statut juridique de ses ressortissants détenus à Guantanamo *Bay*. Mais elle se contente toutefois à déplorer le

⁹²³ Art. 5 de la CG III.

⁹²⁴ *Military Commission Order No. 1, Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*, March, 21 2002. Secrétariat d'Etat à la Défense, www.defenselink.mil.

sort de toutes les personnes détenues en déclarant : « *Quel que soit leur statut et quelle que soit leur nationalité, nous souhaitons que les prisonniers détenus à Guantanamo bénéficient de toutes les garanties reconnues par le droit international* »⁹²⁵. Cette formule diplomatique du gouvernement français n'est jamais parvenue à convaincre l'Administration Bush à revenir sur le respect des normes juridiques établies.

660. Malgré l'obstination des Etats-Unis, deux des sept ressortissants français détenus à Guantanamo Bay, vont tout de même, initier deux actions judiciaires en France. L'une d'elles dont l'objectif affiché visait à faire reconnaître aux plaignants le statut de PG s'était soldée par un échec. La raison de cet échec de cette première procédure intervient le 31 octobre 2002 après que le Tribunal de Paris s'est estimé incompétent pour octroyer à ces détenus ressortissants le statut de PG. Selon le Tribunal de Paris, la détermination de ce statut relève de la compétence des autorités américaines, dès lors que ces détenus ressortissants français se trouvent sous la juridiction américaine au lendemain des attaques terroristes du 11 septembre 2001⁹²⁶. Le critère de nationalité ne suffit pas à lui seul à s'octroyer aux tribunaux français une telle compétence. Même si la situation aurait été inversée, les tribunaux américains ne s'arrogeraient pas d'une telle compétence.

661. L'autre action judiciaire menée à Lyon par les représentants de ces ressortissants français détenus à Guantanamo Bay, datant du 14 novembre 2002 dont les charges contre les Etats-Unis se résument à la détention illégale, enlèvement, séquestration et atteinte aux libertés fondamentales⁹²⁷. Cette seconde procédure du même type a été mise en difficulté le 14 février 2003 par une ordonnance de refus d'informer qui, sera clairement confirmée en appel le 20 mai de la même année.

662. La raison fondamentale de ce deuxième échec de procédures engagées en France peut s'expliquer par le seul fait que dans cette affaire, l'accusation est composée de personnes soupçonnées d'avoir posé des actes de terrorisme et, que le défendeur l'Administration Bush en la personne de George W. BUSH. Il est peu probable qu'une

⁹²⁵ La réponse du Porte-parole du Quai d'Orsay aux journalistes, 31 octobre 2002.

⁹²⁶ *Le Monde*, 2 novembre 2002.

⁹²⁷ *Le Monde*, 19 novembre 2002.

telle procédure puisse aboutir, car en effet l'aboutissement d'une telle action judiciaire menée par les tribunaux française reviendra à remettre en cause l'un des principes *sacro saints* du droit international relatif à l'immunité de juridiction dont jouissaient les autorités américaines en exercice au premier plan desquelles le Président George W. BUSH⁹²⁸.

663. Toutes ces difficultés n'ont cependant pas empêché à la Section antiterroriste du Parquet de Paris à ouvrir en novembre 2002, une information judiciaire à l'encontre de l'ensemble des ressortissants français détenus de Guantanamo Bay⁹²⁹. L'aboutissement d'une telle action judiciaire pouvait permettre aux autorités américaines de revoir leur intransigeance. C'est ainsi que les Etats-Unis ont concédé sur la possibilité d'extrader, si possible, certains détenus pour qu'ils soient enfin jugés dans leur pays d'origine ; pourvu que ces détenus soupçonnés d'actes de terrorisme international soient jugés en bon et du forme, dans le pays où ils sont ressortissants et qui ont fait cette demande d'extradition⁹³⁰.

664. En tenant mordicus à permettre à ses tribunaux de juger ses ressortissants détenus à Guantanamo, la France se propose d'aller le plus loin possible à travers la démarche menée par le Bâtonnier de Paris, M. Paul-Albert IWEINS. Pour ce faire, ce dernier saisit le Groupe de travail sur la détention arbitraire des NU. Un avis est alors formulé en mai 2003, dans lequel ce dernier considère la détention de quatre ressortissants étrangers dont trois Français et un Espagnol comme arbitraire, et en violation des articles pertinents de la DUDH et du PIDCP⁹³¹.

665. En l'état actuel des choses, il serait difficile aux Etats-Unis, tous seuls, d'organiser la répression contre tous ceux qu'ils estiment d'être de prêt ou de loin les

⁹²⁸ On se souviendra de l'action pénale intentée à l'encontre du chef de l'Etat Libyen, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de rappeler que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent [...] faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger ». Arrêt n° 1414 du 13 mars 2001 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/00-87215.htm>

⁹²⁹ *Le Monde*, 19 novembre 2002.

⁹³⁰ Cf. Conférence de presse du Département de la défense, 21 mars 2002.

⁹³¹ Article 9 de chacun de ces traités. Notns également l'Avis N° 5/2003 du Groupe de Travail sur la détention arbitraire de l'ONU, E/CN. 4/2004/3/Add. 1 (disponible sur www.unhchr.ch . Cf. aussi communiqué de presse de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris du 4 juin 2003, disponible sur www.avocatparis.org .

instigateurs de ces attaques terroristes. En effet, la contribution des juridictions nationales étrangères serait plus qu'un simple avantage procédural pour les Etats.

666. Compte tenu du fait que ce dossier soit plus ou moins entaché par des scandales à répétition, toute action judiciaire américaine qui se solderait par de lourde condamnation, mettra en doute le respect des garanties essentielles d'« indépendance » et d'« impartialité » comme l'exige la CG III⁹³². Pour donner toute crédibilité à toute issue judiciaire, l'idéal serait que tous ces détenus dont la plupart sont des ressortissants étrangers, soient extradés du pays dont ils sont ressortissants pour y être jugés. Les juridictions nationales peuvent jouer un rôle important dans cette lutte contre le terrorisme devenue « guerre contre le terrorisme », notamment dans la prévention du terrorisme⁹³³. De toute façon, elles doivent leur compétence des conventions que chaque Etat s'engage en matière de terrorisme afin de rendre les poursuites contre leur auteur présumé beaucoup plus efficace⁹³⁴. Le but de ces conventions est de permettre à l'Etat Partie de pouvoir s'en charger du responsable de ces actes de terrorisme se trouvant sur son territoire, de pouvoir être poursuivi ou de permettre son extradition vers le pays qui en fait la demande⁹³⁵.

667. Il est quasiment impossible pour le terroriste d'échapper à ce dispositif et donc au jugement. Mais, pour ce qui est des détenus de la « guerre contre le terrorisme » l'équation semble beaucoup plus difficile à résoudre. En effet, les Etats-Unis et bon nombre d'Etats sont en désaccord total sur la détermination du statut de ces détenus. Il se trouve que les Etats-Unis ont violé les CG dans le but de supprimer toute protection juridique possible à ces personnes jusqu'alors soupçonnées d'actes de terrorisme. Elles passent indépendamment de leur volonté du détenu, du statut de supposer « criminel » à « victime criminel ». Devant cette complexité, tout Etat qui osera reconnaître ce statut de PG à ces personnes risque d'attirer les foudres des Etats-Unis. Tout ceci complique davantage la possibilité de juger ces détenus en dehors du territoire américain.

⁹³² Art. 84, al. 2 de la CG III.

⁹³³ J. FOYER, « Droit et politique dans la répression du terrorisme en France », in *Mélanges offerts à G. LEVASSEUR, Droit pénal et droit européen*, Litec, Paris, 1992, pp. 409-420, p. 417.

⁹³⁴ H. LABAYLE, « Droit international et lutte contre le terrorisme », *AFDI*, 1986, p. 118.

⁹³⁵ C. BASSIOUNI, E. WISE, *Au Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in international Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 3-5.

668. La vraie problématique dans la répression du terrorisme réside dans l'incrimination du terrorisme et de la compétence de l'Etat censé le réprimer. Car en effet, les instruments juridiques internationaux n'imposent aucun impératif aux Etats au sujet de l'incrimination de ce phénomène, ni obligent à ceux-ci d'introduire dans leur droit interne l'incrimination *stricto sensu* du terrorisme telle que prévue dans ces instruments internationaux⁹³⁶. Ce qui implique qu'en l'absence de contrainte, rien n'empêchera aux Etats à poursuivre les auteurs présumés d'acte de terrorisme à leur guise en profitant de cette absence d'apparence anodine, mais fondamental pour l'efficacité de la lutte contre le terrorisme et, pour la prévention de certains abus émanant de certains Etats dans leur processus répressif.

669. Les Etats-Unis ont certes le droit et la possibilité de poursuivre pénalement les personnes suspectées d'être auteurs d'acte de terrorisme, car il n'y a aucun vide juridique à ce sujet, pourvu que les règles de droit soient scrupuleusement respectées. Car en effet, toute absence d'incrimination spécifique de l'acte terroriste peut en revanche occulter sa teneur qui le particularise de tout autre acte criminel, ce qui conduira probablement à l'inégalité de sanction⁹³⁷.

670. En effet, l'affaire de *Lockerbie* en est la plus belle illustration, en ce sens que bien étant reconnu compétent d'en juger la responsabilité des présumés responsables d'acte de terrorisme, la Haute Cour de Justice écossaise s'est dans cette affaire limitée à une seule accusation consacrée au meurtre. En outre, le fait d'occulter l'inculpation d'acte de terrorisme international celui-ci s'était converti en un acte criminel ordinaire sans aucun lien avec la spécificité caractéristique du terrorisme⁹³⁸.

⁹³⁶ J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *Rec. Dalloz*, 1987, Chronique, (pp. 39-50), pp. 40-41.

⁹³⁷ S. SZUREK, « Le jugement des auteurs d'actes de terrorisme : Quels tribunaux après le 11 septembre ? » in K. BANNELIER, T. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme—Après le 11 septembre 2001*, Pedone, Paris, 2002, p. 307.

⁹³⁸ M. COSNARD, « Observations à propos de l'arrêt rendu par la Haute Cour de Justice écossais dans l'affaire Lockerbie », *AFDI*, 2000, pp. 643-653, p. 646.

671. Enfin, il ne manquait plus que quelques accords d'indemnisation pour en finir définitivement⁹³⁹. Ceci dit, il ne serait pas exagéré de penser que ça soit ce type d'issue à laquelle redoutent les autorités américaines qui veulent bien montrer au monde leur sévérité, ainsi que leur détermination peu importe le chemin emprunté pour y arriver.

672. Dans cette même affaire dite de *Lockerbie*, une différence saute aux yeux à savoir : tous les commanditaires ont été vivants et extradés. Alors que pour les attaques du 11 septembre 2001, certains complices ou instigateurs ont été tués, d'autres sont encore recherchés. A ce stade, il est impossible de parler d'extradition faute de coopération des Etats-Unis qui jusqu'à présent réagissent que timidement à de telle procédure. Par conséquent, elle reste plus ou moins « stagnante » malgré des pressions de plus en plus constantes⁹⁴⁰.

673. Tout ceci ne fait que rendre cette tâche beaucoup plus difficile à surmonter. Ainsi, le fait que les principaux auteurs de ces actes de terrorisme international ont péri au cours de leurs opérations suicides annule automatiquement toute sanction judiciaire censée être prise à leurs encontre. Toutefois, la capture des complices ou instigateurs de ces attentats du 11 septembre 2001 par un Etat tiers, offrirait l'opportunité aux Etats-Unis à soumettre à leur tour de demandes d'extradition de ces personnes suspectées d'avoir commandité la commission d'actes de terrorisme à celui-ci⁹⁴¹. C'est à ce titre que le regret de Gilbert GUILLAUME trouve toute sa résonance lorsqu'il écrit : « *On aurait pu songer à rendre ces infractions susceptibles d'extradition en toutes circonstances, soit en posant une règle selon laquelle leurs auteurs pouvaient être extradés même en l'absence de traité, soit en provoquant la signature en la matière d'une convention universelle d'extradition* »⁹⁴². Avouons tout de

⁹³⁹ La requête a été rayée du rôle de la Cour à la demande des parties le 10 septembre 2003, un accord d'indemnisation ayant été conclu entre la Libye et les Etats-Unis et entre la Libye et le Royaume-Uni. V. M. COSNARD, « Observations à propos de l'arrêt rendu par la Haute Cour de Justice écossais dans l'affaire Lockerbie », *AFDI*, 2000, pp. 643-653.

⁹⁴⁰ *Le Monde*, 21 et 22 mai 2003. Points de presse du Quai d'Orsay du 7 novembre 2003 et du 20 février 2004.

⁹⁴¹ Cf. Art. 8 de la Convention de La Haye de 1970 ; art. 8 de la Convention de Montréal de 1971 ; art. 10 de la Convention de New York de 1973 ; art. 8 de la Convention de New York 1979 ; art. 11 de la Convention de Vienne de 1980 ; art. 11 de la Convention de Rome de 1988.

⁹⁴² A. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, 1989, Vol. III, p. 356.

même que, les incriminations des actes de terrorisme sont aujourd'hui largement répandues en droit interne d'un nombre important d'Etats, mais reconnaissons aussi que cette avancée encourageante n'est pas suffisante au point de garantir une répression satisfaisante à tous.

674. Quoi qu'il en soit, l'état d'exception introduit par l'Administration Bush est loin de constituer une suspension momentanée des règles de droit commun⁹⁴³. Toute violation des obligations internationales par les Etats-Unis impliquera normalement l'établissement international de ceux-ci, et des entités privées agissant de concert avec eux.

Paragraphe II : La violation par les Etats-Unis des obligations que leur impose le droit international

675. Cette violation des droits fondamentaux de la personne humaine repose essentiellement sur l'inefficacité du droit à un procès équitable pour les détenus de Guantanamo Bay (1), ainsi qu'à l'implication des exécutions extrajudiciaires au nom de la « guerre contre le terrorisme » (2).

1- L'ineffectivité du droit à un procès équitable pour les détenus de Guantanamo Bay.

⁹⁴³ Ce qui est l'acceptation habituelle de l'état d'exception, celle d'une situation dérogeant ou violant une norme en vigueur (voir les développements sur une définition intemporelle de l'état d'exception dans F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, PUF, Paris, 2001, p. 28-29.

676. Le principe *sacro-saint* commun à l'ensemble des instruments juridiques internationaux et régionaux de protection des droits de l'Homme les garanties liées à la tenue d'un procès équitable, permettant le droit à toute personnes à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi⁹⁴⁴. En outre, même si les détenus de Guantanamo sont sous le coup d'une accusation, ils doivent jouir néanmoins des droits de procédure afin de garantir l'équité du procès⁹⁴⁵. Parmi ces droits, on trouvera celui garantissant la présomption d'innocence aux personnes détenues arbitrairement ou pas⁹⁴⁶.

677. Ces PG doivent également disposer des droits et moyens nécessaires à leur défense, ainsi que de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de leur défense tels que reconnus par les CG. De même que par le biais d'autres instruments juridiques internationaux⁹⁴⁷. Ils ne doivent pas faire l'objet de contrainte visant à les forcer à témoigner contre eux-mêmes ou encore à s'avouer coupables⁹⁴⁸. Le respect d'un procès équitable leur accorde le droit de faire appel de leur condamnation devant une juridiction supérieure s'ils l'estiment nécessaire⁹⁴⁹.

678. Le droit à un procès équitable occupe une place de choix en droit américain plus précisément dans plusieurs amendements de la Constitution américaine de 1787⁹⁵⁰. C'est ainsi qu'on peut y lire entre les lignes du sixième et quatorzième amendement « *due process of law* » doit bénéficier à tout individu⁹⁵¹. Le

⁹⁴⁴ Art. 14, paragraphe 1 PIDCP ; art. 5, paragraphe 1 CEDH et art. 8, paragraphe 1 de la CADH.

⁹⁴⁵ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BACK, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruylant, Bruxelles, CICR, Vol. I : Règles, 2006, p. 469-470.

⁹⁴⁶ Art. 14, paragraphe 2 PIDCP ; art. 6, paragraphe 2 CEDH et art. 8, paragraphe 2 de la CADH.

⁹⁴⁷ CG I, art. 49 al. 4 ; CG II, art. 50 al. 4 ; CG III, art. 84 al. 2 ; CG IV, art. 72 al. 1 et art. 123 al. 1 ; PA I, art. 75 paragraphe 4 al. a) ; PA II, art. 6, paragraphe 2 al. a). V. aussi, Art. 14, paragraphe 3 (b) PIDCP ; art. 6, paragraphe 3 (b) et (c) CEDH et art. 8 (c) et (d) CADH.

⁹⁴⁸ Art. 14 paragraphe 3 (g) PIDCP et 8 paragraphe 2 (g) CADH.

⁹⁴⁹ Art. 14 paragraphe 5 PIDCP ; Protocole 7, art. 2 CEDH et 8 paragraphe 2 (h) CADH.

⁹⁵⁰ J.-E. BRANAA, *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses, 2^e éd., Paris, 2006, p. 156-159.

⁹⁵¹ - Sixième amendement : « *Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été commis—le district ayant été préalablement délimité par la loi—, d'être instruit de la nature et de la cause de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à décharge, d'exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à charge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense* ».

respect du droit à l'égalité de protection de la loi et la mise en œuvre de garanties judiciaires sont donc clairement imposées à toute personne par la Constitution américaine. Force est de constater que, ces garanties judiciaires du droit à un procès équitable s'apparentent aux garanties consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁹⁵².

679. Sauf que les détenus de Guantanamo Bay ne bénéficiaient pas de cette protection légale qu'offrent le sixième et quatorzième amendements. Les autorités américaines ne semblent pas leur reconnaître le droit à un procès équitable dans la phase de contestation de la légalité de leur détention et dans celle du jugement sur leur culpabilité. Or, selon la pratique des Etats, « *Nul ne peut être condamné ou jugé, si ce n'est en vertu d'un procès équitable accordant toute les garanties judiciaires essentielles* »⁹⁵³. Pourtant, cette règle constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les CAI et non internationaux⁹⁵⁴. Mais, la procédure suivie par les juridictions militaires d'exception créées par l'Administration Bush assombrit un peu plus l'avenir judiciaire déjà sombre de ces détenus de Guantanamo Bay. Et ce, malgré l'inquiétude de la Cour suprême des Etats-Unis qui l'amène à conclure en juin 2006, à l'illégalité de cette procédure qui permet la tenue d'audiences en l'absence de l'accusé. Or, les dispositions pertinentes des deux PA disposent que l'accusé a le droit d'être jugé en sa présence⁹⁵⁵. Cependant, on peut comprendre pourquoi lors de la ratification des PA, certains Etats à l'instar des Etats-Unis se sont abstenus à ne pas ratifier ces instruments juridiques.

- Quatorzième amendement : « *Toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des Etats-Unis et de l'Etat dans lequel elle réside. Aucun Etat ne fera ou n'appliquera des lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité de protection de la loi* ».

⁹⁵² Art. 6 paragraphe 1 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...]* ».

⁹⁵³ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BACK, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruylant, CICR, Vol. I : Règles, Bruxelles, 2006, p. 467.

⁹⁵⁴ *Idem.*, p. 467.

⁹⁵⁵ PA I, art. 75 paragraphe 4 ; PA II, art. 6 paragraphe 2 al. e).

680. En se penchant sur différentes facettes du droit à un procès équitable dans le contexte particulier du terrorisme, le Comité des droits de l'Homme est parvenu à la conclusion selon laquelle : même si l'art. 4 du PIDCP ne figure pas parmi les droits non susceptibles de dérogation mentionnés dans celui-ci, certaines dispositions de l'art. 14 relatives au droit à une procédure régulière sont d'application obligatoire pour les Etats, même en état d'urgence. Parmi ces dispositions figurent la présomption d'innocence, ainsi que les garanties fondamentales liées au droit à un procès équitable inhérent aux principes de légalité et de primauté du droit. Il a également souligné que, même en temps de guerre ou d'état d'urgence, seuls les tribunaux peuvent juger et condamner un individu pour infraction pénale⁹⁵⁶.

2- L'amplification des exécutions extrajudiciaires au nom de la « guerre contre le terrorisme ».

681. Les attentats du 11 septembre 2001 ont suffi au Président George W. BUSH de déclarer une véritable « guerre contre le terrorisme »⁹⁵⁷. Cette déclaration va se matérialiser par une série de frappes ciblées visant spécifiquement certaines personnes soupçonnées d'être membres des réseaux terroristes, faisant au passage des victimes civiles, lesquelles sont considérées comme des « dommages collatéraux »⁹⁵⁸. D'autres personnes ciblées par ces exécutions extrajudiciaires ne se trouvaient pas forcément sur les territoires considérés comme faisant partie des champs de bataille. Mais, aussi celles qui se retrouvaient sur le territoire d'un Etat étranger (Pakistan, Yémen, Somalie etc.)⁹⁵⁹. Ce deuxième aspect de la « guerre contre le terrorisme » basé essentiellement sur les exécutions extrajudiciaire prend des allures de la politique

⁹⁵⁶ V. CCPR/C/21Rev.1/add.11 du 31 août 2001 et HRI/GEN/1, Rev. 6, chap. II, Observation générale N° 13.

⁹⁵⁷ *Discours du Président Georges W. BUSH sur l'état de l'Union*, Le Capitole des Etats-Unis, Washington, 29 janvier 2002, Consulté le 29 juin 2011, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html>

⁹⁵⁸ J. MAYER, *The Risks Of A Remote-Controlled War*, NPR, October 21, 2009, Consulté le 29 juin 2011.

⁹⁵⁹ Document OHCHR : Fiche d'information N° 11 (Rev. 1)-*Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet11Rev.1fr.pdf>

draconienne menée et clairement assumée par Israël au début des années 2000 jusqu'au commencement de la deuxième Intifada, avant qu'elle ne soit reprise par les Etats-Unis dans la « guerre contre le terrorisme »⁹⁶⁰.

682. L'idée selon laquelle le terrorisme international trône désormais au sommet de la hiérarchie des menaces internationales depuis plusieurs années n'est plus à démontrer. Pour y faire face, certains Etats, à l'instar des Etats-Unis, n'hésitent plus à employer de gros moyens et de mettre en œuvre des méthodes controversées sans tenir compte des exigences imposées par le droit international, c'est-à-dire en respectant les obligations internationales que leur impose ce droit. C'est en s'écartant de plus en plus de ce dernier que la « guerre contre le terrorisme » ne cesse de violer les normes de ce corpus juridique.

683. La plus célèbre d'entre elles est celle du 2 Mai 2011, suite à l'opération commando menée par les *Navy Seals* à Abbottabad au Pakistan. Une opération au cours de laquelle un Commando américain des *Seals* exécutait Oussama BEN LADEN, le chef d'Al-Qaïda. Le raid baptisé « *Opération Nepturne's Spear* », (« Trident de Neptune ») ayant pour cible « *Geronimo* », nom d'un guerrier apache qui désignait pour l'occasion Oussama BEN LADEN, a été approuvé par le Président OBAMA et, il a suivi en direct l'exécution de celui-ci en temps réels à travers les images renvoyées par le satellite militaire.

684. Au lendemain de cette exécution, le Président Barack OBAMA n'a pas masqué sa satisfaction en annonçant depuis la Maison Blanche : « *Ce soir, je peux annoncer au peuple américain et au monde que les Etats-Unis ont mené une opération qui nous a permis de tuer Oussama BEN LADEN, le Chef d'Al-Qaïda, et le terroriste responsable de l'assassinat de milliers d'innocents (hommes, femmes et enfants). Un soir comme celui-ci, on peut dire aux familles qui ont perdu des êtres chers à cause du terrorisme d'Al-Qaïda : justice a été faite* »⁹⁶¹. L'ancien Président américain, George W. BUSH, qui avait exprimé sa détermination à chercher Oussama BEN LADEN, mort ou

⁹⁶⁰ E. POMES, « Etats-Unis/Pakistan « Assassinat ciblé » d'un membre d'Al-Qaïda par drone au Pakistan », Mai 2010, *RGDIP*, Chronique des faits internationaux, Tome 115, 2011, N°1, Consulté le 30 juin 2011.

⁹⁶¹ Président Barack OBAMA, Annonce faite le 2 mai 2011.

vif après les attentats du 11 septembre ; qualifiait cette exécution de « réussite capitale ». Ensuite, il déclarera dans un communiqué : « *La lutte contre le terrorisme continue, mais ce soir, l'Amérique a envoyé un message évident. Quelque soit le temps que cela prendra, la Justice finit par être rendu* ». Ce qui est intéressant quand on analyse la substance de ces interventions de ces deux Présidents américains, on ne s'empêchera pas de s'interroger de ce qu'on peut aujourd'hui entendre par le mot « justice ». S'agirait-il de « justice politique ou politicienne » ou de « justice juridique » ?

685. A cette question se dégage une incompréhension totale. Cette incompréhension est d'autant plus inquiétante lorsqu'on s'aperçoit que cette nouvelle lutte contre le terrorisme s'est convertie en « guerre contre le terrorisme ». En plus, elle est d'ores et déjà légitimée par la Communauté internationale sans qu'elle soit véritablement sanctionnée par l'ONU. De toute façon, cette dernière n'a été substituée par cette première à en croire certaines personnalités à l'instar de l'ancien représentant des Etats-Unis à l'ONU, John BOLTON : « *Il n'y a pas de Nations Unies. Il y a une communauté internationale qui peut être menée, à l'occasion, par la seule puissance mondiale qui reste dans le monde, à savoir les Etats-Unis, quand cela sert notre intérêt et que nous pouvons amener les autres à être d'accord (...). Quand les Etats-Unis prennent le leadership, les nations Unies vont suivre. Quand cela servira notre intérêt d'agir ainsi, nous le ferons. Quand cela ne servira pas notre intérêt, nous ne le ferons pas* ». C'est aussi ce que pensait Dick CHENEY, « *Les intérêts des Etats-Unis sont au-dessus de toute question morale* ». Toutes ces réactions fracassantes et méprisantes vis-à-vis de la première institution publique mondiale ne peut que être qualifiée de défiance au droit. Dès lors que les problématiques posées par l'action des Etats-Unis en exécutant en toute impunité ces individus, se trouvent dans le cadre juridique incluant ainsi le DIDH et le DIH.

686. Il faut reconnaître que depuis le début du bail de Barak OBAMA à la Maison Blanche, les assassinats ciblés se sont multipliés. Bref, qu'il s'agisse de l'usage accentué des drones à l'encontre des présumés membres d'Al-Qaïda ou des Talibans dans des opérations : « *Kill/Capture* ». Cette stratégie que l'on qualifie d' « élimination directe » semble en voie de devenir une alternative incontournable par

rapport au déploiement classique des troupes sur le champ de bataille afin d'éviter tout retournement de l'opinion publique en cas de pertes d'hommes⁹⁶².

687. En mai 2010, l'ONU préoccupée par le désastre des drames causés par les frappes de drones, décide de produire un rapport par le biais de son Rapporteur spécial, Philip ALSTON⁹⁶³. Dans ce Rapport, le Rapporteur donne une définition selon laquelle « un « *targeted Killing* » est l'utilisation intentionnelle, préméditée et délibérée de la force létale, par un sujet de droit international, c'est-à-dire par les Etats ou leurs agents agissant sous couvert de la loi, ou par un groupe armé organisé dans un conflit armé, et dirigée à l'encontre d'une personne individuellement sélectionnée n'étant pas sous la garde physique de l'agresseur »⁹⁶⁴. L'appel du Rapporteur spécial des NU pour les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, P. ALSTON n'a pas suffi à faire plier la Maison Blanche à intimer l'ordre à la CIA d'arrêter ses opérations musclées à partir des drones.

688. L'Administration Obama a publié pour la première fois une estimation du nombre de victimes non-combattantes causées par des frappes hors des champs de bataille. Cette publication est accompagnée d'un décret qui somme chaque Administration américaine à procéder à la publication des estimations des victimes civiles. Cette démarche initiée par le décret présidentiel institutionnalise et normalise davantage les frappes aériennes en dehors des champs de bataille conventionnelle⁹⁶⁵.

689. Ces estimations délivrées par la Maison Blanche le 1^{er} juillet 2016 faisant état de nombreux civils tués par des frappes américaines dont ils n'étaient pas la cible qui va de 64 à 116 morts. La plupart de ces frappes sont l'œuvre des drones armés, ils

⁹⁶² ⁹⁶² E. POMES, « Etats-Unis/Pakistan « Assassinat ciblé » d'un membre d'Al-Qaïda par drone au Pakistan », Mai 2010, *RGDIP*, Chronique des faits internationaux, Tome 115, 2011, N°1, Consulté le 30 juin 2011.

⁹⁶³ P. ALSTON, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary execution*.

⁹⁶⁴ « *A targeted killing is the intentional, premeditated and deliberate use of lethal force, by States or their agents acting under colour of law, or by an organized armed group in armed conflict, against a specific individual who is not in the physical custody of the perpetrator* ». Doc. ONU A/HRC/14/24/Add. 6, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip ALSTON, study on targeted killings*, Human Rights Council, May 28, 2010, consulté 29 juin 2011, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf>

⁹⁶⁵ C. SAVAGE, S. SHANE, « U. S. Reveals Death Toll From Airstrikes Outside War Zones », *New York Times*, 1^{er} juillet 2016.

ont également causé la mort de 2500 personnes qualifiées de terroristes par l'Administration américaine actuelle. Ces chiffres qui couvrent environ 473 opérations menées par la CIA et l'armée n'excluent pas les zones de guerre officiellement reconnues comme des champs de bataille de différentes guerres : Afghanistan, Syrie, Irak. Mais des pays comme le Pakistan, la Libye, la Somalie ou le Yémen soient plus de 200 à 1000 morts⁹⁶⁶. Ce bilan est le résultat de l'emploi démesuré de la force en outrepassant le cadre légal prévu par le droit.

690. Un tel usage « féroce » ou aigu de la force invite toute intelligence à s'interroger sur la légalité de ces exécutions extrajudiciaires. Ceci étant, l'encadrement juridique de ces actes américains hautement militaires tiendra compte, bien évidemment, de la spécificité contextuelle de la « guerre contre le terrorisme », dans lequel ces exécutions extrajudiciaires ont été commises. De même, un accent doit être mis sur le statut des acteurs, c'est-à-dire savoir si leur statut les rattache à une entité non étatique ou étatique. Quoi qu'il en soit, le cadre juridique applicable à cette question évolue en fonction du contexte dans lequel ces exécutions extrajudiciaires sont exécutées. De façon globale, ces pratiques brutales posent de véritables problématiques juridiques :

— Dans un premier temps, on peut objectivement s'interroger si ces exécutions extrajudiciaires sont planifiées dans le cadre d'un conflit armé, alors la *lex specialis*, c'est-à-dire la loi applicable qui s'appliquera sera sans doute le DIH. Mais en l'absence de conflit armé, seul le DIDH trouvera son application. Or, il se trouve que ces frappes interviennent dans les deux contextes—sur les champs de bataille, sur lesquels cette « guerre contre le terrorisme » poursuit son ascension. Dans ce cas, il n'y a pas de doute que le droit applicable soit dépendant du cas de figure auquel la question relative à son applicabilité sera posée.

— Dans un deuxième temps, en l'absence du consentement de l'Etat sur le territoire duquel l'exécution judiciaire sera commise, l'obstination d'un autre Etat à le commettre

⁹⁶⁶ G. KORTE, T. VANDEN BROOK, « White House: At least 64 to 116 civilians killed in drone strikes since 2009 », *USA Today*, 1^{er} juillet 2016.

sans l'aval de ce dernier entraînera forcément une violation de l'un des principes de droit international relatif au respect de la souveraineté.

— Dans un troisième temps enfin, ces pratiques vont à l'encontre du respect des droits de la défense et du droit à la vie. En outre, en vertu du DIDH, chaque personne quelle qu'elle soit a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement, par un tribunal indépendant et impartial. En d'autres termes, chaque personne a droit à un procès équitable. Enfin, toute exécution extrajudiciaire d'une personne peut donc être considérée, tout simplement, comme une atteinte aux droits de la défense.

691. Rappelons enfin, qu'en vertu du DIH les exécutions ciblées ne sont justifiables que lorsque la cible visée est un combattant ou un civil participant directement aux hostilités⁹⁶⁷. Car en effet, le but fondamental du DIH n'est rien d'autre que celui de protéger des civils ne participant pas à la guerre. Encore, faut-il que une telle élimination soit nécessaire à l'objectif militaire et, que le principe de proportionnalité appliqué afin de réduire au maximum des dommages collatéraux sur les civils⁹⁶⁸.

692. Il est évident que compte tenu des méthodes employées par les États-Unis pour mener cette « guerre contre le terrorisme » au mépris des règles élémentaires du DIDH et du DIH, la réponse à ces dérives serait, bien évidemment, l'établissement de la responsabilité internationale de l'entité publique et privée impliquées dans cette « guerre » (Chapitre II).

Chapitre II : De l'établissement de la responsabilité internationale des États-Unis et de celle des Entreprises militaires et de sécurité privée

⁹⁶⁷ Art. 51 (3) du PA I et 13 (3) du PA II, découlant ainsi de l'art. 3 commun aux CG, dans la formule anglaise de « *taking no active part in the hostilities* » (commentaire aux PA I et PA II, art. 13 (3) du PA II, paragraphe 4787. Nous soulignons. La version anglaise de l'art. 3 commun emploie l'expression « *active part in the hostilities* », alors que la version française indique « participent [...] directement aux hostilités ».

⁹⁶⁸ J. MAYER, *The Risks Of A Remote-Controlled War*, NPR, October 21, 2009, Consulté le 29 juin 2011.

693. La responsabilité est le centre de gravité de tout ordre juridique. C'est en cela que le Professeur Alain PELLET, l'a définie comme l'un des « signes » de l'existence du droit⁹⁶⁹. Elle est une condition de la juridicité d'un système donné. A cet égard, elle peut aussi être considérée comme « l'épicentre d'un système juridique »⁹⁷⁰. C'est ainsi que l'observation faite par Paul REUTER prend tout son sens en pensant que : « *La responsabilité est au cœur du droit international, (...) elle constitue une partie essentielle de ce que l'on pourrait considérer comme la constitution de la Communauté internationale* »⁹⁷¹. A ce titre, elle joue un rôle fondamental dans le système juridique international, elle met par conséquent en évidence la différence entre le comportement conforme au droit et celui qui ne l'est pas tout en définissant les effets juridiques qui s'attachent au comportement comme l'avait autrefois énoncé la CIJ, « *(L) a responsabilité est le corollaire nécessaire du droit* »⁹⁷². Cette corrélation entre la responsabilité et le droit est aussi ce que reconnaît Max HUBER lorsqu'il disait que : « *La responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale* »⁹⁷³.

694. Ceci dit, sa pertinence découle des principes gouvernant l'imputabilité et notamment de leur adéquation à la réalité de la pratique des sujets de droit. Le droit de la responsabilité internationale tire son effectivité de sa capacité à appréhender la réalité de l'activité des sujets du droit international au travers de l'imputabilité. De ce point de vue, le droit international public au sens classique du terme, c'est-à-dire dans sa version initiale ou traditionnelle, purement interétatique, nous montre combien même les Etats engagent leur responsabilité en cas de manquement à leurs obligations envers d'autres Etats.

⁹⁶⁹ *SOS Attentats, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, A. PELLET, « La responsabilité des dirigeants pour crime international de l'Etat. Quelques remarques sommaires au point de vue du droit international », Calmann-lévy, 2003, p. 403.

⁹⁷⁰ P.-M. DUPUIS, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, 1984-V, p. 21.

⁹⁷¹ P. REUTER, « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, Mélanges M. VIRALLY, Paris, 1991, p. 390.

⁹⁷² CIJ, *Aff. De la Barcelona Traction, Light and Power company, limited* (Belgique C. Espagne), deuxième phase, arrêt du 5 février 1970, Rec. 1970, p. 34.

⁹⁷³ Voir en effet, *l'Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* (Espagne c. Royaume-Uni), sentence arbitrale du 1^{er} mai 1925, R.S.A., Vol. II, p. 641.

695. Jadis, la responsabilité de l'Etat était tenue pour internationalement engagée qu'à partir du moment où les trois conditions étaient réunies à savoir : la commission d'un fait internationalement illicite, l'imputabilité du fait à l'Etat, le fait commis doit résulter un dommage pour un autre Etat ou un autre sujet de droit international sauf à l'individu—qui n'était pas encore considéré comme tel⁹⁷⁴. Mais cette dernière condition ne permettait pas de sanctionner les manquements au droit dès lors qu'aucun autre sujet de droit international n'avait subi de préjudice. Cette conception pouvait occasionner des dérives par exemple permettre et justifier que les Nazis massacrent tous les juifs allemands et aux Rwandais, ou aux Cambodgiens de s'exterminer entre eux ; à partir du moment où cela ne cause aucun dommage à un autre sujet de droit. Ces faits pouvaient être au regard de cette conception de la responsabilité internationale de l'époque considérés comme des « affaires intérieures » d'un Etat.

696. Ainsi, pour sortir la responsabilité internationale de cette subjectivité, le Juriste italien, Roberto AGO, qui fut le principal Rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité des Etats, prend l'initiative de supprimer la troisième condition. C'est ainsi que l'on débouche sur un principe *sacro-saint* du droit international selon lequel, « tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité »⁹⁷⁵.

697. De toute façon, tout ordre juridique prévoit que des conséquences légales soient attachées au manquement à la règle de droit⁹⁷⁶. A plus forte raison, l'ordre juridique international caractérisé par l'égalité souveraineté des Etats. Enfin, dans cet ordre juridique international « la responsabilité internationale (...) apparaît comme le mécanisme régulateur essentiel et nécessaire des rapports mutuels » des sujets de droit.

⁹⁷⁴ Certes, les personnes privées ont été des « objets » du droit international. Comme le constatait très justement en 1928 la Cour permanente de justice internationale, le prédécesseur de l'actuelle CIJ : « On ne saurait constater que l'objet même d'un accord international [...] puisse être l'adoption par les parties de règles déterminées créant des droits et obligations pour les individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux *nationaux* » ; elle poursuivait en ajoutant que « Selon un principe bien établi, un accord international ne peut, comme tel, *créer directement des droits et obligations pour les particuliers* » (Avis consultatif, Compétence des Tribunaux de Dantzig).

⁹⁷⁵ Art. 1^{er} du *Projet d'articles de la CDI sur le responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*.

⁹⁷⁶ P.-M. DUPUIS, *Droit international public*, Dalloz, 9^{ème} éd., Paris, 2008, p. 489.

698. Le tribunal militaire international de Nuremberg avait rappelé un *dictum* que les violations commises par l'Etat sont nécessairement celles résultant du fait d'un individu : « *Ce sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent des crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international.* ». Mais, les agents à travers lesquels l'Etat agit sont visés par le « faisceau » de la responsabilité individuelle ; toutefois, l'Etat, au-delà des sanctions qui peuvent incomber aux responsables de crimes, qui sont en fait ses agents, « *ne libère pas pour autant l'Etat lui-même de sa propre responsabilité pour un tel fait* »⁹⁷⁷. En revanche, la responsabilité pénale individuelle n'est pas une exclusivité réservée aux seuls agents de l'Etat. Il pourrait en effet s'agir de la « criminalisation » de certains agissements individuels des employés des EMSP au plan international, des actes jugés contraires et en violation grave des règles du DIH.

699. Les EMSP sont souvent accusées de violation du DIH. En même temps, nous devons rappeler que ces entités privées ne s'auto-incorporent pas dans la participation directe aux hostilités sans l'aval des Etats. Leur incorporation dans le « jeu » de la guerre est généralement à l'initiative de l'Etat. Certes, rappelons-le, cette initiative étatique ne saurait dispenser les EMSP responsables d'infractions graves au droit des conflits armés de leur responsabilité. De même que l'Etat ne saurait se soustraire de l'imputabilité le visant au cas où des actes commis par ces entités privées contreviennent aux règles du DIH. C'est en connaissance de cause que le Document de Montreux exhorte aux Etats Parties de ne pas procéder à la délégation des activités relevant exclusivement des prérogatives de puissance publique aux EMSP : « *Les Etats contractants sont tenus de ne pas mandater des EMSP pour exercer des activités que le droit international humanitaire assigne explicitement à un agent ou à une autorité étatique (...)* »⁹⁷⁸. C'est dans ce sens qu'en juillet 2009, qu'un Projet de convention internationale sur la réglementation, la surveillance et le contrôle des EMSP fait son

⁹⁷⁷ Rapport de la CDI sur les travaux de sa 28^e session, *Ann. CDI* 1976, vol. II, 2^e partie, p. 96.

⁹⁷⁸ Le Document de Montreux mentionne aussi que : « Les Etats contractants restent liés par leurs obligations de droit international, même s'ils mandatent des EMSP pour exercer certaines activités », « Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des Entreprises militaires de sécurité privées opérant pendant les conflits armés », Doc. Off. AG/CS, 63^e sess., Doc. NU A/63/467-S/2008/636 (2008), Partie I, par. 1.

apparition⁹⁷⁹. L'idée principale de cette initiative onusienne n'est guère d'interdire tout recours aux EMSP, mais plutôt de restreindre cette tendance étatique dont la première « victime » serait le droit. L'objection est de rappeler aux Etats la conservation et la gouvernance de toutes ses fonctions traditionnelles qui font d'eux les garants de la souveraineté, c'est-à-dire toute fonction régaliennne relevant de ses prérogatives de puissance publique⁹⁸⁰. Dit autrement, toute tentative de privatisation de certaines activités par l'Etat ne doit pas entamer sinon affecter sa souveraineté. C'est d'ailleurs ce qui rappelait la Commission des droits de l'Homme des NU : « *L'Etat peut privatiser de nombreux secteurs de production et de services mais il ne peut pas privatiser ce qui est sa raison d'être. S'il transfère ses responsabilités à une entreprise privée, étrangère de surcroît, il accepte que sa souveraineté de l'Etat soit entamée, avec la circonstance aggravante que peuvent être lésés des droits inaliénables des habitants et que peuvent être violées les normes fondamentales de la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire* »⁹⁸¹. Enfin, le droit international impose certaines limites à l'Etat quant à

⁹⁷⁹ Cf. « Projet de convention sur les Sociétés militaires et de sécurité privée (SMSP) présenté au Conseil des droits de l'Homme pour examen et suite à donner », Annexe au Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination (A/HRC/15/25) », version avancée, NU, Doc. A/HRC/WG.10/1/2, 9 mai 2011 [« Projet de convention sur les Sociétés militaires et de sécurité privée (SMSP) »]. Le 1^{er} octobre 2010, le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies établissait « un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international, y compris, entre autres, l'option consistant à élaborer un instrument juridique contraignant relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité, y compris leur responsabilité, en tenant compte des principes, des principaux éléments et du projet de texte proposés par le Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », Doc. Off. NU, A/HRC/RES/1526, par. 4.

⁹⁸⁰ Selon la définition proposée par le projet de convention, l'expression prérogative de puissance publique suppose des « *fonctions intrinsèquement étatiques* » c'est-à-dire celles qui répondent au principe du monopole de l'Etat sur l'emploi légitime de la force et qu'un Etat ne peut en aucunes circonstances sous-traiter ni déléguer à des SMSP. Ces fonctions sont notamment les suivantes : participation directe à des hostilités, conduite d'une guerre ou d'opérations de combat, capture de prisonniers, élaboration de textes législatifs, espionnage, renseignement, transfert de connaissances ayant des applications militaires, de sécurité ou de police, utilisation d'armes de destruction massive et autres activités relatives à de telles armes et les pouvoirs de police, en particulier les pouvoirs d'arrestation et de détention, y compris les interrogatoires de détenus, et les autres fonctions qu'un Etat Partie considère comme des fonctions intrinsèquement étatiques (art. 2 i).

⁹⁸¹ Cf. « Rapport sur la question de l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'Homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, présenté par le Rapporteur spécial, M. Enrique Bernales BALLESTEROS, conformément à la résolution 1995/5 et à la décision 1997/120 de la Commission des droits de l'Homme », Doc. Off. Com. D.H., 54^e sess., NU. E/CN.4/1998/31, 27 janvier 1999, para. 74, consulté en ligne :

la délégation de certaines de ses activités. Il importe de rappeler aussi que la plupart des obligations du DIH considérées comme des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire opposables à tous, pas seulement aux parties prenantes⁹⁸².

700. La responsabilité de l'Etat découlant d'un fait internationalement illicite a un champ d'application élargi qui ne se résume pas seulement aux obligations bilatérales, mais elle peut également opposer l'Etat contre plusieurs Etats tiers, et même, dans certaines mesures la Communauté internationale. En effet, l'affaire de la *Barcelona Traction* représente la parfaite illustration : « *Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la Communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes* », ainsi soulignait la CIJ⁹⁸³.

701. L'établissement de cette responsabilité internationale de ces deux entités s'articule autour de celle concernant l'action des Etats-Unis (Section I), avant de se pencher sur la responsabilité pénale des EMSP et de leurs employés (Section II).

Section I : De l'étendue de la responsabilité internationale des Etats-Unis

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/102/98/PDF/G9810298.pdf?OpenElement>, consulté en février 2008

⁹⁸² L. CONDORELLI, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire « en toute circonstances », dans SWINARSKI (éd.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 29. Voir aussi, M. SASSOLI, « State Responsibility for violations of international Humanitarian Law », (2002) 846 *R.I.C.R.* 401, p. 426.

⁹⁸³ Cf. *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power company, Limited*, (deuxième phase)—Belgique c. Espagne, 1970, CIJ, rec. 3, p. 32.

702. A la différence de la responsabilité de l'individu, il est clairement établi que le régime de la responsabilité de l'Etat obéit à des règles propres. Dans son arrêt relatif à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ affirmait que cette spécificité demeurerait même si le fait criminel en cause est sanctionné par le même régime juridique applicable ou repose sur la violation relevant d'une même règle matérielle⁹⁸⁴. Ceci dit, les militaires ou les EMSP pouvaient être reconnus pénalement responsables de la violation du DIH dans leur participation aux hostilités en Afghanistan puis en Irak, sans que les Etats-Unis dont ils sont organes ne le soient en vertu des règles pertinentes du droit international. Dans cette dialectique, les Etats-Unis pouvaient endosser à leur tour, la responsabilité internationale pour la violation du DIH ; même si cette violation est l'œuvre de ses organes (par ex. militaires ou les EMSP). Mais ces derniers peuvent être soustraits de toute responsabilité au regard du droit international pénal⁹⁸⁵. Ceci étant, il est donc important de dégager la responsabilité des Etats-Unis pour le fait des EMSP (Paragraphe I), et, ensuite examiner l'étendue de cette responsabilité en vertu des règles du DIH (Paragraphe II).

Paragraphe I : La responsabilité internationale des Etats-Unis pour infractions graves au droit international humanitaire

703. Dans ce paragraphe nous nous intéressons à la responsabilité internationale des Etats-Unis pour le fait des EMSP (1). Ils sont également responsables en vertu des règles découlant du DIH (2).

⁹⁸⁴ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, Rec. 2007, paragraphe 166.

⁹⁸⁵ V. art. 25 paragraphe 4 de la CPI, « *Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des Etats en droit international* » ; V. aussi, art. 58 relatif au Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : « *Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un Etat* ».

1- La responsabilité internationale des Etats-Unis pour le fait des entreprises militaires et de sécurité privée

704. Selon la règle générale en droit international, les actes posés par des entités privées n'engageraient pas la responsabilité de l'entité publique—l'Etat. En effet, la responsabilité de ce dernier serait circonscrite d'après la CDI à « *un comportement qui engage l'Etat en tant qu'organisation et [qui tient] compte de l'autonomie des personnes qui agissent pour leur propre compte et non à l'instigation d'une entité publique* »⁹⁸⁶. En restant sur ce principe et sous réserve de la substance des lignes suivantes, les Etats-Unis n'étaient donc pas responsables de l'illicéité des actes posés par les EMSP. Dit autrement, ils sont traditionnellement responsables que du comportement de leurs organes⁹⁸⁷. Ceci dit, l'Etat est donc tenu internationalement responsable en droit international, d'un fait internationalement illicite, dès lors qu'il lui est attribuable le comportement générateur de ce fait.

705. Cependant, certaines règles d'attribution peuvent fonder la responsabilité internationale de l'Etat pour les actes illicites relevant du comportement d'individus ou d'entités privées⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session » (Doc. NU A/56/10), dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. II, partie II, New York/Genève, NU, 2007, (A/CN.4/SER.A/2001/Add.1(Part 2)), p. 40.

⁹⁸⁷ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour le fait internationalement illicite* et commentaires y relatifs, dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session* (Doc. NU A/56/10), dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. II, partie II, New York/Genève, NU, 2007, (A/CN.4/SER.A/2001/Add.1(Part 2)), p. 60-391. (1) *Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.* 2) *Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat.*)

⁹⁸⁸ Art. 5 et 8 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* :

- art. 5 : *comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique. Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international.*

- art. 8 : *Comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat.*

706. Le droit international détermine la responsabilité internationale du fait des EMSP en fonction de la nature de l'entité qui délègue ses fonctions aux EMSP. Toutefois, qu'une EMSP ait pour contractant un Etat ou une structure privée, l'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat engendrera des conséquences fondamentales. Restons-nous sur le premier cas de figure c'est-à-dire celui de l'Etat. Rappelons-le, pour le cas qui est le nôtre, il s'agit bel et bien d'un sujet de droit international, en l'occurrence l'Etat : les Etats-Unis. Dès lors, la question relative à l'identification d'une quelconque entité quelle qu'elle soit n'est plus posée.

707. Quoi qu'il en soit, les Etats-Unis ne pouvaient pas se désengager de la responsabilité internationale relative aux actes illicites posés par des EMSP qui agissaient juridiquement sous l'empire de leur juridiction. Mais, seule une analyse adéquate permettrait l'attribution d'un fait illicite aux Etats-Unis.

708. Tout d'abord, le caractère privé des EMSP ne nous permet pas de les considérer comme étant des organes des Etats-Unis dont la conséquence immédiate serait l'endossement de la responsabilité internationale en conséquence des actes illicites dont les entités privées seraient des auteurs. Ensuite, établir les traces d'une éventuelle délégation de prorogatives de puissance aux EMSP. Sur ce point, il est clairement établi que le Département d'Etat avait confié certaines fonctions militaires aux EMSP, cette externalisation des fonctions militaires peut légitimement être constitutive d'une telle délégation des tâches de combat ou de renseignement. Même s'il est rarement trouvé que les EMSP délivrent des prestations dans le domaine relevant exclusivement du monopole de l'Etat. D'ailleurs, il serait moins pertinent de considérer le simple fait d'autoriser des employés des EMSP de porter des armes dans des missions telles que la sécurité des camps ou la logistique comme étant des missions relevant des prérogatives de puissance publique. Enfin, il est important de rappeler que la délégation de prérogatives de puissance publique ne couvre pas l'ensemble des activités confiées aux EMSP.

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat.

709. Il se trouve que les EMSP présentent en Afghanistan et en Irak travaillaient de concert avec l'armée américaine et suivaient des instructions ou des directives de la hiérarchie militaire des Etats-Unis. L'exécution de ces instructions et l'application de ces directives tombaient ainsi sous le coup de l'art. 8 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite, « *Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat* ». Mais, il est difficile d'établir un lien de dépendance entre les violations graves commises par les EMSP et les instructions ou directives données par les Etats-Unis comme l'exige la CIJ : « [...] *les actes commis par des personnes ou groupes de personnes—qui ne sont ni des organes de l'Etat ni assimilables à de tels organes—ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat que si ces actes, à supposer qu'ils soient internationalement illicites, lui sont attribuables en vertu de la norme de droit international coutumier reflétée dans l'article 8 précité. Tel est le cas lorsqu'un organe de l'Etat a fourni les instructions, ou donné les directives, sur la base desquelles les auteurs de l'acte illicite ont agi ou lorsqu'il a exercé un contrôle effectif sur l'action au cours de laquelle l'illicéité a été commise* ». Même si l'on peut affirmer que les Etats-Unis avaient un contrôle global sur les EMSP, mais l'interprétation restrictive de la CIJ sur la responsabilité internationale de l'Etat pour le fait d'entité privée exige en plus l'établissement d'un lien de dépendance comme critère additionnel et déterminant liant ainsi les actes commis aux instructions ou aux directives données par l'Etat⁹⁸⁹.

710. L'une des raisons qui rend l'établissement du lien de dépendance plus complexe est liée à la pluralité d'activités auxquelles les employés des EMSP sont susceptibles d'exercer. Cette complexité du lien de dépendance a été mentionnée par C. HOPPE, « *[L]es contractants fournissant une sécurité personnelle ne seront pas qualifiés d'organes de facto en raison de l'indépendance qu'ils tendent à avoir dans la planification de leurs opérations, alors que les personnes chargées d'activités d'interrogatoire, souvent très liées à l'Etat, le seront facilement* »⁹⁹⁰. On peut ainsi comprendre que la

⁹⁸⁹ CIJ, arrêt du 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, paragraphes 396 et ss.

⁹⁹⁰ C. HOPPE, « Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies », *EJIL*, 2008, pp. 889-1014, p. 991.

détermination de la nature des fonctions occupées par les employés des EMSP simplifiera nettement l'identification du lien de dépendance, c'est-à-dire de déterminer si les fonctions dont les employés des EMSP ont la charge sont des prérogatives de puissance publique ; pour que le fait internationalement illicite de ceux-ci soit attribuable aux Etats-Unis⁹⁹¹.

711. L'article premier de la CDI mentionne clairement que tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale. Elle précise en effet à travers ses commentaires que l'« *expression « responsabilité internationale » s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un Etat* »⁹⁹².

712. C'est en cela que l'Etat est soumis à certaines limites imposées par le droit international sur l'externalisation. C'est notamment le cas de l'interdiction de tout recours aux navires marchands dans le cadre d'hostilités maritimes⁹⁹³. Les Etats sont également soumis aux exigences du DIH lorsqu'il exige que des camps de prisonniers de guerre soit placé sous l'autorité de l'officier responsable dépendant de la Puissance détentrice comme le prévoit la CG III⁹⁹⁴. Cette interdiction du DIH normalisée par la CG III a été reprise de façon précise par le Document de Montreux, « *Les Etats contractants sont tenus de ne pas mandater des EMSP pour exercer des activités que le droit international humanitaire assigne explicitement à un agent ou à une autorité étatiques (...)* »⁹⁹⁵. De toute manière, il est moins convaincant d'admettre que la sous-délégation

⁹⁹¹ Art. 7 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* : « *Le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme fait de l'Etat d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions* ».

⁹⁹² « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session » (Doc. NU A/56/10), dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. II, New York/Genève, NU, 2007, (A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), p. 33.

⁹⁹³ *Déclaration réglant divers point de droit maritime*, Paris, 16 avril 1856, en ligne : <http://www.icrc.org/DIH.nsf/FULL/05?OpenDocument>, consulté en mai 2008.

⁹⁹⁴ Article 39 de la CG III *relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 135

⁹⁹⁵ Le Document de Montreux mentionne aussi que : « Les Etats contractants restent liés par leurs obligations de droit international, même s'ils mandatent des EMSP pour exercer certaines activités », « Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des Entreprises militaires de sécurité privées opérant pendant les conflits armés », Doc. Off. AG/CS, 63^e sess., Doc. NU A/63/467-S/2008/636 (2008), Partie I, paragraphe 2.

puisse soustraire l'Etat de sa responsabilité internationale. En s'engageant dans l'externalisation, l'Etat doit assumer les conséquences de sa décision. D'ailleurs, il est possible d'attribuer directement à l'Etat le comportement d'acteurs privés (individu ou entité privées) qui engagerait sa responsabilité internationale en vertu de certaines dispositions prévues par plusieurs dispositions du Projet d'articles de la CDI portant sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite⁹⁹⁶.

713. L'art. 4 al. 1 de la CDI appuie la règle générale selon laquelle l'Etat est internationalement responsable que du fait de ses organes.⁹⁹⁷ Dans son al. 2, l'art. 4 précise clairement qu'il considère comme « organe »: « *un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat* ». Dit autrement, l'Etat n'endosserait point la responsabilité du comportement d'acteurs non étatiques qui agissent sous sa juridiction et sur son territoire⁹⁹⁸. Mais cette « exemption » de l'Etat se fragilise à partir du moment où ces acteurs sont habilités par le droit de cet Etat, en exerçant des prérogatives de puissance publique⁹⁹⁹. Il est clairement énoncé par l'art. 5 du projet d'articles sur la responsabilité d'Etat que la responsabilité d'une entité non

⁹⁹⁶ Il s'agit des art. 5 et 8 :

- Art. 5 : Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique. « *Le comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international* ».

- Art. 8 : Comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat.

« *Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat* ».

⁹⁹⁷ Art. 4 al. de la CDI : « *Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupé dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat* ». Voir également Marco SASSOLI, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYIL*, vol. 39, 2001, p. 6.

⁹⁹⁸ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* et commentaires y relatifs [ci-après *Projet d'articles*], dans *Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Doc. Off. Commission du droit international NU, 53^{ème} sess., Doc. NU A/56/10 (2001), pp. 83-84, lien internet : Organisation des Nations Unies <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>. L'importance de ce Projet a été très vite soulignée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution A/RES/56/83 du 12 décembre 2001. Dans le même sens, voir Roberto AGO, « Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats », dans *Annuaire de la Commission du droit international*, New York, NU, vol. 2, 1971, pp. 103-138.

⁹⁹⁹ Art. 5 de la CDI du *Projet d'articles de sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*.

étatique ayant la « gouvernance » des prérogatives de puissance publique sera attribuable à l'Etat¹⁰⁰⁰. C'est dans cet ordre d'idées que la CDI rappelle qu' « (...) il importe d'éviter que l'Etat puisse se soustraire dans certaines circonstances à la responsabilité internationale uniquement parce qu'il a confié en partie l'exercice de certaines prérogatives à des entités séparées de l'appareil étatique proprement dit. La CDI croit pouvoir conclure pour sa part à l'existence, en la manière, d'une règle déjà établie ; elle est de surcroît convaincue que, même s'il n'en était pas ainsi, les exigences de clarté des rapports internationaux et la logique même des principes qui les régissent voudraient qu'on parvienne à affirmer une telle règle dans le cadre du développement progressif du droit international »¹⁰⁰¹.

714. Le fondement de l'attribution énoncé par l'art. 5 se base essentiellement sur le fait que l'entité concernée soit habilitée par le droit interne de l'Etat, tout en exerçant une prérogative de puissance publique. Ceci étant, le comportement d'une telle entité ne pourrait être imputable à l'Etat que lorsqu'il se rapporte à l'exercice d'une telle prérogative. Notons cependant qu'aucune définition générale n'est admise pour cerner de façon globale les contours de cette notion (prérogative de puissance publique). Elle par conséquent « otage » sinon dépendante des considérations relevant de chaque conception sociétale, historique et traditionnelle de chaque Etat. C'est cette absence d'unicité qui renforce la pertinence de la conclusion tirée par Marie-Louise TOUGAS en estimant, tout simplement, qu' « *il est impossible, en effet, de soutenir qu'il existe une notion unique et généralement acceptée de la « puissance publique », cette notion étant tributaire, dans chaque droit interne, de conceptions et élaborations indigènes, d'autant plus qu'elle prend appui en substance sur une distinction très tourmentée, qui est fondamentalement étrangère au droit international : celle entre droit privé et droit public. Cette observation montre à elle seule combien est malaisé l'emploi*

¹⁰⁰⁰ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la sa cinquante-troisième session » (Doc. NU A/56/10), dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, New York/Genève, NU, partie II, vol. II, 2007, (A/CN. 4/SER.A/2001/Add. 1 (Part 2), p. 54. Voir en effet, l'article 5 : « *Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international* » [Projet d'articles et commentaires (2001)].

¹⁰⁰¹ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session », (Doc. NU A/9610/Rev1), *Annuaire de la Commission du droit international 1974*, vol. II, partie I, New York, 1975, (A/CN/SER.A/1974/Add. 1), p. 293, par. 17.

d'un caractère si peu objectif pour déraper les actes imputables à un Etat de ceux qui ne le sont pas, dans le contexte de la responsabilité internationale »¹⁰⁰². Enfin, en l'absence d'une quelconque unicité, une conclusion s'impose d'autant plus qu'il ne semble exister dans le champ pluriel de la doctrine une notion unique de prérogative de la puissance publique¹⁰⁰³.

715. Cependant, pour éviter que la règle soit dépourvue de toute sa pertinence, la pluralité conceptuelle n'est ici prise en compte que théoriquement. Car en effet la pratique internationale prône plutôt l'uniformité dans l'application de cette règle comme le préconise l'Annuaire de la Commission du droit international : « *La répartition des fonctions publiques entre l'Etat lui-même et autres institutions est le résultat d'une technique d'organisation qui varie de système à système. Il serait absurde d'en arriver, en se fondant sur cette répartition, à la conclusion qu'une action ou omission commise dans l'exercice d'une même fonction publique devrait être considérée, du point de vue du droit international, ici comme un fait de l'Etat et là non* »¹⁰⁰⁴. Autrement dit, la substance normative de cette notion ne peut donc demeurer dans la dépendance exclusive de l'ordre interne de l'Etat quel qu'il soit¹⁰⁰⁵.

716. Au-delà de l'imprécision de la définition relative à l'exercice de prérogatives de puissance publique, la fonction telle que celle relevant du recours à la force contre un Etat tiers, est de toute évidence inhérente à l'Etat. Cela implique que tout acte internationalement illicite d'une EMSP qui exercera une telle fonction sera attribuable à l'Etat. D'autant plus que, comme le souligne le Professeur Luigi

¹⁰⁰² M.-L. TOUGAS, *Droit international, Sociétés militaires privées et conflit armé. Entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 226.

¹⁰⁰³ L. CONDORELLI, « L'imputabilité à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, (1984-VI), tome 189, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 71.

¹⁰⁰⁴ « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats » (Doc. NU A/CN.4/217/Add.2), dans *l'Annuaire de la Commission du droit international 1971*, New York, NU, vol. II, partie I, 1973, p. 270.

¹⁰⁰⁵ M. SASSOLI, « La responsabilité internationale de l'Etat face à la mondialisation, la dérèglementation et la privatisation : quelques réflexions », in O. DELAS, C. DEBLOCK (dir.), *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 303-306.

CONDORELLI, « *la plupart des normes internationales s'adressent aux Etats en tant qu'entités exerçant la puissance publique* »¹⁰⁰⁶.

717. D'ailleurs, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 et même avant, certaines EMSP ont déjà répondu favorablement à l'« appel d'offre » de certains Etats parmi lesquels les Etats-Unis. En effet, prenant le cas par exemple de la fonction accordée aux employés de CACI et de Titan dont la principale mission était de mener l'interrogatoire de prisonniers à la prison d'Abou Ghraïb¹⁰⁰⁷. Avant le déclenchement de la « guerre contre le terrorisme », d'autres pays ont eu également recours aux services des EMSP; c'est le cas par exemple de l'Angola et de la Sierra Leone. En effet, pour lutter efficacement contre les rebelles de l'UNITA (Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola) dirigée par Jonas SAVIMBI, le MPLA (Mouvement populaire pour la libération de l'Angola), le parti au pouvoir en Angola, sous la présidence de José Edouardo DOS SANTOS, avait eu recours à *Executive Outcomes* (EO) pour entraîner les forces angolaises puis diriger des opérations militaires¹⁰⁰⁸. L'assistance au profit du gouvernement angolais contre les rebelles de l'UNITA s'est élargie avec la participation d'une autre EMSP, *International Defense and Security*¹⁰⁰⁹. Les Etats africains ont donc permis dans des années 90, aux EMSP de s'emparer de différents théâtres de conflits armés internes de chacun d'eux en proie à la violence. Ce fut le cas notamment du foyer de tension Sierra Léonais qui, avait poussé le gouvernement de cet Etat à confier à EO, toute une gamme de ses fonctions parmi

¹⁰⁰⁶ L. CONDORELLI, « L'imputabilité à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, (1984-VI), tome 189, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 73.

¹⁰⁰⁷ *Ilham Nassir Ibrahim v. Titan et al.*, United States District Court for the District of Columbia, 05-cv-01165-JR (2007), p. 22; *Saleh et al. v. Titan et al.*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit No. 08-7008 (2009). Pour certains auteurs, à l'instar de Katja NIEMINEN, les faits commis par ces entités privées ne peuvent être attribuables aux Etats-Unis au motif que ces SMP n'avaient pas l'entière responsabilité des opérations. Mais, soutient-elle, le fait qu'elles agissent en se subordonnant aux directives et contrôles des Etats-Unis peut remettre en cause l'application de l'art. 5 de la CDI portant sur le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*—K. NIEMINEN, « The Rules of attribution and the Private Military Contractors and Abu Ghraib : Private Acts or Public Wrongs ? » 15 *Finnish Y.B. Int'l L.* 289, 2004, p. 300.

¹⁰⁰⁸ P. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*, New York, Cornell University Press, 2004, pp. 9, 107-110 ; R. Y. PELTON, *Licensed to Kill*, New York, Crown Publishers, 2006, pp. 258-259.

¹⁰⁰⁹ P. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*, New York, Cornell University Press, 2004, p. 10.

lesquelles, l'entraînement de ses forces armées, la logistique, le commandement, le contrôle et la direction des opérations menées par les forces gouvernementales¹⁰¹⁰.

718. Selon le DIH, la Puissance occupante doit maintenir l'ordre et la sécurité du pays occupé. Cette tâche impérative normalisée par la IV^{ème} Convention de La Haye et Règlement de La Haye de 1907, est considérée comme relevant de la prérogative de puissance publique¹⁰¹¹. Or, l'occupation de l'Irak par les Etats-Unis fait d'eux la Puissance occupante. Ce qui impliquerait qu'ils étaient responsables du comportement des EMSP qu'ils ont embauché pour accomplir des fonctions de police ou maintien de la paix dont l'objectif final serait le rétablissement de la paix. Cet objectif va dans la droite ligne de cette obligation imposée à la Puissance occupante par le DIH dont la base juridique est issue de l'exigence normative de La Haye.

719. La responsabilité des Etats-Unis pour fait des EMSP dans la « guerre contre le terrorisme » doit s'inscrire dans l'une ou l'autre distinction consacrée par la CDI. Ces deux distinctions sont prévues par l'article 8 du projet d'articles, « *La première et celle où des personnes privées agissent sur les instructions de l'Etat lorsqu'elles adoptent le comportement illicite. La seconde est une situation à caractère plus général, où des personnes privées agissent sur les directives ou sous le contrôle de l'Etat* »¹⁰¹². Pour la CDI, en agissant sur instructions de l'Etat correspondrait à des « *situations où les organes de l'Etat complètent leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre « d'auxiliaires », ou les incitent à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'Etat. Il peut s'agir, par exemple, d'individus ou de groupes de personnes privées qui, bien que n'étant pas spécifiquement recrutés par l'Etat et ne faisant pas partie de la police ou des forces armées de celui-ci, sont employés comme auxiliaires ou sont envoyés comme*

¹⁰¹⁰ D. D. AVANT, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 82, 87, 98.

¹⁰¹¹ V. Art. 43 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur la terre de 1907 énonce que : « *L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays* ». Convention (IV) de La Haye et Règlement de La Haye de 1907.

¹⁰¹² « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session », (Doc. NU A/9610/Rev1), *Annuaire de la Commission du droit international* 1974, vol. II, partie I, New York, 1975, (A/CN/SER.A/1974/Add. 1), p. 49.

« volontaires » dans des pays voisins, ou qui effectuent des missions particulières à l'étranger sur instructions de l'Etat »¹⁰¹³.

720. Cependant, lorsqu'une entité privée agit sous les directives ou le contrôle de l'Etat, dans de pareilles circonstances les critères d'attribution de la licéité des EMSP à l'Etat divisent considérablement la doctrine. En effet, dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour avait certes reconnu la responsabilité des Etats-Unis au motif que des agents de ceux-ci avaient participé à la préparation, au commandement et au soutien et de certaines opérations des Contras. Mais, elle avait estimé en revanche que « même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des Contras, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même, d'après les informations dont la Cour dispose, pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les Contras au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. [...] [M]ême le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifierait pas [...], sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes [...] allégués [...]. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force Contra en dehors du contrôle des Etats-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires et paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »¹⁰¹⁴. A la page 64 de sa décision, la Cour précise que : « Toute les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes

¹⁰¹³ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session », (Doc. NU A/9610/Rev1), *Annuaire de la Commission du droit international* 1974, vol. II, partie I, New York, 1975, (A/CN/SER.A/1974/Add. 1), p. 49.

¹⁰¹⁴ *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ. Rec. 1, paragraphe 115.

*contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur (...) »*¹⁰¹⁵.

721. Dès lors, une conclusion s'impose en ce sens que les EMSP qui accomplissaient des tâches précédemment mentionnées exerçaient probablement des fonctions qui relèvent de la prérogative de puissance publique au profit des Etats-Unis. Dans le cas d'espèce, les employés des EMSP ou les EMSP elles-mêmes peuvent être considérés comme étant des organes des Etats-Unis dès lors que la problématique portant sur la responsabilité internationale est posée. Et ce, en totale indépendance du droit interne américain¹⁰¹⁶. Ainsi, comme le rappelait la CDI, « *Un Etat ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de lui dénier ce statut en invoquant son droit interne* »¹⁰¹⁷. C'est dans cette optique que la CIJ s'est clairement prononcée, à titre exceptionnel précisait-elle, dans l'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, « *[S]elon la jurisprudence de la Cour, une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peut être assimilé—aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale—à un organe de l'Etat même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la « totale dépendance » de l'Etat, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument* »¹⁰¹⁸. On peut en effet considérer que le niveau de contrôle qu'avaient les Etats-Unis sur ces entités renforce la probabilité sur les critères permettant à ceux-ci d'endosser la responsabilité internationale du fait des EMSP agissant sous son contrôle. Car, il est difficile d'affirmer avec certitude que ces entités agissaient en totale indépendance.

722. Rappelons enfin que la règle générale qui permettrait au droit international de dispenser *de facto* les Etats de la responsabilité du comportement des

¹⁰¹⁵ *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) [1986] CIJ, rec. 14, paragraphe 218.

¹⁰¹⁶ L. CONDORELLI, « L'imputabilité à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, (1984-VI), tome 189, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 52.

¹⁰¹⁷ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session », (Doc. NU A/9610/Rev1), *ACDI*, 1974, vol. II, partie I, New York, 1975, (A/CN/SER.A/1974/Add. 1), p. 44.

¹⁰¹⁸ Cf. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro) 2007, CIJ., rec. 1, p. 392.

entités non étatique n'est valable que dans certaines circonstances. Car en effet, dans des circonstances dans lesquelles les employés des EMSP font partie intégrante des forces armées, ils sont alors qualifiés comme tels en vertu du DIH¹⁰¹⁹. Pour la CDI, « (...) il importe d'éviter que l'Etat puisse se soustraire dans certaines circonstances à la responsabilité internationale uniquement parce qu'il a confié en partie l'exercice de certaines prérogatives à des entités séparées de l'appareil étatique proprement dit. La CDI croit pouvoir conclure pour sa part à l'existence, en la matière, d'une règle déjà établie ; elle est de surcroît convaincue que, même s'il n'en était pas ainsi, les exigences de clarté des rapports internationaux et la logique même des principes qui les régissent voudraient qu'on parvienne à affirmer une telle règle dans le cadre du développement progressif du droit international »¹⁰²⁰.

723. Ceci dit, en l'absence de toute la diligence de la part des Etats-Unis par rapport aux activités des EMSP afin de prévenir ou de sanctionner toute violation du DIH, la responsabilité internationale de ceux-ci allait être engagée du fait du comportement de celles-ci. Pour éviter toute déviation de la part des EMSP, les Etats-Unis avaient l'obligation de prévenir tous comportements susceptibles de porter atteinte au DIH tout en diligentant, le cas échéant, toute procédure visant à établir de sanctions à l'encontre de ces entités privées.

2- La responsabilité internationale des Etats-Unis en vertu des règles du droit international humanitaire

724. Dans le cadre d'un conflit armé international, les art. 3 et 91 successivement prévus par la VI^{ème} Convention de la Haye de 1907 portant sur les lois et coutumes de guerre et, le PA I aux CG de 1949, établissent clairement la

¹⁰¹⁹ Art. 43 du Protocole additionnel de 1977 et l'art. 4 (A) (1) de la CG III.

¹⁰²⁰ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session », (Doc. NU A/9610/Rev1), dans *Annuaire de la Commission du droit international 1974*, vol. II, partie I, New York, 1975, (A/CN/SER.A/1974/Add.1), p. 293, paragraphe. 17.

responsabilité des Parties belligérantes en conséquence des violations commises par des personnes appartenant à leurs forces armées¹⁰²¹. Ce régime particulier établi par le DIH vise à endiguer toute tentative de soustraction de la part des Parties au conflit de leur responsabilité découlant des violations du DIH. Ceci impliquerait en effet que toute violation qui interviendra au cours d'une situation de conflit armé ne peut déroger à ce régime, c'est-à-dire qu'elle soit commise à titre privé ou en outrepassant l'ordre donné par un responsable hiérarchique, les violations des règles relatives à la conduite des hostilités ainsi constatées impliqueront la responsabilité de la Partie belligérante en cause¹⁰²².

725. La spécificité de ce régime de responsabilité se distingue de celui prévu par la CDI portant sur la responsabilité de l'Etat, en ce sens qu'il vise spécifiquement un champ d'application précis et clairement défini. En effet, il s'applique uniquement en cas de conflit armé et, vise particulièrement des violations des CG en l'occurrence le Ier Protocole additionnel et Règlement de La Haye de 1907. De même, il ne vise pas uniquement les Etats, mais toutes les Parties au conflit, y compris les entités non étatiques telles que les mouvements de libération nationale, les SMP qui peuvent dans certaines mesures être considérées comme étant des forces armées dès lors qu'elles remplissent des conditions fixées par l'art. 43 (1) du PA I, « *Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités*

¹⁰²¹ Art. 3 de la IV^{ème} Convention de La Haye de 1907 : « *La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée* » ; art. 91 du I^{er} Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 : « *La partie au conflit qui violerait les dispositions des conventions ou du présent protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées* ».

¹⁰²² Cf. *L'Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo* dans laquelle la CIJ avait jugé que : Est en outre dépourvue de pertinence, pour l'attribution du comportement des UPDF à l'Ouganda, la question de savoir si les membres des UPDF ont ou non agi d'une manière contraire aux instructions données ou ont outrepassé leur mandat. D'après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'art. 3 de la quatrième Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées.

République démocratique du Congo c. Ouganda, 2005, CIJ, rec. 1, paragraphe 214.

Voir également, *L'Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* (Espagne c. Royaume-Uni), la sentence arbitrale rendue dans cette affaire par le juriste M. HUBER, donne à lire qu'il « *ne saurait être d'avis que les actes commis par la troupe ou par des soldats isolés ne puissent en aucun cas engager la responsabilité internationale de l'Etat. L'art. 3 de la Convention du 18 octobre 1907 relative aux lois de la guerre sur terre établit le principe de pareille responsabilité précisément pour l'éventualité la plus importante* », sentence arbitrale du 1^{er} mai 1925, R.S.A., Vol. II, p. 645.

armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par la Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés »¹⁰²³. Il est certes très rare mais possible que les EMSP appartiennent à une Partie à un conflit international et, de rendre possible, le cas échéant, leur participation aux hostilités. Cette exception peut exceptionnellement engager la responsabilité de l'Etat pour des actes privés contraires au DIH commis par des EMSP.

726. La règle coutumière n'exclut point que la responsabilité de l'Etat soit engagée du fait des actes ou violations commis par les membre appartenant à ses forces armées, bien au contraire, qu'il est rappelé à l'Etat la responsabilité qui est la sienne dans de pareilles circonstances¹⁰²⁴. Cependant, la règle coutumière n'exclut pas, en revanche, l'existence d'une éventuelle exception à la règle dont la conséquence épargnerait l'Etat de l'endossement, le cas échéant, d'une telle responsabilité. Il est cependant moins évident d'affirmer que ce régime particulier de responsabilité s'appliquerait aussi dans le cadre d'un CANI, à l'exception des actes commis avec l'« emprunte de l'Etat », c'est-à-dire en utilisant les signes distinctifs se rattachant à l'Etat (uniforme militaire, armes, véhicules militaires etc.). Par conséquent, cette exigence peut s'avérer critiquable dans la mesure où, l'Etat utiliserait des agents clandestins afin d'opérer sur le territoire contrôlé par la partie belligérante ennemie. Ce flou pourrait dispenser l'Etat de ses responsabilités en cas de commission d'actes contraires aux CG—PA I et Règlement de La Haye de 1907.

727. Enfin, ce régime spécifique de responsabilité introduit par ces deux dispositions conventionnelles fait sonner le « glas juridique » en restreignant un peu plus toute possibilité que pouvait avoir l'Etat, en tant qu'entité publique, de se dispenser de sa responsabilité ; ainsi que de bien d'autres Parties à un conflit, non étatique cette fois-ci, en leur qualité d'entité privée, qui ne saurait être à l'abri de toute

¹⁰²³ *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, 1125 U.N.T.S. 3 [Protocole I].

¹⁰²⁴ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, volume 1: Rules, Cambridge University Press, 2005, pp. 530, 536 (Règle 149).

responsabilité éventuelle. Ces règles vont donc au-delà du champ d'application soumis et réservé exclusivement à des règles spéciales ou particulières : un véritable *lex specialis*.

Paragraphe II : La responsabilité pénale individuelle des autorités américaines

728. La chaîne de commandement et de responsabilité exige que soit établi la responsabilité individuelle des autorités politiques américaines d'un côté (1), et de l'autre celle des autorités militaires (2).

1- La responsabilité pénale individuelle des autorités politiques américaines

729. Si nous considérons que les normes du DIH applicables lors de CAI gouvernent la conduite des individus, il reste à déterminer si leur violation entraînera la responsabilité pénale individuelle de l'auteur et, plus précisément, si cette responsabilité découlera du droit international en vigueur tel qu'il existe aujourd'hui. En effet, dans l'Affaire *Akayesu*, la Chambre de jugement du TPIR avait affirmé sans ambiguïtés que, depuis les procès de Tokyo, existe un principe bien établi selon lequel les civils peuvent être jugés responsables pour des violations du DIH¹⁰²⁵. Le TPIR précisait en effet que: « *The duties and responsibilities of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, hence, will normally apply only to individuals of all ranks belonging to the armed forces under the military command of either of the belligerent parties, or to individuals who were legitimately mandated and expected, as public*

¹⁰²⁵ TPIR, Chambre de jugement, 2 septembre 1998, *Procureur c. Akayesu*, ICTR 96-4, § 633.

officials or agents or persons otherwise holding public authority or de facto representing the Government, to support or fulfil the war efforts ».

730. D'ailleurs, il ressort du Rapport du Secrétaire général des NU dans lequel il commente le Projet du Statut du TPIY en faisant référence qu'aux CAI lorsqu'il introduit l'article sanctionnant les infractions graves aux CG de 1949¹⁰²⁶. C'est dans cet même ordre d'idées que le CICR exprimait en ces termes : « *[S]elon la lettre des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I, les obligations attachées à l'institution d'une responsabilité pénale internationale des auteurs de certaines violations du droit humanitaire n'existent que dans le cas d'un conflit armé international* »¹⁰²⁷. Dans la même dynamique du raisonnement, la Chambre d'appel du TPIY avait estimé dans la fameuse Affaire *Tadic* que « *dans l'état actuel de l'évolution du droit, l'article 2 du Statut [traitant des infractions graves] ne s'applique qu'aux crimes commis dans le contexte de conflits armés internationaux* »¹⁰²⁸. C'est ainsi qu'elle rejeta l'idée selon laquelle la portée des dispositions des CG relatives aux infractions graves puisse actuellement être considérée comme s'étendant aussi à l'art. 3 commun.

731. Force est de constater que, les faisceaux de preuves convergent incontestablement vers la responsabilité pénale individuelle des autorités politiques américaines. Cette convergence vise en premier l'ancien Président George W. BUSH¹⁰²⁹. En effet, la commission de ces crimes de guerre tout au long de cette "guerre" nommée « guerre contre le terrorisme » n'est guère difficile à démontrer, mais la difficulté réside dans l'établissement des responsabilités des donneurs d'ordres¹⁰³⁰. De toute

¹⁰²⁶ Doc. ONU S/25704, *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, 3 mai 1993, p. 11, paragraphe 37.

¹⁰²⁷ Doc. ONU A/CONF. 169/ONG/CICR/1, Neuvième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (Le Caire, 1995), *Déclaration du CICR*, 30 avril 1995 (Thème 4), p. 4.

¹⁰²⁸ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule »: Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, arrêt du 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, p. 51, paragraphe 84.

¹⁰²⁹ Georges W. BUSH, *Instants décisifs*, Plon, Paris, 2010, p. 170. (« *George TENET m'a demandé s'il avait la permission d'utiliser des techniques d'interrogatoire plus efficaces, comme le simulacre de noyade, pour faire parler Khalid Cheikh MOHAMMED...* », « *Bien sûr que oui* », ai-je répondu).

¹⁰³⁰ A. TAGUBA (préface), Physicians for Human Rights, *Broken Laws, Broken Lives: Medical Evidence of Torture by US Personnel and Its Impact*. TAGUBA est l'auteur d'un rapport d'enquête sur les abus commis à l'encontre d'Irakiens aux mains des soldats américains dans la prison d'Abou Ghraïb. (« *Que l'Administration ait commis des crimes de guerre ne fait plus aucun doute. La seule question désormais est de*

façon, le Président BUSH devrait répondre aux accusations liées à l'autorisation y compris l'emploi de la technique de simulacre de noyade encore appelée (*waterboarding*). De même, il devrait également s'inquiéter de bien d'autres abus dirigés toujours contre ces prisonniers, alors qu'ils se trouvaient aux mains des Etats-Unis. Le Président américain ne pouvait guère ignorer l'interdiction de tous ces actes de torture par les Conventions internationales¹⁰³¹.

732. Le fait aussi d'avoir autorisé les officiels américains dépositaires de la charge publique, à favoriser le transfert clandestin de certains prisonniers en direction des pays où, ils allaient être soit torturés soit élargir la liste des disparitions forcées. Toute cette planification s'opère au mépris des dispositions de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*¹⁰³². Certes, les Etats-Unis ne sont pas Partie à cette Convention du 20 décembre 2006, mais il semble important de le rappeler pour souligner la gravité de ces faits. Enfin, cette "guerre" ne justifie sous aucun prétexte la violation de certaines règles conventionnelles fondamentales.

savoir si ceux qui les ont ordonnés en seront rendus responsables », Major-général Antonio TAGUBA, juin 2008).

¹⁰³¹ Art. 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, humains ou dégradants du 10 déc. 1984, « *Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou d'une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme s'entend, pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles* » ; art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, « *Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » ; art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique* ».

¹⁰³² Art. 1 : « *Nul ne sera soumis à une disparition forcée* » ; art. 2 : « *Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée* » ; art. 4 : « *Tout état partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal* ». V. également, la Déclaration sur la protection de tous les parcours contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992.

733. Le Président George W. BUSH en sa qualité de Commandant en chef de l'armée et de la marine des Etats-Unis, détenait le pouvoir ultime contre toute opération menée contre les détenus¹⁰³³. C'est d'ailleurs sur la base de cette garantie constitutionnelle qu'il autorisa la CIA à mettre en place un programme de détention secrète qui a entraîné la disparition forcée de certains détenus dans des prisons coupées du reste du monde en violation du DIH. Il s'était implicitement permis la mise en place du programme d'extraditions qui était le fil conducteur vers la torture. De par les pouvoirs qui étaient les siens, George W. BUSH n'a jamais tenté d'exercer l'un de ces dits pouvoirs pour mettre un terme à ces violations flagrantes de DIH, et engager des poursuites judiciaires contre leurs auteurs.

734. Dans l'un de ses discours télévisés, le Président BUSH qualifiait les actes de torture commis par les soldats américains de : « *conduite honteuse de quelques soldats américains qui ont déshonoré notre pays et n'ont pas tenu compte de nos valeurs* ». Il est établi que contrairement au contenu de ce discours, les mauvais traitements infligés aux prisonniers d'Abou Ghraïb, à Guantanamo bay, ou encore dans les prisons secrètes de la CIA, ne seraient guère la conséquence d'actes individuels aux seuls soldats américains qui ont bafoué eux aussi les règles du droit conventionnel. Mais, ils représentent tout simplement le reflet des décisions prises par l'Administration Bush à outrepasser les règles du DIH dans le but d'atteindre en toute circonstance son objectif politique.

735. Le Vice-président Dick CHENEY qui représentait, à notre avis, dans cette « guerre contre le terrorisme », le centre de gravité à partir duquel les décisions les plus importantes relatives aux conditions de détentions des prisonniers furent prises. Il jouait également un rôle dans la formulation légale afin d'apporter une valeur juridique à ces détentions illégales. Rappelons que le fait qu'il soit membre de *Principals Committee*, un organe « parasite » du NSC, ce seul fait accroissait son pouvoir de décision¹⁰³⁴. Il avait donc le droit d'assister à des réunions inter-agences au cours desquelles des stratégies des différentes Agences de renseignements des Etats-Unis

¹⁰³³ Art. II, Section 2 de la Constitution américaine de 1787 : « *Le Président sera commandant en chef de l'armée et de la marine des Etats-Unis, et des milices des divers Etats quant celle-ci sera appelée au service actif des Etats-Unis. (...)* ».

¹⁰³⁴ Conseil de Sécurité Nationale (« en anglais : *National Security Council* »).

étaient élaborées. C'est grâce à ce privilège qu'il avait participé à la réunion au cours de laquelle la CIA avait fait son briefing au sujet du simulacre de noyade à l'encontre du détenu Abou ZOUBAYDAH. Il avait par conséquent approuvé et autorisé ce procédé de la CIA, ainsi que bien d'autres formes de torture jugées insupportables par certains officiers formateurs de l'école de *Navy Seals*. L'ancien Vice-Président n'avait en revanche pas fait l'économie de dire publiquement qu'il avait connaissance de la pratique de cette torture dite du « *waterboarding* ».

736. Le Secrétaire à la Défense, Donald RUMSFELD, quant à lui, avait approuvé sans détour les différentes méthodes d'interrogatoire poussées en violation des CG. Cette approbation de RUMSFELD avait influé sur les conditions de détention des détenus de la « guerre contre le terrorisme ». En effet, les détenus étaient victimes de différentes sortes de torture parmi lesquelles le recours aux positions de stress, à l'exposition intensive à la lumière et au bruit, à la privation de sommeil, à l'utilisation de chiens de garde pour effrayer les prisonniers. Pour montrer l'étendue de sa détermination, le Secrétaire à la Défense avait assisté conjointement à l'interrogatoire jugé musclé du détenu Mohammed Al-QAHTANI. Comme Dick CHENEY, il était membre de la *Principals Committee*.

737. George TENET à l'époque Directeur de la CIA, il était de ce fait au centre de tout ce qui se déroulait dans l'ombre. Il était de par la charge qui était la sienne, au centre de la mise en pratique de toutes les pratiques considérées comme de la torture. Au-delà de son approbation, il supervisait aussi la mise en pratique de toutes ces formes de torture et de mauvais traitements. Sous George TENET, la CIA avait organisé la disparition de prisonniers, certains ont été maintenus en détention dans des prisons secrètes sans aucune visite possible même celle du CICR. C'est également sous sa direction qu'il y a eu d'importants transferts clandestins des prisonniers de guerre. Cette pratique encore appelée « *extraordinary rendition* » n'avait fait qu'ébranler de façon conséquente l'image déjà sombre de cette Agence au niveau international et ceci à cause des décisions illégales prises par un seul homme : George TENET.

738. Cette liste des personnalités politiques sera exhaustive que si nous incluons à cette dernière d'autres autorités très souvent mises en marge de cette

responsabilité pénale. En effet, la Conseillère à la Sécurité nationale, Condoleezza RICE, ainsi que le Ministre de la Justice, John ASHCROFT ont successivement chacun d'eux joué un rôle important dans la gestion de la « guerre contre le terrorisme ». De même que, le rôle qu'avaient joué certains juristes influents de cette Administration, en l'occurrence Alberto GONZALES, Conseiller du Président avant de devenir Ministre de la Justice (*Attorney General*) ; Jay BYBEE, Procureur général adjoint à l'OLC (Bureau du Conseiller Juridique) au sein du Ministère de la Justice ; John RIZZO, Conseiller juridique de la CIA ; David ADDINGTON, Conseiller juridique du Vice-Président ; William J. HAYNES II, Conseiller juridique du département de la Défense et John YOO, Vice-procureur général adjoint à l'OLC. Paradoxalement, tous ces juristes ont donné des avis juridiques erronés en les greffant sur une base qui, selon eux, « légale » afin de justifier au maximum le torture. Ces avis juridique étaient le fondement juridique, selon l'Administration Bush, qui autorisait *de facto* l'emploi de toutes ces méthodes considérées comme de la torture. Enfin, pour assoir une base juridique solide capable de légitimer le choix politique de l'Administration, cette armée de juristes avait rédigé les fameux *Torture Memos*¹⁰³⁵. Ce Memo était comme une boîte de Pandore qui ouvrait la voie à la pratique de la torture en toute liberté. C'est ainsi que certains officiers de l'armée américaines se sont lancés dans l'illégalité de ces pratiques sans se poser de question.

2- La responsabilité pénale individuelle des autorités militaires américaines.

739. Que l'on se situe dans le contexte de la Deuxième Guerre mondiale ou dans ce contexte très particulier de la « guerre contre le terrorisme », la reconnaissance de la responsabilité pénale internationale de l'individu en toute situation de conflit armé

¹⁰³⁵ Ces mémorandums, encore appelés Bybee Memos, étaient des analyses légales, rédigées par le Vice-procureur général adjoint John YOO et signées par le Procureur général adjoint Jay BYBEE. Adressés à la CIA, au Ministre de la Défense et à la Maison-Blanche, ces mémos cautionnaient le recours à des méthodes de coercition, aux termes d'une interprétation généreuse des prérogatives présidentielles dans le cadre de la « guerre contre la terreur ». Ils ont été déclarés nuls et nonavenus par le Président OBAMA au début 2009.

est fondamentale pour l'avenir du droit. Même si certains officiers militaires comme James McDONOUGH, pense que : « *La guerre n'est pas une collection de cas d'école se prêtant à une étude objective. C'est une succession d'affrontements bien réels auxquels il faut faire face dans des conditions psychologiques extraordinairement éprouvantes. C'est la souffrance et la mort des gens que l'on connaît contre la souffrance et la mort d'inconnus* »¹⁰³⁶. Cependant, cette difficulté à conduire la guerre comme le décrit aussi bien le Lieutenant J. McDNOUGH ne doit pas justifier pour autant des violations du droit régissant la guerre elle-même ; moins encore, elle ne doit pas non plus servir d'excuse pour que les auteurs de ces violations s'exonèrent de leur responsabilité pénale individuelle.

740. Les Etats-Unis connaissent le principe et les règles internationaux qui garantissent l'immunité des non-combattants. En effet, rédigé par le Professeur Francis Lieber pour l'armée de l'Union (Armée nordiste de la guerre de Sécession) et promulgué en 1863, l'Ordre général 100 dit expressément que les non-combattants doivent bénéficier d'une protection, mais qu'ils peuvent être tués en cas de nécessité¹⁰³⁷. Cependant, le commandement militaire de l'un des Parties belligérantes informera en temps utile l'ennemi de leur intention de bombarder un site donné de façon que les non-combattants en particulier des femmes et les enfants, puissent être évacués avant le début de l'opération. Toutefois, s'abstenir n'est pas une infraction au droit de la guerre car l'effet de surprise peut être une nécessité¹⁰³⁸. En effet, la nécessité militaire est définie à la fois en termes de légalité et d'utilité. En revanche, dans ses art. 15 et 16, le texte souligne l'importance de la morale et admet tout de même qu'il faut équilibrer nécessité militaire et protection des non-combattants.

741. Le Manuel militaire américain traitait depuis son époque du droit de la guerre¹⁰³⁹. Plus convaincant encore, plusieurs autres textes officiels se réfèrent aux CG comme source de droit américain. Il estime très nettement que l'objet du droit de la guerre est d'en diminuer les maux : « (a) en protégeant les combattants et non-

¹⁰³⁶ Lieutenant James McDOUGH, Cité dans Anthony E. HARTLE, *Moral Issues in Military Decision Making*, 2^e éd. Lawrence, University Press of Kansas, 2004, pp. 3-4.

¹⁰³⁷ *Laws of War: General Orders 100* (Connu sous le nom de « Lieber Codes »).

¹⁰³⁸ Art. 19, du Code Lieber.

¹⁰³⁹ *U.S. Army Field Manual 27-10, The Law of Land Warfare*, 1956 révisé en 1976, chap. 1, section 1, paragraphe 2.

combattants de souffrances inutiles (*unnecessary*) ; (b) en préservant certains droits fondamentaux des personnes ». Ainsi, on peut en conclure de ce point de vue avant de s'interroger légitimement que dans le Manuel comme dans le Code Lieber, il est indiscutablement question d'éviter les souffrances qui ne seraient pas dictées par la nécessité militaire ; mais quand parle-t-on de nécessité militaire et qu'est-ce qu'une souffrance inutile ? Certaines mesures prises par les instances répressives américaines peuvent expliquer cette double interrogation.

742. En effet, l'arrestation, le jugement suivi de la condamnation de certains soldats américains pour les violations commises au cours de la « guerre contre le terrorisme » montrent sans équivoque que l'institution militaire et les autorités politiques des Etats-Unis reconnaissent l'existence de la responsabilité individuelle de certains agents de ladite institution¹⁰⁴⁰. En plus, le fait d'avoir reconnu certaines incompétences évidentes suivies d'une sanction exemplaire de deux officiers en l'affaire dite Haditha, affaire dans laquelle les marines américains avaient, le 19 novembre 2005, distribué la mort à vingt-quatre civils irakiens pendant une courte durée soit moins de cinq heures ; dont plusieurs enfant de 1 à 14 ans¹⁰⁴¹. Ce carnage était en riposte à la mort du vice-caporal Miguel TERRAZAS, 20 ans, tué peu auparavant sur la route par une mine artisanale. Ces deux officiers ont été relevés de leurs fonctions pour ne pas avoir conduit d'investigations sérieuses immédiatement après les faits¹⁰⁴².

743. Les militaires américains engagés en Afghanistan et en Irak au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 dans la « guerre contre le terrorisme » ont au nom de l'objectif militaire et politique fait valoir à travers l'Administration de l'époque menée par George W BUSH leur capacité à violer les règles les plus élémentaires du

¹⁰⁴⁰ La condamnation de Charles GRANER, il s'agit du soldat moustachu qui souriait en levant le pouce au-dessus du cadavre d'un Irakien sur les photos chocs publiées en 2004. Sa condamnation fait suite aux sévices infligés aux prisonniers d'Abou Ghraïb. (<http://www.courrierinternational.com/article/2009/01/22/le-bouc-emissaire-d-abou-ghraib>)

¹⁰⁴¹ Ellen KNICKMEYER, « Haditha, Memories of a Massacre », *The Washington Post*, 27 mai 2006, p. A1.

¹⁰⁴² E. SCHMIDT, D. S. CLOUD, « General Faults Marine Response to Iraq Killings: Calls Officers Negligent », *The New York Times*, 8 juillet 2006, p. A1.

droit des conflits armés. C'est du moins la rhétorique du message officiel¹⁰⁴³. Pourtant, ils ont été formés sur les connaissances techniques, l'obéissance, la cohésion de l'unité et la protection réciproque. Ils ne devaient tuer qu'en cas de nécessité militaire et ceci dans le strict respect des règles d'engagement et le droit de la guerre. Ils ne devaient en toute circonstance obéir qu'aux ordres légaux et de ne pas tenir compte de ceux qui ne le sont pas. Malheureusement, ils ne sont pas sortis de cette « guerre contre le terrorisme » blanc comme neige ; ils ont au contraire enfreint indéniablement dans certains cas des lois militaires américaines et de l'autre le droit de la guerre et des règles d'engagement ce qui les rend pénalement responsables de leurs actes en vertu des engagements de leur pays aux Conventions internationales telles que les CG. Ils vont très vite s'illustrer médiocrement par des faits qualifiés de crimes, viols, enlèvements qui d'ailleurs fait l'objet d'enquêtes ou de poursuites; parmi lesquels ceux de Haditha et Hamdania¹⁰⁴⁴. En effet, le 26 avril 2006 à Hamdania, Hashim IBRAHIM AWAD, un Irakien de 52 ans fut enlevé de chez lui, ligoté, puis abattu. Puis une arme automatique et une pelle ont été placées près de son corps laissé sur le bord de la route, pour faire croire qu'il avait été tué alors qu'il s'apprêtait à poser une bombe. Sept militaires ont été accusés parmi lesquels six Marines et un marin ont été accusés d'enlèvement et de meurtre en réunion¹⁰⁴⁵.

744. Certains hauts gradés de l'armée américaine à l'instar du Général CHIARELLI cherchent à gommer cette mauvaise image négative projetée par certains soldats dans cette « guerre contre le terrorisme ». C'est dans cette tentative de gommage que CHIARELLI estime que « *Sur les presque 150 000 militaires se la coalition qui se trouvent actuellement en Irak, 99,9% font magnifiquement leur travail jour après jour. Ils accomplissent leur devoir avec honneur dans les conditions difficiles. Ils font preuve d'un jugement sain, d'honnêteté et d'intégrité. Ils montrent patience,*

¹⁰⁴³ Le Président BUSH en se déclarant choqué par les mauvais traitements infligés aux prisonniers Irakiens, insistait sur le fait que ces mauvais traitements : « ne représentent pas l'Amérique que je connais ».

¹⁰⁴⁴ Rappelons que certains incidents en Irak et en Afghanistan ont été signalés dans un communiqué de presse de l'US Army Criminal Investigation Command, « Army Criminal Investigators Outline 27 Confirmed or Suspected Detainee Homicides for Operation Iraqi Freedom, Operation Enduring Freedom », Fort Belvoir (Virginie), 25 mars 2005 (http://www.cid.army.mil/documents/CID_in_the_New/OIF-OEF%20Homicides.pdf).

¹⁰⁴⁵ Robert F. WORTH, « U.S. Military Braces for Flurry of Criminal Cases in Iraq », *The New York Times*, 9 juillet 2006, p. 10.

professionnalisme et mesure fasse à un ennemi perfide », avant de conclure : « *Il nous faut donc veiller à ce que les actes de quelques-uns ne polluent pas le bon travail de la plupart* »¹⁰⁴⁶. Or, ce qui est surtout reproché aux soldats américains dans cette « guerre contre le terrorisme » c'est les attaques indiscriminées qui ont coûté la vie à de milliers de civils innocents. Ainsi souligne Thomas NAGEL « *Il nous faut distinguer les combattants des non-combattants selon qu'ils représentent ou non une menace immédiate* »¹⁰⁴⁷. Car, les civils sont très souvent délibérément visés à cause du fait que leur vie est généralement traitée avec une certaine désinvolture coupable. Ceci dit, le soldat est normalement un acteur dans un conflit armé disposant ainsi de son autonomie morale lui permettant en toute circonstance d'épargner les non-combattants de ses cibles hostiles. Malheureusement ce principe est souvent très loin de la pratique.

745. Afin d'éviter que ces types de scandales ne se répètent, le Général CHIARELLI pense qu' « *en tant que militaires professionnels, nous devons prendre le temps de réfléchir sur les valeurs qui nous distinguent de nos ennemis* ». On peut ainsi penser qu'il s'agit là d'une forme d'aveux de responsabilité pénale individuelle formulés par ce haut fonctionnaire militaire. D'ailleurs, le Premier ministre irakien de l'époque, Nuri Kamal AL-MALIKI avait livré le même type d'interprétation en termes de responsabilité individuelle au sujet d'une affaire tristement célèbre de Mahmudia dans laquelle les soldats américains violaient sauvagement une jeune fille Irakienne avant d'assassiner toute sa famille le 12 mai 2006¹⁰⁴⁸.

746. D'autres hauts responsables du Pentagone soutiennent pour leur part que certaines infractions graves de DIH survenues dans les deux principaux théâtres d'opération de la « guerre contre le terroriste » peuvent dans certaine manière se comprendre. En ce sens que la spécificité de la « guerre contre le terrorisme » a été l'élément déclencheur de ces multiples dérapages. Comme eux, le Général CAMPBELL estime que « *Bien sûr, face à des ennemis qui ne respectent pas le droit de la guerre, qui*

¹⁰⁴⁶ « Operational Commander in Iraq Orders Core Values Training », *American forces Information services, News Articles*, 1^{er} juin 2006 (<http://www.defenselink.mil/news/newsarticle.aspx?id=16154>).

¹⁰⁴⁷ T. NAGEL, « War and Massacre », *Philosophy and Public Affairs*, 1 (2), hiver 1972, p. 140.

¹⁰⁴⁸ K. SEMPLE, « Iraqi Says Immunity for Soldats Fosters Crime », *The News York Times*, 6 juillet 2006, p. A8.

commettent des actes révoltants, les soldats sont stressés et la peur les prend » avant de nuancer son propos en ajoutant *« Cela n’excuse pas les actes qui ont été commis et nous allons les examiner »*. Pour CAMPBELL, les infractions dont les soldats sont les principaux responsables seraient la conséquence de la réaction émotionnelle aux conditions extrêmes auxquelles les hommes sont exposés : *« (...) stress, la peur, l’isolement ; et parfois ils sont tourneboulés, voilà. Ils voient leurs camarades soufflés par une explosion, ils disjonctent »*¹⁰⁴⁹. De même que le Sociologue Charles MOSKOS pense que des soldats qui se sentent frustrés et impuissants peuvent *« perdre la tête »* dans certaines circonstances et connaître une *« démence temporaire »* : *« S’ils ont l’impression à un moment donné que tel village est secrètement complice de la mort de leurs camarades, ils perdent tout sentiment du juste et de l’injuste »*¹⁰⁵⁰. Pour lui, comme pour bien d’autres qui pensent pareil, la responsabilité pénale individuelle doit incomber directement à son auteur.

747. Contrairement au Sociologue Charles MOSKOS, le Psychiatre Robert JAY LIFTON pense que la particularité de la *« guerre contre le terrorisme »* peut évidemment engendrer une *« situation productrice d’atrocités, structurée de telle sorte, sur les plans psychologique et militaire, que des hommes ou des femmes ordinaires, ni meilleurs ni pires que vous et moi, deviennent capables d’atrocités »*. Pour lui, la responsabilité de tous ces excès incomberont non seulement à l’auteur d’infraction mais aussi à son *« environnement »*. Autrement dit, les soldats exécuteurs d’ordres venant de leurs supérieurs sont au même titre que ceux-ci responsables de ces actes odieux. On parle alors de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Fort de sa connaissance des dossiers comme ceux des médecins nazis et d’évènements dits My Lai—ce petit village vietnamien où, en mars 1968, cinq cents civils furent massacrés par des soldats américains. Il estime en effet que les soldats auteurs d’infractions graves sont le siège de changements psychologiques profonds¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ Communiqué du Ministère de la Défense, *« Briefing with Brieg. Gen. CAMPBELL from Bagdad, Iraq »*, 2 juin 2006 (<http://www.globalsecurity.org/military/librally/news/2006/06/mil-060602-dod01.htm>).

¹⁰⁵⁰ M. MAZZETTI, *« Military Memo: War’s Risks Include Toll on Training Values »*, *The News York Times*, 4 juin 2006, p. A10.

¹⁰⁵¹ R. J. LIFTON, *« Haditha: In an “Atrocity-Producing Situation“-Who Is to Blame ? »*, *Editor & Publisher*, 4 juin 2006.

748. Par conséquent, il est équitable du point de vue du droit de pouvoir rétablir la responsabilité de toutes ces infractions graves commises au cours de cette « guerre contre le terrorisme » en tenant du rôle joué par l'ensemble de supérieurs hiérarchique composant ainsi toute la chaîne de commandement. Malheureusement, après l'enquête menée par le Pentagone sur les sévices infligés à des prisonniers irakiens à la prison d'Abou Ghraïb afin d'établir la responsabilité individuelle n'a pas été le plus équitable possible car, certains hauts responsables ne se sont pas inquiétés de la responsabilité qui été la leur¹⁰⁵². Le prix fort de cette responsabilité a été payé par les soldats subalternes¹⁰⁵³.

749. Enfin, toute guerre engendre généralement des atrocités, la seule question dans ce cas est de savoir qui est responsable de ces crimes et qui doit en répondre

¹⁰⁵² L'enquête menée par l'inspecteur général des armées, le général Stanley GREEN, faisait suite à des investigations internes ou indépendantes déclenchées depuis avril 2004 quand des informations faisant état de tortures à Abou Ghraïb ont été révélées dans la presse, photos à l'appui, déclenchant un énorme scandale. Les quatre gradés visés par ce scandale dont un ancien commandant des forces en Irak, sortaient blanchis de cette enquête. Sauf la général Janis KARPINSKI, qui commandait une unité de police militaire jugée coupable de traitements humiliants à l'égard de prisonniers, certains trainés nus sur le sol ou terrorisés par des chiens, a été relevés de son commandement. L'enquête recommandait sa mise à la retraite d'office et a été dégradée au galon de colonel, avaient déclaré des responsables du ministère de la Défense. Le premier officier blanchis fut le général Ricardo SANCHEZ, qui en tant que commandant des forces armées en Irak de juin 2003 à juillet 2004, avait pourtant publié une série de recommandations en matière de conduite d'interrogatoire qui, selon certains, avait pu encourager les sévices, sort tout de même totalement exonéré des accusations pesant contre lui, selon ces responsables. Parmi les autres officiers blanchis par cette enquête du Pentagone, figuraient l'ancien adjoint du général SANCHEZ, le généra Walter WOJDAKOWSKI, la générale Barbara FAST, ancien chef des services de renseignement à Abou Ghraïb, et le Colonel Marc WARREN, chef du service juridique. Tous ont conservé de hautes responsabilités au sein de l'armée américaine après avoir été blanchis par cette enquête. Le général SANCHEZ commandait le 5^{ème} corps d'armée basé en Allemagne, tandis que la générale FAST avait reçu le commandement d'un centre de renseignement militaire basé à Fort Huachuca, Arizona. Enfin, le rapport Green est considéré comme le dernier saga qui avait terni la réputation de l'armée américaine, suscitant des appels à la démission du Secrétaire à la Défense Donald RUMSFELD, mais les conclusions de cette fameuse enquête Green, qui avaient été remises au Congrès, semblaient contredire un rapport publié un an avant par une équipe indépendante dirigée par l'ancien Secrétaire à la Défense James SCHLESINGER, dans lequel il estimait que des officiers de commandement devraient être tenus pour responsables « *pour leur action ou inaction* ».

¹⁰⁵³ C'est le cas par exemple de la condamnation du soldat Charles GRANER, considéré comme le principal responsable des sévices, a été condamné en cour martiale à 10 ans de prison militaire. Au cours de son procès, il avait affirmé avoir agi sur ordre des services du renseignement militaire américain. Ainsi que la soldate Lynndie ENGLAND (la compagne de l'époque de Charles GRANER, dont les photos ont également fait le tour du monde) devenue symbole du scandale en apparaissant sur une photo tenant en laisse un détenu irakien nu, était la deuxième personne a avoir été jugée par une Cour martiale aux Etats-Unis dans le cadre de cette affaire. Elle fut condamnée à 3 ans de prison le 27 septembre 2005 et radiée de l'armée pour mauvais traitements sur des détenus Irakiens.

devant la justice ? Le fait que cette justice soit rendue par les Etats-Unis et le fait qu'ils soient sortis de cette « guerre » comme vainqueurs si l'on se limite à ses deux objectifs fondamentaux (changer le régime politique en Afghanistan, puis en Irak) ; ce statut aussi fragile soit-il les épargne de toute évidence d'être eux-mêmes jugés pour les crimes résultant de ce conflit armé. C'est aussi ce fait qui restreint considérablement notre définition du crime de guerre dans la mesure où les plus extrêmes de ce qu'on qualifie de « brutalité gratuite » et de l'inhumanité. Car, pour Hannah ARENDT « *La vérité c'est qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale tout le monde savait que les progrès techniques réalisés dans le domaine des instruments de violence rendaient inévitable l'adoption de techniques de guerre « criminelles ». C'est précisément la distinction sur laquelle reposait la définition des crimes de guerre donnée par la convention de La Haye, entre soldats et civils, armée et population indigène, objectifs militaires et villes, qui était désormais dépassée. Dans ces conditions nouvelles, on estima donc que les crimes de guerre étaient seulement ceux qui ne répondaient à aucune nécessité militaire, ceux dont on pouvait démontrer qu'ils étaient volontairement perpétrés dans un but inhumain* »¹⁰⁵⁴.

750. Cette responsabilité pénale individuelle une fois établie, conduit à la procédure de sanctions pénales. Il revenait donc aux Etats-Unis d'engager une action répressive contre les auteurs de ces infractions de droit humanitaire.

751. Les EMSP ainsi que leurs employés sont eux aussi visés par la responsabilité pénale (Section II). Ils sont donc appelés à rendre des comptes au sujet de leur engagement excessif en violation des lois et coutumes de guerre.

Section II : De la responsabilité pénale internationale des entreprises militaires et de sécurité privée et de leurs employés

¹⁰⁵⁴ Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, traduction révisée de 2002, Gallimard, Paris, 2006, p. 446.

752. Les règles applicables à l'action des EMSP dans les conflits armés sont nombreuses et de nature très variable. L'émergence d'un tel phénomène pose évidemment des questions de nature très diverse qui vont du statut juridique de leurs employés à leur responsabilité pénale internationale¹⁰⁵⁵. En effet, depuis la tenue des procès de Nuremberg à ceux de la CPI, il a été clairement établi que les individus et les personnes morales pouvaient être tenus responsables, après avoir pris part à des conflits au cours desquelles, des violations du DIH, crimes contre l'humanité ou des actes de génocide ont été commis lors de cette participation aux hostilités. Mais, il faudra que les Etats dont ils sont ressortissants ou sur le territoire duquel ils exercent leurs activités, aient reconnu la compétence de la CPI. Cette exigence nous conduit à examiner la question relative à la responsabilité pénale internationale des EMSP en cas de violations graves du DIH (Paragraphe I), puis celle relative à la responsabilité pénale individuelle des employés des EMSP.

Paragraphe I : La responsabilité pénale internationale des entreprises militaires et de sécurité privée

753. Il est certain que la prolifération à outrance des EMSP entraîne incontestablement à une série de dérives non-négligeables quant au respect du DIH comme le veut le droit des conflits armés. La preuve vivante allant dans ce sens fut celle relative à l'immunité juridictionnelle accordée aux employés des EMSP engagés en Irak par la *Coalition Provisional Authority Order Number 17*¹⁰⁵⁶. Ce dispositif juridique élaboré par l'Administration provisoire américaine allait bel et bien à l'encontre de l'un des principes fondamentaux du droit international, à savoir le devoir

¹⁰⁵⁵ M.-E. LAPOINTE, « Le droit international humanitaire, à la merci des entreprises militaires et de sécurité privées ? », *RQDI*, 24.1, 2011, p. 71.

¹⁰⁵⁶ The Coalition Provisional Authority—Iraq Coalition, *Coalition Provisional Authority Order Number 17 (Revised) : Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-Iraq, Certain Missions and Personnel in Iraq*, CPA/ORD/27 June 2004/17, en ligne : http://www.iraqcoalition.org/regulations/200406227_CPAORD_17_Status_of_Coalition-Rev_with_Annex_A.pdf (consulté décembre 2011).

de diligence tel qu'interprété très justement par la CIJ¹⁰⁵⁷. Et aussi, comme le stipule très clairement l'art. 43 du Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre¹⁰⁵⁸. Une fois ces dérives constatées, il se pose légitimement la question relative à la responsabilité pénale des EMSP en droit international et interne.

754. Rien n'est écarté du point de vue juridique l'idée selon laquelle la participation d'une EMSP à un conflit armé au cours duquel des crimes ont été perpétrés ne fasse l'objet de poursuite pénale au niveau international. Mais, elle ne peut être poursuivie en tant qu'entité légale. Car en effet, aucun tribunal international ne dispose de compétence pour juger des personnes morales. Seules les personnes physique tombent sous la compétence de la CPI ou des tribunaux pénaux *ad hoc*, tels le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et le Tribunal pénal pour l'ex Yougoslavie (TPIY)¹⁰⁵⁹. Il n'est cependant pas exclu que la possibilité de poursuivre les EMSP devant la CPI soit définitivement enterrée par les Etats Parties.

755. Rappelons en effet que l'idée qui consiste à juger les personnes morales n'a jamais été considérée comme illégitime du point de vue juridique. En effet, dès 1981, le *Projet de Convention portant création d'un tribunal pénal international pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid et d'autre crimes internationaux* prévoyait la possibilité d'attribuer au tribunal la compétence nécessaire pour juger les personnes morales¹⁰⁶⁰. Notons qu'une tentative visant à octroyer une pareille compétence à la CPI lors des négociations qui ont conduit à l'adoption du Statut de

¹⁰⁵⁷ Cf. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, [2005] CIJ, rec. 168, paragraphe 178.

¹⁰⁵⁸ L'art. 43 stipule que : « L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays. ».

¹⁰⁵⁹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, U.N.T.S. 38544, (art. 25 al. 1 : « La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut »).

¹⁰⁶⁰ L'art. 6 du *Projet de Convention* reconnaissait au tribunal la compétence qui lui permettait de juger les personnes morales, de même que les entités juridiques définies à l'art. 20 de ce même projet. L'art. 20 précise en effet que l'expression « entités juridiques » désignait les groupes, les organes étatiques, les Etats ou groupes d'Etats, « Application de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid. Etude sur les moyens à mettre en œuvre pour appliquer les instruments internationaux tels que la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, y compris la création de la juridiction internationale envisagée par la Convention », Commission des droits de l'Homme, 37^e sess., U.N. Doc. E/CN.4/1426 (1981), p. 23.

Rome de 1998. On pouvait y lire : « *La Cour est également compétente à l'égard des personnes morales, à l'exclusion des Etats, lorsque les organes ou représentants de telles personnes ont commis les crimes au nom de celles-ci [...] La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes crimes* »¹⁰⁶¹. Malgré cet équilibre normatif prôné par ces dispositions conventionnelles entre les personnes morales et physiques, cette compétence en matière de responsabilité pénale des personnes morales n'a pas été retenue en faveur de la CPI. De toute façon, même si la CPI disposait d'une telle compétence, il lui sera tout même difficile de faire valoir de façon pleine et entière cette prérogative; en ce sens que la plupart des employés et dirigeants des EMSP en cause sont des ressortissants américains et, du fait que les Etats-Unis n'ont pas ratifié le Statut de Rome complique davantage cette possibilité. En plus, les résolutions adoptées par le CS des NU en 2002 et 2003, dans lesquelles il est sommé à la CPI de ne pas investiguer ni porter des accusations contre des auteurs des faits commis par des ressortissants d'Etats non Parties au Statut de Rome dans le cadre d'opérations bénéficiant de l'aval des NU¹⁰⁶². Certes, l'intervention militaire américaine en Irak ne peut être couverte par cette mesure. Plus encore, les Etats-Unis ont pris des dispositions visant à soustraire ses ressortissants à la juridiction de la CPI, en signant de nombreux accords bilatéraux d'immunité avec certains Etats. Ces derniers s'engagent à ne pas engager des poursuites contre des ressortissants américains auprès de la CPI en vertu de la possibilité qu'offre l'art. 98 al. 1 et 2 du Statut de Rome¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ « Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale », Doc. Off. Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, Doc. NU A/CONF.183/2/ADD.1 (1998), article 23(5), 23(6).

¹⁰⁶² Résolution Conseil de Sécurité 1422, Doc. Off. CS NU, 4572^e séance, Doc. NU S/Res/1422 (2002), Résolution Conseil de Sécurité 1487, Doc. Off. Conseil de Sécurité des Nations Unies, 4772^e séance, Doc. NU S/Res/1487 (2003).

¹⁰⁶³ Art. 98, Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise.

1. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec des obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un Etat tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet Etat tiers en vue de la levée de l'immunité.
2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec des obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un Etat tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet Etat tiers en vue de la levée de l'immunité.

756. En l'absence de tribunal pénal international compétent pour juger les personnes morales, la responsabilité pénale des personnes morales est considérée dans ce contexte particulier comme non imputable à celles-ci ; ou tout simplement inexistante dans l'ordre juridique international¹⁰⁶⁴. Il est évident que les violations du DIH par les employés des EMSP peuvent engendrer une étendue de responsabilité pénale internationale dépassant le strict cadre individuel et se focaliser essentiellement sur la personne morale. Les décisions rendues par le Tribunal militaire des Etats-Unis à Nüremberg sont une parfaite illustration¹⁰⁶⁵. Dans certaines de ses décisions, le Tribunal de Nüremberg reprochait aux industries allemandes d'avoir participé à la perpétration des crimes pendant la Deuxième Guerre mondiale et participé au réarmement de l'Allemagne en violation de ses obligations conventionnelles—le Traité de Versailles de 1919 dont l'Allemagne fut l'une des Parties signataires¹⁰⁶⁶.

757. Pour H. DONNEDIEU DE VARBRES, ancien juge français des procès de Nüremberg, estime que certaines dispositions du *Statut du Tribunal Militaire International* révèlent une certaine reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales¹⁰⁶⁷. C'est ainsi qu'il s'exprimait en ces termes : « *En s'exprimant ainsi, le statut résout implicitement par l'affirmative un problème à l'égard duquel ses auteurs semblent avoir eu quelque hésitation à se prononcer : celui de la responsabilité pénale des personnes morales. Car s'il ne prévoit pas l'infliction de sanctions pénales à des*

¹⁰⁶⁴Voir à cet effet, Commission internationale des juristes, « Complicité des entreprises et responsabilité juridique », Rapport du Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux, Genève, Volumes 1, 2 et 3, 2008.

¹⁰⁶⁵ M.-L. TOUGAS, *Droit international, Sociétés militaires privées et conflit armé. Entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 256.

¹⁰⁶⁶ Il fut signé le 28 juin 1919, dans la galerie des Glaces du Château de Versailles et promulgué le 10 janvier 1920. Il annonça la création d'une Société des Nations (SDN) et déterminera les sanctions prises à l'encontre de l'Allemagne et de ses alliés. Voir à cet effet, *l'Affaire I. G. Farben*, *Trials of War Criminals before the Nüremberg Military Tribunals*, vol. VII, p. 189.

¹⁰⁶⁷ Successivement les art. 9 al. 1 et 10 du *Statut du Tribunal Militaire international*, « Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle » ; « Dans tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupe ou d'une organisation, les autorités compétentes de chaque Signataire auront le droit de traduire tout individu devant les tribunaux, militaires, ou d'occupation, en raison de son affiliation à ce groupe ou à cette organisation. Dans cette hypothèse, le caractère criminel du groupe ou de l'organisation sera considéré comme établi et ne pourra plus être contesté ».

*groupements qui appartiennent au passé (...), il se prononce, ou plutôt il oblige le tribunal à se prononcer, sur leur caractère criminel. Or, la grande difficulté que soulève la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas d'imaginer des sanctions applicables aux collectivités (...), c'est préciser les conditions que doivent revêtir les activités des individus membres du groupe—seules concevables—, pour que le groupement lui-même puisse être qualifié de criminel »¹⁰⁶⁸. D'où l'importance du parallèle fait par Marie-Louise TOUGAS, entre les violations du DIH commises par les personnes morales de l'Allemagne nazie et les actes commis par certaines EMSP au cours de la « guerre contre le terrorisme » : L'« *Affaire I. G. Farben est sans doute le précédent le plus révélateur quant à l'application des règles de DIH aux entreprises et à leurs dirigeants et à la responsabilité pénale qui peut découler de leur violation. Ce jugement est aussi une illustration intéressante de l'importance que peuvent avoir les activités économiques d'une entreprise dans la poursuite d'un conflit et dans la perpétration de crimes de guerre. Ainsi, un certain parallèle pourrait être fait entre l'importance qu'a eu l'implication de I. G. Farben dans la mise en œuvre d'une partie des politiques de l'Allemagne nazie et celle qu'ont pu avoir certaines SMP, comme par exemple Academi (anciennement Xe et Blackwater), MPIR ou DynCorp en Irak ou en Afghanistan »¹⁰⁶⁹.**

758. Au-delà des difficultés rencontrées par l'ordre juridique international, la question relative à la responsabilité pénale à l'égard des personnes morales garde toute sa légitimité et mérite d'être reposée dès que les circonstances propices à cette réflexion le permettraient. D'ailleurs, il serait parfaitement erroné de considérer que la responsabilité pénale des personnes morales était dissociable aux crimes sanctionnés par le DIH. C'est dans cette optique que le Professeur Eric DAVID rappelle dans ses lignes que : « *[L]es affaires TotalFinaElf en Belgique et France, Unocal aux Etats-Unis*

¹⁰⁶⁸ H. D. DE VARBRES, « Le procès de Nüremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, vol. 70, Leiden, Sijthoff, 1947, p. 545. D'après lui, « *La déclaration de criminalité dont sont frappés certains groupements et organisations montre que, dans le passé des auteurs du statut et des juges, les responsables individuelles ne sont pas seules engagées dans le drame de la deuxième guerre mondiale* », p. 559.

¹⁰⁶⁹ M.-L. TOUGAS, *Droit international, Sociétés militaires privées et conflit armé. Entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 266.

montrent que la responsabilité pénale et civile des personnes morales est parfaitement adaptée à des crimes de droit international humanitaire »¹⁰⁷⁰.

759. En dépit de l'absence évidente de l'existence d'un tribunal compétent au plan international capable de juger les personnes morales soupçonnées d'avoir commis des crimes internationaux, ne supposerait pas que ces entités morales échapperont définitivement à toute imputabilité les rendant pénalement responsables de tels crimes au plan national.

760. En revanche, il est toutefois envisageable que les personnes morales y compris leurs employés fassent l'objet de poursuites pénales pour des crimes internationaux au niveau national dès lors que la loi nationale le prévoit. C'est le cas notamment de la législation américaine et canadienne.

761. En effet, en dehors du fait que les Etats-Unis n'aient pas ratifié le Statut de Rome et, donc pas reconnu la compétence de la CPI, leur Corpus législatif national dispose d'une loi datant de 227 ans, reconnaissant ainsi la compétence des tribunaux américains pour juger toute personne physique ou morale ayant commis une violation du droit international, ou encore d'une Convention ratifiée par les Etats-Unis et de ce fait ayant, causé un dommage à un étranger¹⁰⁷¹. C'est sur cette base juridique que certaines entités privées ont fait l'objet de poursuites civiles pour des crimes internationaux.

¹⁰⁷⁰ E. DAVID, « La Cour pénale internationale », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 313, 2005, p. 369.

¹⁰⁷¹ *Alien Tort Claim Act : The district courts shall have original jurisdiction of a civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of the nations or a treaty of the United States*, 28 u.s.c. § 1350. [(La loi dite *Alien Tort Statute* (« ATS ») confère aux victimes de violations de droit de l'homme un droit d'agir en justice devant les tribunaux américains pouvant donner lieu à réparation. Elle remonte au XVIII^e siècle, est l'une des plus anciennes lois des Etats-Unis. Pensée pour des diplomates ou des commerçants étrangers qui se trouvant dépourvus de recours aux Etats-Unis, en cas de préjudice, elle prévoit que les tribunaux fédéraux américains sont compétents pour connaître des actions civiles initiées par des ressortissants étrangers pour « violations du droit des nations ». Longtemps inappliquée, cette loi a entamé une deuxième vie à partir des années 1980, quand la Cour d'appel fédérale de New York a jugé, de façon surprenante, que la loi ATS prévoyait non seulement la compétence des tribunaux fédéraux américains, mais aussi un droit d'agir par lequel les victimes de crimes de guerre, de même que les victimes de violations des droits de l'homme au niveau international, pourraient obtenir une indemnisation de la part des responsables)].

762. Contrairement à la loi américaine, la loi canadienne ne précise pas si son application en la matière vise les personnes physiques ou morales et ou tout simplement les deux. Pour éviter toute ambiguïté sur le sujet, il suffit de se pencher sur le Code criminel canadien. En effet, celui-ci modifie la *Loi canadienne sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité* lève le doute sur cette imprécision en spécifiant en son article 2 que les termes utilisés dans cet article renvoient aux personnes physiques et morales¹⁰⁷². Entrée en vigueur en 2000, cette loi portant sur les crimes de guerre et crimes contre l'humanité, transpose en droit canadien les infractions au droit humanitaire¹⁰⁷³. Il s'agit en effet des crimes contre l'humanité et les actes de génocide commis aux individus ainsi qu'aux personnes morales¹⁰⁷⁴. On peut donc en conclure les SMP soupçonnées de violations graves de DIH ou d'en être complices seront exposées à des poursuites pénales conformément au droit positif canadien¹⁰⁷⁵.

763. En dehors des Etats-Unis et du Canada, d'autres pays disposent, chacun d'eux, une législation pénale digne de mention. C'est notamment le cas du Code criminel australien qui, à l'instar de celui du Canada offre désormais la possibilité d'engager des poursuites pénales à l'encontre de toute personne morale soupçonnée de crime de guerre, de crime contre l'humanité ou de génocide¹⁰⁷⁶. En France, la responsabilité pénale d'une personne morale pourrait être juridiquement reconnue dès lors que sa culpabilité pour génocide, crime contre l'humanité est établie. Contrairement à l'Australie et à la France, la législation allemande en matière pénale offre une particularité dans son champ d'application; en ce sens qu'elle reconnaît la responsabilité pénale qu'aux personnes physiques. Mais, elle n'exclut pas la possibilité de sanctionner la personne morale en l'infligeant une amende lorsqu'un de ses dirigeants a été jugé coupable d'un crime au nom de cette personne morale¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷² Art. 2 du *Code criminel canadien*, L.R., 1985, ch. C-46.

¹⁰⁷³ M.-L. TOUGAS, *Droit international, Sociétés militaires privées et conflit armé. Entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 275.

¹⁰⁷⁴ *Loi sur les Crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, C-24, 2000, art. 4 à 7.

¹⁰⁷⁵ W. C. WANLESS, « Corporate Liability for International Crimes Under Canada's Crimes against Humanity and war Crimes Act », 7 *JICJ* 201, 2009.

¹⁰⁷⁶ J. KYRIAKAKIS, « Australian Prosecution of Corporations for International Crimes The Potential of the Commonwealth Criminal Code », 5 *JICJ* 809, 2007. L'Auteur estime que la loi australienne contribuera au développement et à la prise en compte du concept de responsabilité pénale des personnes morales, encore timidement traité.

¹⁰⁷⁷ T. WEIGEND, « Societas delinquere non potest ? A German Perspective », 6 *JICJ* 927, 2008, p. 928.

Paragraphe II : La responsabilité pénale individuelle des employés des Sociétés militaires et sécurité privée

764. Il est difficile de ne pas soutenir le principe selon lequel les normes du DIH applicable lors des conflits armés gouvernent la conduite des hostilités, l'acceptation de l'application de ce principe fondamental DIH exige que la violation de ces normes entraîne l'établissement de la responsabilité pénale individuelle de son auteur.

765. En effet, la question de la responsabilité pénale des employés des EMSP reste une question fondamentale, en raison de l'importance des missions qui leur sont confiées, et des circonstances dans lesquelles ils opèrent sont favorables à des violations des règles du DIH. Ainsi, lors de l'invasion de l'Irak suivie de son occupation, un nombre considérable de crimes ont été attribués à des employés des EMSP¹⁰⁷⁸. Il n'est nullement exclu que les employés des EMSP fassent l'objet de poursuite sur la base juridique réprimant des crimes internes et internationaux. Certes, cela nécessiterait que soient remplies les conditions relatives au lien de rattachement de l'infraction pénale commise à la juridiction de l'Etat censé engager d'éventuelles poursuites. Parmi ces conditions à remplir, on citerait notamment celle liée à la territorialité et à la nationalité des victimes et des auteurs des crimes en cause. Il se dégage dans ce cadre-là, toute une panoplie de règles en la matière, il serait donc presque risqué d'en dégager une seule comme la plus générale qui soit.

766. De toute façon, l'idée qui consisterait à juger les employés des EMSP ne saurait être considérée comme une nouveauté. En dehors du fait que le statut de ces acteurs soit complexe, les individus qui ont jadis commis des crimes internationaux même avant la création de la CPI, ont vu leur sort scellé par les tribunaux mis sur pied au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. Depuis, la jurisprudence internationale s'est enrichie et permet dorénavant d'établir la responsabilité pénale individuelle de l'individu.

¹⁰⁷⁸ Il s'agit notamment des crimes commis dans la prison d'Abou Ghraïb, à Najaf ou à Falloujah.

767. Ceci dit, la responsabilité des employés des EMSP peut être engagée dès lors qu'ils sont auteurs des crimes internationaux, comme le précisent clairement le Professeur Jean D'ASPROMONT et le Juriste Jérôme DE HEMPTINNE, tels que des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou un génocide¹⁰⁷⁹. Cependant, le fait que ces actes soient collectivement commis ne supprime en rien l'établissement de la responsabilité individuelle de ces acteurs privés. Il est clairement établi que ces crimes commis par les membres des EMSP s'inscrivent dans la poursuite de la politique des Etats-Unis de « guerre contre le terrorisme ». Cette poursuite de la politique menée par les Etats-Unis est ici sanctionnée par l'art. 25 paragraphe 3), al. d) du Statut de la CPI, c'est-à-dire les employés des EMSP agissaient de concert avec les Etats-Unis dans la poursuite de la « guerre contre le terrorisme » au cours de laquelle ces crimes furent commis en toute impunité¹⁰⁸⁰. Mais, il paraît tout de même difficile de prouver avec exactitude que la commission des crimes internationaux par les employés des EMSP soit intentionnelle.

768. Peu importe l'existence ou non de l'aspect intentionnel, car la question de la leur responsabilité reste tout de même entière. Ce qui implique d'éventuelles poursuites à leur égard. Pour ce faire, il existe toute une panoplie d'instruments juridiques internationaux et nationaux permettant de les juger¹⁰⁸¹. D'ailleurs, si l'on se focalise sur la position du Tribunal militaire international de Nuremberg dans laquelle il affirmait clairement que le droit international pouvait avoir des effets directs pour des individus : « (...) *il est surabondamment prouvé que la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la sanction s'impose, comme sanction*

¹⁰⁷⁹ J. D'ASPROMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, A. Pedone, Paris, 2012, p. 111.

¹⁰⁸⁰ Art. 25 paragraphe 3), « Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

d) « Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : ».

¹⁰⁸¹ On peut éventuellement citer : les sources du droit pénal international englobe, d'une part, certains traités internationaux tels que les Conventions de Genève, la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, et, d'autre part, les normes coutumières portant criminalisation internationale issues du droit international coutumier qui s'est largement développé sur la base des lois nationales, de la jurisprudence nationale ou de juridictions internationales ; Le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale s'appuyant sur ce droit coutumier lorsqu'il qualifie les crimes de droit international.

du droit international »¹⁰⁸². Quelques années plus tard, le TPIR nous montrait avec force que même les civils pouvaient être poursuivis pénalement pour crimes de guerre¹⁰⁸³.

769. L'importance des poursuites pénales à l'encontre des employés des EMSP est fondamentale en ce sens qu'elles font naître la crainte de toute tentative tendant à violer des règles du DIH. Il est important d'engager des poursuites judiciaires contre les employés des EMSP afin d'éviter que l'impunité favorise d'autres violations du DIH¹⁰⁸⁴. Rappelons en effet qu'une série de scandales dans la prison d'Abou Ghraïb, à Najaf ou Falloujah sont de parfaites illustrations qui ont émaillé la participation des EMSP au cours de cette « guerre contre le terrorisme »¹⁰⁸⁵. En effet, ces scandales nous ont montré que les employés des EMSP semblaient « intouchables » contrairement aux membres des forces armées. Dans le cas d'Abou Ghraïb, seuls les membres des forces armées américaines ont été reconnus coupables et condamnés par des instances militaires américaines. Alors que les employés des EMSP, eux, ont été protégés et n'ont jamais été inquiétés par la tournure de cette affaire.

770. Pourtant, théoriquement, il est juridiquement possible que les employés des EMSP soient, eux-aussi, poursuivis par des instances compétentes. Mais, pratiquement, ils échappent très souvent à toute poursuite judiciaire et donc à toute

¹⁰⁸² Tribunal militaire international de Nuremberg, jugements des 30 septembre et 1^{er} octobre 1946, doc. Off. Vol. I, p. 235.

¹⁰⁸³ Le TPIR avait alors décidé dans sa décision du 2 septembre 1998, dans l'*Affaire Akayesu* (TPIR, aff. ICTR-96-45, 2 septembre 1998, § 632 s.), ainsi que dans les affaires Kayishema/Ruzindana de mai 1999 et Rutaganda de décembre 1999 (TPIR, aff. ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, § 616-618 ; TPIR, aff. ICTR 96-3-T, 6 déc. 1999, § 96). Mais la Chambre d'Appel du Tribunal avait fermement infirmé ces décisions en indiquant dans sa décision du 1^{er} juin 2001, que les civils étaient liés par les Conventions de Genève et le Protocole additionnel II (TPIR, aff. ICTR-96-4-A, Akayesu, 1^{er} juin 2001, § 435 s).

¹⁰⁸⁴ Voir, C. DUPONT, *La participation de personnes privées à des opérations militaires. Aspects juridiques*, Université de Strasbourg, Thèse soutenue, le 10 juin 2014, p. 151.

¹⁰⁸⁵ C'est dans ce contexte hyper tendu qu'on s'empêchera de penser à ces images qui défilaient en boucle sur les chaînes de télévision, en avril 2004, à travers lesquelles on apercevait quatre employés de la SMP américaine, Blackwater, victimes d'une attaque au moyen d'une grenade lancée par un mouvement de résistants à Falloujah en Irak, avant d'être brûlés, pendus à un pont et traînés à l'arrière de véhicules dans les rues.

condamnation éventuelle comme le mentionne clairement Chléo DUPONT¹⁰⁸⁶. Cet état de choses conforte davantage ce sentiment d'impunité tant décrié.

771. La plupart des initiatives prises allant dans le sens de la répression des employés des EMSP sont souvent entravées par la détermination du tribunal compétent habilité à statuer sur ce type de requête. Certes, la difficulté vient aussi du fait que l'effectif des employés des EMSP est généralement composé d'individus venant de plusieurs pays différents et donc de nationalité complètement différente. Mais, au-delà de tous ces obstacles à franchir, les employés des EMSP peuvent toujours être poursuivis sur le fondement des violations punissant des crimes internes ou internationaux, dès lors que les critères du rattachement pénal d'une infraction à la juridiction d'un Etat sont établis.

772. Normalement, les tribunaux des Etats ont compétence pour engager des poursuites à l'égard des employés des EMSP dès lors qu'ils sont soupçonnés d'avoir commis d'infractions graves. En générale, la procédure est soumise au respect de deux principes fondamentaux—principe de territorialité et de nationalité (La compétence des tribunaux de l'Etat des victimes ou des auteurs)¹⁰⁸⁷. A cela s'ajoute le principe d'universalité à partir duquel les poursuites peuvent être envisagées en cas d'infractions graves du DIH. Ce principe n'est dépendant d'aucun d'autre, ni de l'exigence relative au lien de rattachement avec l'Etat du for. Il faut également rappeler que certaines Conventions à l'instar de la CG et de la Convention des NU contre la torture, permettent aux tribunaux nationaux d'engager des poursuites pénales en cas d'infractions graves.

773. Dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », et plus particulièrement le cas irakien, l'impunité a été consacrée par l'Autorité provisoire de la coalition en permettant aux employés des EMSP de se soustraire impunément des

¹⁰⁸⁶ Voir, C. DUPONT, *La participation de personnes privées à des opérations militaires. Aspects juridiques*, Université de Strasbourg, Thèse soutenue, le 10 juin 2014, p. 151.

¹⁰⁸⁷ N. HAUPAIS, « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre » », *AFDI*, LV-2009-CNRS éd., Paris, p. 99.

lois irakiennes et contre toute poursuite en Irak¹⁰⁸⁸. Le tout couronné par la délivrance de l' « *Executive Order* » N°13303 du Président George W. BUSH, en date du 22 mai 2003, qui garantissait aux employés des EMSP l'immunité de la part des tribunaux américains pour tous crimes commis sur le territoire sous juridiction américaine.

774. En définitive, les employés des EMSP à l'instar de toute personne dans un pays en situation de conflit armé, sont liés par le DIH et peuvent être appelés à répondre de leurs actes au pénal, à titre individuel, pour toute violation grave qu'ils pourraient avoir commise ou ordonné de commettre¹⁰⁸⁹.

775. La logique voudrait qu'après l'établissement de la responsabilité, que l'obligation de poursuivre soit mise en œuvre afin de permettre que les auteurs de ces faits soit jugés conformément aux lois en vigueur (Titre II).

Titre II : De l'obligation de poursuivre conduisant à l'application des sanctions pour violations graves du droit international humanitaire

¹⁰⁸⁸ Coalition Provisional Authority Order 17, Statute of the CPA, MNF-Iraq, Certain Missions and Personnel in Iraq (Rev.) (June 27, 2004), disponible en ligne: http://www.iraqcoalition.org/regulations/2004627_CPAORD_17_Status_of_caalition_Rev_with_Annex_A.pdf, Il a été mis fin à cette immunité au 1^{er} Janvier 2009.

¹⁰⁸⁹ Voir à cet effet, CG I, art. 49; CG II, art. 50; CG III, art. 129; CG IV, art. 146; PA I, art. 85. La jurisprudence des tribunaux internationaux étaye la position définie dans certains manuels militaires, aussi que le texte des dispositions des traités qui viennent d'être mentionnées, à savoir que ce ne sont pas seulement les commandants et les supérieurs d'une structure militaire qui peuvent être tenus responsables de violations graves du droit international qu'ils ont ordonné de commettre. Toute personne occupant une position de supérieur qui lui permet de donner des ordres à des subordonnés peut, de la même manière, être tenue pénalement responsable. Pour des exemples de pratiques dans ce domaine, voir : J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : Règles, 2006, règle 152, et la pratique correspondante dans *Customary International Humanitarian Law*, vol. II : Practice, 2005, Part 2, pp. 3713-3714.

776. La nécessité d'engager une action judiciaire à l'encontre des auteurs de violations graves de DIH permet d'empêcher d'occulter toute tentative visant à établir la responsabilité individuelle ou collective des auteurs des crimes internationaux. Cette nécessité ne peut trouver sa consécration que dans le droit fil de l'existence d'une obligation de poursuivre. C'est en se basant sur les règles du droit international que l'on parvient à démontrer l'existence d'une telle obligation.

777. En effet, l'existence de l'obligation de poursuivre reste dépendante principalement à la volonté de l'Etat. Une volonté rendue possible par la mise en œuvre de l'action judiciaire contre les personnes soupçonnées de commettre des infractions graves¹⁰⁹⁰. Cela permettra évidemment d'évacuer tout soupçon relatif à l'encouragement de l'impunité par l'Etat, entité censée garantir de par des moyens dont elle dispose au niveau national à combattre l'impunité sous tous ses aspects à travers le droit à la justice¹⁰⁹¹.

778. Toutefois, il serait erroné de notre part de considérer cette obligation de poursuivre comme une obligation de punir. Une seule erreur dans ce sens engendrerait la nécessité sinon la possibilité de sanctionner l'auteur d'infractions graves au DIH. Le fait de poursuivre la personne soupçonnée de crimes internationaux est avant tout une responsabilité de l'Etat. Et, la sanction apparaît en revanche comme la conséquence de cette prise de responsabilité par ce sujet de droit international qu'est l'Etat.

¹⁰⁹⁰ Selon V. HAROUËL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, pp. 460-461, « Les rédacteurs n'ont pas donné une liste exhaustive des infractions graves dont les personnes protégées par le droit de Genève sont susceptibles d'être les victimes. Et bien que faisant partie des articles communs, cette disposition sur les infractions graves est plus ou moins développée afin de tenir compte de l'objectif premier de chaque Convention ». Toutefois, certains articles des quatre Conventions donnent les éléments de définition des infractions graves. Il s'agit de : art. 50 de la CG I ; art. 51 de la CG II ; art. 130 de la CG III ; et enfin 147 de la CG IV. Les éléments de définition des infractions graves donnés par ces Conventions sont commis contre les personnes protégées par la Convention : « l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé ».

¹⁰⁹¹ Le droit à la justice est ici perçu comme, l'Ensemble des Principes pour la protection et la protection des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, établi par L. JOINET, L. JOINET, « Un état des lieux des principes et standards internationaux de la justice transitionnelle », in MÔ BLEEKER (ed.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone : Etat des lieux*, Conférence paper, Séminaire tenu à Yaoundé (Cameroun) du 4 au 6 décembre 2006, 2007, Principes 18 à 32.

779. Certes, un lien étroit existe entre la mise en œuvre de l'obligation de poursuivre et la sanction. Enfin, la sanction n'est rien d'autre que l'effacement démonstratif de la présomption d'innocence par la constatation de la culpabilité suite à la mise en œuvre de l'action judiciaire, entraînant par conséquent l'application des sanctions.

780. Il y a bien longtemps, l'Etat jouissait d'un régime de responsabilité établi uniquement pour lui permettre de réparer les dommages résultant des violations du droit international comme le précise le Professeur Pierre-Marie DUPUY¹⁰⁹². En effet, tous les mécanismes permettant d'appliquer des sanctions n'étaient pas prises en compte par ce régime restrictif réservé et conçu pour l'Etat. Mais cette conception va connaître une évolution considérable quelques années plus tard et le juriste italien, Roberto AGO deviendra le précurseur de cette émergence grâce à la pertinence de ses travaux.

781. Dès lors, la sanction intègre comme fut jadis la réparation, le régime autrefois sélectif de l'Etat. Dit autrement, l'assujettissement de l'Etat au régime de responsabilité l'engage à apporter de réponses lorsqu'on se trouve face à la nécessité de prendre de sanctions à l'encontre d'un individu reconnu coupable de violations graves du DIH par exemple.

782. L'auteur de violations graves du DIH doit d'être visé par l'exigence qui consacre cette obligation de poursuivre (Chapitre I). Des sanctions doivent également mises en œuvre pour qu'il soit sanctionné (Chapitre II).

Chapitre I: De l'exigence de l'obligation de poursuivre contre les auteurs de violations graves du droit international humanitaire

¹⁰⁹² P.- M. DUPUY, « Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States », *European Journal of International Law*, 1992, pp. 132.

783. Après la commission de violations graves du DIH, l'action judiciaire doit légitimement prendre le relais afin d'établir les responsabilités avant d'envisager les sanctions si la culpabilité des auteurs présumés est légalement établie. Cette démarche n'est possible que grâce à l'existence d'une obligation de poursuivre¹⁰⁹³.

784. Cette obligation de poursuivre peut apparaître comme contraignante à l'Etat, en ce sens qu'elle le contraint de poursuivre les individus auxquels les soupçons de violations graves pèseraient sur eux. Le but poursuivi par l'Etat est avant tout de rendre justice aux victimes de ces violations. Toutefois, cette obligation donnant droit à la justice au profit des victimes se dissocie de l'obligation de punir qui consisterait à rendre nécessaire la sanction à l'égard d'un délinquant reconnu coupable de l'infraction qu'il a commise¹⁰⁹⁴. Cette obligation de poursuivre ne comporte pas forcément l'idée de la sanction, car en mettant en avant la sanction, cela pourrait entacher le principe relatif à la présomption d'innocence des personnes visées par la poursuite judiciaire. L'action judiciaire qui se termine par la culpabilité de la personne poursuivie entraîne en principe l'application de la sanction. Cela démontre l'existence permanente du lien entre l'action judiciaire et la sanction.

785. Au-delà de l'antagonisme sémantique qui oppose la notion de sanction à celle de poursuite, la doctrine se propose en effet de les fusionner plutôt que de les séparer. Ceci étant, pour l'intérêt de ce travail, les deux notions doivent être abordées en même temps comme le font certains auteurs à l'instar de Diane F. ORENTLICHER¹⁰⁹⁵.

786. En effet, certains auteurs pensent que l'obligation de poursuivre débouche soit sur la sanction, soit sur l'extradition de la personne soupçonnée¹⁰⁹⁶. Cela rejoint, suivant certaines interprétations, la pertinence de la formule d'Hugo GROTIUS « *aut*

¹⁰⁹³ En anglais : « *duty to prosecute* ».

¹⁰⁹⁴ E. GUEMATCHA, *Les commissions vérité et les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire*, A. Pedone, Paris, 2014, p. 333.

¹⁰⁹⁵ D. F. ORENTLICHER, « *Settlings Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime* », *YLJ*, vol. 100, n° 8, 1991, pp. 2537-2615.

¹⁰⁹⁶ Cf. CDI, Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (« *aut dedere aut judicare* »), Zdzislaw GALICKI, Rapporteur spécial, 58^{ème} Session, 2006, doc. ONU, A/CN.4/571, 12 juillet 2006, § 5; V. aussi, Cherif BASSIOUNI, Edward M. WISE, *aut Dedere aut judicare : The Duty to Extradite or Prosecute in international Law*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, p. 4.

dedere aut punire » (extrader ou punir) que Jean BODIN exploite à bon escient lorsqu'il traite de l'obligation de coopération entre les magistrats lorsqu'ils diligentent des poursuites suivies des sanctions éventuelles¹⁰⁹⁷. Mais, la conception actuelle du droit positif s'éloigne nettement de cette conception ancienne développée par Hugo GROTIUS, en ce qu'elle met en avant la présomption d'innocence, tout en garantissant les droits de la défense, en respectant scrupuleusement la procédure, mais tout ceci s'inscrit dans l'obligation de poursuivre.

787. En effet, la CDI a apporté des éclaircissements notables sur ce que l'on entendait réellement par obligation de poursuivre¹⁰⁹⁸. En fait, l'obligation de poursuivre peut être considérée comme l'impératif de juger¹⁰⁹⁹. Dit autrement, la possibilité qu'a une juridiction compétente de statuer sur une affaire en rendant une décision équitable.

788. Le droit international reste un droit exigeant en ce sens qu'il oblige l'Etat d'engager des poursuites judiciaires à l'encontre de la personne soupçonnée d'avoir commis des violations graves. Toute initiative visant à substituer les poursuites judiciaires par d'autres moyens serait contraire à ce droit.

789. Force est de reconnaître que, l'obligation de poursuivre est incarnée par le DIH puis consacrée par la coutume internationale (Section I). Certains obstacles peuvent entraver la mise en œuvre de cette obligation de poursuivre (Section II).

¹⁰⁹⁷ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Estienne Gamonet, Genève, 1629, Livre III, chap. VI, pp. 471, 472, l'auteur « (...) se demande pourquoi les Princes seraient-ils exempts d'une obligation à laquelle la loi de Dieu et de la nature les contraint (p. 471) ». Il considère le refus de l'Etat qui détient le fugitif comme une injure à l'Etat du fugitif coupable qui le réclame, que de ne pas rendre pour le Prince qui le détient (p. 472).

La célèbre formule d'Hugo GROTIUS est extrait de son livre intitulé : *Le droit de la guerre et de la paix*, (traduit par Pradier-Fodéré), PUF, Paris, 1999, Livre II, chap. XXI, IV, 1, p. 513, « Mais comme les Etats n'ont pas la coutume de permettre qu'un autre Etat vienne en armes dans l'intérieur de leurs frontières pour exercer le droit de punir, et que cela n'est point un expédient, il s'en suit que l'Etat chez lequel vit celui qui a été convaincu de la faute doit faire une de ces deux choses : ou, s'il en est requis, punir lui-même le coupable selon son mérite, ou le remettre à la discrétion du requérant ».

¹⁰⁹⁸ Cf. Rapport de la 63^{ème} session (26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011) de la Commission du droit international pour plus de développement sur l'historique de ces travaux portant sur cette question et des interrogations qu'elle suscite, doc. ONU, A/66/10, chapitre 10, pp. 286-293.

¹⁰⁹⁹ C. BASSIOUNI, E. M. WISE, *aut Dedere aut judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in international Law*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, p. 4.

Section I : De l'existence de l'obligation de poursuivre incarnée par le droit international humanitaire à sa consécration par la coutume internationale

790. Cette existence est à trouver dans son incarnation par le DIH (Paragraphe I). Elle est également consacrée progressivement par la coutume internationale (Paragraphe II).

Paragraphe I: L'obligation de poursuivre incarnée par le droit international humanitaire

791. En prévoyant la possibilité d'amnistier des combattants à l'issue d'un CANI, le DIH n'exclut pas pour autant la possibilité permettant aux Etats d'engager de poursuites pénales contre des combattants qui ont commis des violations graves.

792. En effet, l'amnistie dérivée du mot grec « amnistia » se traduit comme oubli et pardon. Elle est une notion qui adhère difficilement à une définition¹¹⁰⁰. En revanche, la définition proposée par Jean SALMON à ce sujet semble pertinente : « *la mesure par laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions ou de ne pas appliquer les condamnations prononcées pour ces infractions ou d'effacer certaines conséquences résultants de ces infractions* »¹¹⁰¹. Ce qu'il faut retenir de cette notion c'est sa capacité à rendre inexistante toute possibilité visant à diligenter une action judiciaire. En dehors du fait qu'elle empêche toute possibilité d'engager des poursuites pénales contre les auteurs des violations graves, elle violerait l'obligation de poursuivre.

¹¹⁰⁰ B. A. GARNER (éd.), *Black's Law Dictionary*, West Publishing, 9th éd., 2009, p. 99.

¹¹⁰¹ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 63.

793. Certaines règles consacrées par les CG de 1949 et leurs PA de 1977 justifient la mise en œuvre de procédures non judiciaires¹¹⁰². Ainsi, l'une des Parties au conflit armé peut, en raison d'éventuelles violations des dispositions du DIH par l'autre Partie, demander à ce qu'une enquête soit diligentée en s'appuyant sur les dispositions des CG¹¹⁰³. Mais la tenue d'une telle enquête reste, tout de même, secondaire aux poursuites pénales. D'ailleurs l'art. 3 desdites Conventions s'appliquant aux CAI ne mentionnent nullement l'intérêt d'une telle enquête. L'enquête devient nécessaire lorsqu'on se trouve face à certaines difficultés pratiques qui peuvent mettre à mal toutes poursuites pénales.

794. Par conséquent, la conduite d'une telle enquête peut déboucher sur une violation certaine de la volonté d'engager de poursuites judiciaires à l'encontre des auteurs des violations graves. C'est dans la crainte d'assister à la violation du DIH sous prétexte d'une quelconque demande d'enquête que le Professeur Eric DAVID souligne que : « (...) sans aller jusqu'à faire œuvre de conciliation, ce qui serait impensable dans un problème de violation du droit des conflits armés, car on ne peut transiger sur le respect de ce droit, la Commission est fondée à prêter ses bons offices pour faciliter le retour à l'observation des CG et PA I »¹¹⁰⁴. En d'autres termes, La commission de violations graves obligerait les Etats à diligenter des procédures pénales afin de sanctionner des auteurs de ces violations graves. Cela va dans le même sens que la position prise par la Commission qui est loin d'être celle qui soustrait les Etats de l'obligation de poursuivre¹¹⁰⁵.

795. De ce point de vue, les normes régissant le droit des conflits armés, c'est-à-dire les CG de 1949 et leurs PA de 1977 une *lex specialis* qui n'admet aucune

¹¹⁰² M. FREEMAN, D. DUKIC, « Jus Post Bellum and Transitional Justice », in S. CARSTEN, J. K. KLEFFNER (ed.), *Jus Post Bellum. Towards a Law of Transition from Conflict to Peace*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2008, pp. 213-227; p. 220.

¹¹⁰³ Convention de Genève I, art. 52 ; Convention de Genève II, art. 53 ; Convention Genève III, art. 132 ; CG IV, art. 149.

¹¹⁰⁴ E. DAVID, *Principes de droits des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 667

¹¹⁰⁵ L. CONDORELLI, « La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits : outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire ? », *IRRC*, vol. 83, n° 842, juin 2001, pp. 393-405. Voir aussi, F. KARLSHOVEN, « The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty? », in *Reflexions on the Laws of War. Collected Essays*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 836-841.

substitution aux poursuites pénales à la fin d'un conflit armé. Même si l'Etat fait face à une difficulté certaine qui rend la mise en œuvre de l'obligation de poursuite plus qu'improbable¹¹⁰⁶. De toute façon, en restant toujours dans cette perspective relative à l'obligation de poursuite, on constate en effet que les règles du DIH et, voire même celles du DIDH exigent qu'il ait poursuite et sanctions en cas de constatation avérée de violations graves des normes issues de ces deux *corpus* juridiques.

796. Il est évident que c'est quasiment mission impossible d'engager des poursuites à l'encontre de tous les responsables des atrocités commises lors de la « guerre contre le terrorisme ». Cette évidence n'est pas une exception exclusive réservée à cette guerre particulière. Car, les mêmes difficultés ont eu des mêmes effets en allant du procès de Nüremberg à la CPI en passant par les juridictions nationales internationalisées (TPIY, TPIR). Par exemple au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

797. Il faut rappeler que, le procès de Nuremberg n'avait jamais pu juger l'ensemble des criminels nazis, le tribunal s'était contenté de l'« échantillon » de responsables répondant à certains critères de sélectivité d'après le Rapport fourni par le Brigadier General américain¹¹⁰⁷.

798. On peut simplement résumer que les difficultés rencontrées à Nüremberg sont quasi identiques à celles que rencontre aujourd'hui le TPIY, en ce sens que la

¹¹⁰⁶ E. GUEMATCHA, *Les commissions vérité et les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire*, A. Pedone, Paris, 2014, p. 379.

¹¹⁰⁷ Le Rapport de TAYLOR (Brigadier General, U.S.A., Chief of Counsel for War Crimes), *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Under Control Counsel Law N°10*, 15 august 1949, pp. 73-85, dans ce rapport le Brigadier General se propose de donner des éléments permettant de constituer certains critères de sélectivité sans doute nécessaires pour gérer la conjoncture post-confliktuelle, il s'agit entre autre de l'obtention de preuves, la "disponibilité" du criminel, les échelles de responsabilité dans l'appareil étatique de l'Allemagne nazie, mais également la prise en compte de certains problèmes pratique à savoir le temps imparti pour les procédures, l'argent ou encore le personnel disponible. Ce Rapport indique très clairement le nombre de personnes qui aurait fallu juger au cours de ce procès. Il indique enfin que : « It should be made perfectly clear that the individuals indicted under Law No. 10 were a small minority of those who, on the basis of the available evidence, appeared and probably could be proved to be guilty of criminal conduct [...] These statements are in no way related to the problem of "mass guilt" so-called ; if instead of the 161 who actually were convicted at Nuremberg-2,000 or even 20,000 could have been convicted, that is still a long way from 60 or 80 millions of Germans. », p. 74.

plupart des personnes visées par cette instance n'ont jamais été appréhendées¹¹⁰⁸. De même que devant le TPIR où la sélectivité a encore été la règle dans la tentative de répondre positivement à l'exigence relevant elle aussi de l'obligation de poursuivre.

799. La problématique de la sélectivité des responsables des violations graves au niveau des juridictions pénales internationales internationalisées, notamment au niveau du TPIY ou TPIR fait souvent l'objet d'interprétations divergentes au niveau du TPI¹¹⁰⁹. Par conséquent, les difficultés d'ordre pratique rencontrées par le TPI afin de pouvoir lancer des mandats d'arrêt contre les personnes soupçonnées d'avoir commis des violations graves, ont souvent alimenté de sévères critiques à l'encontre de la TPI en l'accusant de partialité lors de la sélection des responsables présumés¹¹¹⁰.

800. Ces critiques rappellent celles dirigées à l'encontre des juridictions chargées de châtier des grands criminels de guerre. Elles ont été le symbole de ce qui fut qualifié de « justice des vainqueurs » dont le caractère de partialité aurait été difficile à justifier dès lors que les criminels issus des rangs des puissances alliées n'ont pas été sélectionnés pour passer devant ces instances¹¹¹¹.

¹¹⁰⁸ M. A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 151.

¹¹⁰⁹ R. CRYER, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 192, 198.

¹¹¹⁰ F. MEGRET, *L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : Vers un nouveau partage des compétences judiciaires ?* Thèse de doctorat, Université Paris I-Université de Genève, 2005, p. 546. Au sujet de la TPIY et la problématique relative à la sélection des personnes censées faire l'objet de poursuites, appuyons-nous sur : P. CAINE, « International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia : Planners and Instigators or Foot Soldiers », *International Journal of Police Science and Management*, vol. II, n° 3, 2009, pp. 345-357 ; P. KIENLEN, « International Justice v. Local Peace-Case Study of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Reconciliation Process in the Balkans », *VJICL*, vol. 5, n° 4, 2011, pp. 632-696-667-668 ; A. S. MASSA, « NATO's Intervention in Kosovo and the Decision of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Not to Investigate : An Abusive Exercise of Prosecutorial Discretion », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, n° 2, 2006, pp. 610-649. Notons également que la question relative à la sélectivité des responsables des violations graves par la CPI a poussé les dirigeants africains à monter au créneau pour dénoncer ce qu'ils qualifiaient de néocolonialisme pour certains et de la « justice du nord contre le sud » pour les autres, M. M. DEGUZMAN, « Choosing to Prosecute : Expressive Selection at the International Criminal Court », *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, 2011, pp. 265-319, pp. 271-274 ; D. LAGOT, « Cour pénale internationale et impunité des Etats puissants, la CPI une justice à sens unique ? », in N. ANDERSON, D. LAGOT (dir.), *La justice internationale aujourd'hui : Vraie justice à sens unique ?* L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 137, 146.

¹¹¹¹ R. CRYER, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 206-209.

801. Si sanction y est, elle devait concerner l'ensemble de la chaîne des personnes concernées. Elle ne doit pas uniquement être dirigée contre les personnes qui occupent des postes subalternes. Malheureusement, il est souvent le cas lorsqu'on se réfère de certains cas pratiques et dont l'issue n'a concerné que des individus se trouvant au bout de la chaîne de commandement ou encore lâchés par son chef hiérarchique. C'est ce que dénonce Mireille DELMAS-MARTY, « *[i]l serait aussi injuste de sanctionner seulement celui qui se trouve au bout de la chaîne, la personne qui appuie sur la gâchette, que de punir exclusivement le chef [et que] [p]our éviter de désigner un bouc émissaire, il faut déclarer responsables tous ceux qui, à des degrés divers, participent au résultat final* »¹¹¹².

802. Certes, l'art. 53 renforce le pouvoir discrétionnaire du Procureur de la CPI, en élargissant un peu plus la marge de manœuvre de celui-ci. Dès lors, il a le droit d'ouvrir ou non l'enquête. Et ce, contre ou non à l'encontre d'individus soupçonnés d'avoir commis des violations graves au motif que, une telle action judiciaire contre ceux-ci risque de porter atteinte à l'« intérêt de la justice ».

803. De quoi s'interroger sur ce que le Statut de Rome considère comme étant les éléments constitutifs pour les « intérêts de la justice » ? C'est à cette interrogation que William SCHABAS tente de répondre, « *[t]he expression "interests of justice" appears in many different legislative contexts, in various legal systems, where it is generally used to acknowledge the need for discretion and the inability of legal texts to codify answers for difficult issues. That is why the term is not defined anywhere* »¹¹¹³. Selon le Statut de la CPI : « *[s]il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice* »¹¹¹⁴. Même à l'issue d'une enquête, elle peut estimer qu'« *il n'y a pas de base suffisante pour engager des poursuites [...] [p]arce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice, compte tenu de toutes les circonstances [...]* »¹¹¹⁵.

¹¹¹² M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : Entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSCDPC*, n° 1, 2009, pp. 59-68 ; p. 66.

¹¹¹³ W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary of the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 663.

¹¹¹⁴ Art. 53 paragraphe 1 (c) du Statut de la CPI.

¹¹¹⁵ Art. 53 paragraphe 2 (c), du Statut de la CPI.

804. Quoi qu'il en soit, l'expression « intérêts de la justice » permet au Procureur de jouir une fois de plus de son plein pouvoir discrétionnaire. Ce droit lui accorde la possibilité de s'étendre largement dans son interprétation en vue de l'ouverture d'une enquête ou non et, même à l'issue de celle-ci. Par conséquent, ce privilège ne fera qu'accroître des soupçons quant à son impartialité lors de la sélection des responsables de violations graves.

Paragraphe II: L'obligation de poursuivre consacrée par l'émergence progressive de la coutume internationale

805. La pratique générale acceptée par tous comme étant du droit représente à elle seule l'une des sources de droit international comme le rappelle l'art. 38 al. 1. b. du Statut de la CIJ¹¹¹⁶. En effet, la coutume internationale permet l'application par défaut de la pratique générale en l'absence d'un engagement conventionnel par l'Etat. A ce titre, elle consacre grâce à son émergence progressive l'existence de l'obligation de poursuivre.

806. Il est important de noter que le droit international coutumier consacre l'existence de l'obligation de poursuivre dès lors qu'il y a l'existence des crimes les plus graves tels que les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre. C'est en cela qu'ils sont considérés comme relevant d'une spécificité particulière du DIH et même du DIDH¹¹¹⁷. Mais, force est de constater qu'au-delà de la gravité des violations graves de DIH ou du DIDH qui peuvent susciter davantage l'application de la coutume internationale. On doit néanmoins reconnaître que cette affirmation du droit international coutumier pour endiguer toutes violations graves

¹¹¹⁶ Art. 38 du Statut de la Cour internationale de justice.

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

b. La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

¹¹¹⁷ Cf. Art. 6, 7 et 8 de la CPI.

reste discutable à certains égards pendant que certains doctrinaires pensent que l'existence d'une telle coutume internationale est plus qu'évidente.

807. D'autres estiment que si elle existe, elle reste dépendante à son émergence progressive. Cependant, l'appréciation d'une prétendue existence doit être conditionnée à la distincte qu'elle doit avoir vis-à-vis de la pratique des Etats. Car si confusion y est, cette existence serait considérée tout simplement comme une pratique de l'Etat.

808. De nombreux auteurs restent sceptiques à l'idée qu'il existerait une coutume internationale garantissant l'obligation de poursuivre des violations graves comme pouvaient le garantir des Etats. Toujours selon eux, le droit international coutumier est encore loin d'être en capacité de délivrer une obligation de poursuivre les crimes internationaux¹¹¹⁸. Ils estiment que, la pratique des Etat qui permet à ceux-ci d'adopter des lois d'amnistie en empêchant toute poursuite contre les auteurs de crimes internationaux discrédite par conséquent l'existence même d'une coutume de l'obligation de poursuivre.

809. Plusieurs auteurs à l'instar du Professeur William SCHABAS ne remettent pas en cause le caractère coutumier des CG. En revanche, ce dernier s'oppose farouchement contre une existence certaine du droit international coutumier d'une obligation de poursuivre qui réorienterait la pratique de l'Etat et tenterait de changer l'*opinio juris* au profit de l'obligation absolue de poursuivre¹¹¹⁹. Cette position est soutenue par la pratique des Etats qui n'est guère favorable à une quelconque existence de l'obligation de poursuivre comme l'affirmait clairement le Professeur John DUGARD¹¹²⁰.

¹¹¹⁸ L. MALLINDER, « Can Amnesties and International Justice be Reconciled? », *IJTJ*, vol. 1, 2007, pp. 208-230 ; p. 214.

¹¹¹⁹ W. SCHABAS, « La place de la coutume dans les travaux des Commissions vérité, justice et réconciliation : Le cas de la Sierra Leone », in P. TAVERNIER, J.-M. HENCKAERTS (dir.), *Droit international coutumier : Enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 149-158.

¹¹²⁰ J. DUGARD, « Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions », in Antonio CASSESE, Paola GAETA, John R. W. D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 693-704; p. 698.

810. Cette méconnaissance par la pratique des Etats de l'existence de l'obligation de poursuivre peut être perçue comme une faiblesse de ceux-ci vis-à-vis de l'impératif lié à l'extradition ou de la poursuite des auteurs de crimes internationaux¹¹²¹. C'est cette méconnaissance de l'existence de l'obligation de poursuivre qui conforte certaines prises de positions.

811. En effet, dans l'Affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* qui opposait la Belgique au Sénégal, le Juge Ronny ABRAHAM déclarait en effet qu'« il n'existe nulle règle de droit international coutumier faisant obligation au Sénégal de poursuivre M. Habré devant ses tribunaux, ni à raison des actes de torture, ou de complicité de torture, qui lui sont imputés—à cet égard, il existe bien une obligation, mais elle est purement conventionnelle—ni à raison des crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou crime de génocide n'entrant pas dans le champ *ratione materiae* de la convention contre la torture—à cet égard il n'existe, en l'état actuel, aucune obligation juridique internationale »¹¹²². Cette opinion individuelle confirmative du Juge Ronny ABRAHAM a été soutenue avec autorité par le Juge Gilbert GUILLAUME. En effet, ce dernier pense qu'en dehors de la piraterie, le titre de compétence pénale universelle absolue ou par défaut ne pouvait être recevable¹¹²³.

812. En dépit des arguments avancés par la Belgique dans cette affaire, l'ancien Président de la CIJ estimait sans ambages que la compétence universelle absolue n'avait aucun fondement juridique en droit international conventionnel et coutumier¹¹²⁴. Par conséquent, la doctrine minoritaire menée par le Professeur Eric DAVID ne partage pas cette conception qui n'est pourtant pas vide de substance pertinente.

813. Pour démontrer la pertinence de la conception soutenue par le Juge Gilbert GUILLAUME confirmée d'ailleurs par la CIJ, le Professeur Eric DAVID estime pour sa part que le titre de compétence universelle aurait un fondement coutumier. Or, cet

¹¹²¹ C. BASSIOUNI, « Searching for Peace and Achieving Justice: The Need of Accountability », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n° 4, 1996, p. 15.

¹¹²² L'Affaire des *Questions concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre*, Belgique c. Sénégal, arrêt, C.I.J., 20 juillet 2012, Opinion individuelle de M. le Juge ABRAHAM, paragraphe 21.

¹¹²³ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, paragraphe 6.

¹¹²⁴ *Idem.*, paragraphe 12.

argument est individuellement critiqué par le Juge Ronny ABRAHAM dans ce différend opposant la Belgique au Sénégal¹¹²⁵. Ainsi, une chose est certaine, l'exercice de la compétence pénale universelle est désormais dépendante de la validation de certaines conditions. Il s'agit de trois critères admis et compatibles à tous les ordres juridiques interne de chaque Etat : la ratification d'une Convention *ad hoc*, l'insertion dans le droit interne de l'Etat partie des moyens juridiques de répression, la présence du suspect sur le territoire de l'Etat Partie¹¹²⁶.

814. En revanche, si l'on se base sur les travaux de la CDI, il est inconfortable d'admettre l'audace doctrinale qui consisterait à dire que l'existence de l'*opinio juris* dans la pratique des Etats, marquerait l'absence totale du principe *Aut dedere aut judicare* qui martèlerait l'existence incontestable de l'obligation de poursuivre. Le fait d'exprimer leur volonté à coopérer avec les juridictions internationales compétentes et entre eux, les Etats sont de ce fait dans un dynamisme sans appel contre l'impunité.

815. Dans cette lutte les Etats visent particulièrement des infractions les plus graves, c'est-à-dire celles ayant une portée internationale¹¹²⁷. C'est ainsi que la Déclaration faisant suite à la Réunion de haut niveau de l'AG des NU du 24 septembre 2012, portant sur l'état de droit au plan national et international, toutes les délégations présentes se sont engagées à « *faire en sorte que l'impunité du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que des violations du droit international humanitaire et des violations graves du droit des droits de l'homme ne soit pas tolérée, et que ces violations fassent l'objet d'enquêtes sérieuses et de sanctions appropriées, notamment en veillant à ce que les auteurs de ces crimes ou violations soient traduits en justice selon la procédure prévue par le droit interne ou, s'il y a lieu, selon un mécanisme*

¹¹²⁵ CIJ, 20 juillet 2012, Affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Rôle général n° 144—ADL du 22 juillet 2012.

¹¹²⁶ Prenons le cas, par exemple, de la CCT.

¹¹²⁷ Voy. par exemple, résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale du 18 décembre 1971 intitulée « Question du châtime des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité » ; résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale du 3 décembre 1973 sur les « Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtime des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité » ; et principe 18 de la résolution 1989/65 du 24 mai 1989 du Conseil économique et social intitulée « Prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions ».

régional ou international, dans le respect du droit international[...] »¹¹²⁸. Il semble évident que l'obligation de coopérer reste le procédé idéal pour combattre cette impunité dans de nombreuses conventions internationales, en procédant par l'application de l'obligation d'extrader ou de poursuivre¹¹²⁹.

816. Pour Paola GAETA, l'existence des règles coutumières interdisant la commission de certains crimes « *n'impose aucune obligation d'exercer une compétence à l'égard de ces crimes* »¹¹³⁰. En dépit de ce qu'estimaient certaines délégations présentes à la soixantième session de la CDI de l'ONU, l'obligation d'extrader ou de poursuivre reposait uniquement sur des traités et n'avait aucun caractère coutumier ; il faut admettre contrairement à cet avis que, son existence ou son émergence n'est plus facile à ignorer. Ne serait-ce qu'en ce qui concerne des crimes internationaux les plus graves¹¹³¹.

¹¹²⁸ Résolution 67/1 de l'Assemblée générale du 24 septembre 2012, paragraphe 22.

¹¹²⁹ Dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour de justice affirme : « (...) L'extradition et l'engagement de poursuites constituent...des moyens alternatifs pour lutter contre l'impunité en conformité avec le paragraphe 1 de l'art. 7 [de la Convention contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradant de 1984]... » *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 422, p. 422 à 443. La Cour ajoute que les Etats parties à la Convention contre la torture ont « [e]n raison des valeurs qu'ils partagent, [...] un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité » (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 449, par. 68). La Cour réaffirme que l'objet et le but de la Convention sont « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture, en évitant l'impunité des auteurs de tels actes » (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 451, § 74, et aussi paragraphe 75). Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial M. Zdzislaw GALICKI a abondamment traité la question du devoir de concourir à la lutte contre l'impunité et a cité les exemples suivants d'instruments internationaux qui le consacrent juridiquement : l'Article premier, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998, et la Ligne directrice XII des Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme, adoptées par le Comité des ministres le 30 mars 2011, A/CN. 4/648, paragraphes 26 à 33.

¹¹³⁰ P. GAETA, « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux », in Antonio CASSESE, Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, pp. 191-213, 204.

¹¹³¹ Troisième Rapport du Rapporteur spécial de la CDI sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*Aut dedere aut judicare*), Zdzislaw GALICKI, 60^{ème} session, 2008, doc. ONU, A/CN. 4/603, 10 juin 2008, § 98. Certains Etats avaient en effet « estimé que cette obligation avait acquis un caractère coutumier, du moins en ce qui concernait les crimes internationaux les plus graves ou qu'elle l'acquerrait prochainement pour les crimes en question ». C'est dans cette constatation que l'on peut apprécier la position de la Belgique qui admet l'existence d'une telle coutume pour les crimes les plus graves qui touchent la Communauté

817. Certes, il n'est nullement rare de rencontrer des difficultés qui feront douter d'une obligation générale en droit international coutumier en matière d'extradition et de poursuite. Mais, il suffit de se pencher sur des normes juridiques qui répondent aux problématiques relatives aux crimes internationaux (crimes contre l'humanité, génocide, crimes de guerre) pour extraire des règles coutumières pertinentes qui serviront de bases juridiques dans le cadre d'une extradition ou d'une poursuite d'auteurs de violations graves au DIH¹¹³². La gravité de ces trois crimes internationaux les plus graves a été consacrée par certaines dispositions du Statut de la CPI dans le but de sanctionner les auteurs de ces crimes¹¹³³.

818. En effet, l'existence de la coutume internationale peut être perçue comme la conséquence logique du legs historique de Nüremberg, de l'adoption du Statut de la CPI suivie de la mise en place du TPI. Pour éviter toute immixtion dans des procédures pénales internes des Etats, le Statut de la CPI rappelle à travers son Préambule, « *qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux* »¹¹³⁴. Cette avancée représente un progrès majeur vers une meilleure mise en œuvre du DIH.

819. En 1951, en se prononçant sur le génocide, la CIJ donnait un avis de référence sur la Convention sur le Génocide de 1948. Pour elle, les principes de cette Convention doivent être considérés comme étant des « *principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel* »¹¹³⁵. Compte tenu de l'existence de l'art. VI de cette Convention en droit international coutumier, la CIJ s'abstient à ne pas faire référence au droit coutumier¹¹³⁶.

internationale, CDI (60^{ème} session), *L'obligation d'extrader ou de poursuivre (Aut dedere aut judicare), Observations et informations reçues des gouvernements*, doc. ONU, A/CN. 4/612, 26 mars 2009, paragraphes 19, 33.

¹¹³² CDI, 63^{ème} session, quatrième rapport du Rapporteur spécial de la CDI sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre, 63^{ème} session, 2011, doc. ONU, A/CN. 4/648, 31 mai 2011, § 91.

¹¹³³ Art. 6, 7 et 8 du Statut de la CPI qui traitent respectivement de crimes contre l'humanité, de génocide et de crime de guerre.

¹¹³⁴ Cf. paragraphe 6 du Préambule du Statut de la CPI.

¹¹³⁵ *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif : CIJ, Recueil 1951, p. 23.

¹¹³⁶ B. SIMMA, P. ALSTON, « The Sources of Human Rights Law: Custom, jus Cogens, and General Principle », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, 1988-1989, pp. 82-108; pp. 105-106. Au

820. L'émergence de l'obligation coutumière est vivement souhaitée lorsqu'on évoque les cas particuliers des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Pour encourager cette émergence, certaines résolutions pertinentes furent adoptées par l'ONU afin de matérialiser cette émergence. C'est grâce à cette initiative qu'une résolution de l'AG des NU consacrait en 1946 les Principes fondateurs de Nüremberg¹¹³⁷. Par exemple le Principe I tel que formulé par la CDI affirme : « *Tout acteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement* »¹¹³⁸. Les résolutions des NU ont même visé trop loin. En ce sens qu'une d'entre-elles interdisait tout simplement d'accorder asile à des personnes soupçonnées notamment de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre¹¹³⁹. En revanche, d'autres exigeaient que les Etats s'engagent à engager de poursuites suivies de sanctions à l'égard des personnes reconnues coupables de crimes susmentionnés¹¹⁴⁰.

821. Les adoptions successives des résolutions des NU en vue de lutter contre l'impunité ne se sont pas limitées à un passé lointain. En effet, l'AG et le CS des NU ont tour à tour pris de nouvelles initiatives dans un passé récent en adoptant une série de résolutions incitatives dont l'objectif consistait à inciter les Etats à traduire en justice,

sujet de l'existence de l'article VI en droit international coutumier, voy. La jurisprudence du TPIR, « La Convention sur le génocide est incontestablement considérée comme faisant partie du droit international coutumier, ainsi qu'il ressort de l'avis consultatif rendu en 1951 par la Cour internationale de justice sur les réserves à la Convention sur le génocide », TPIR, Chambre de 1^{er} instance I, *Le Procureur c/ Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, n° 96-3-T, jugement et sentence, 6 décembre 1999, paragraphe 46.

¹¹³⁷ Résolution 95 (1), *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg*, AG des NU (55^{ème} séance), 11 décembre 1946.

¹¹³⁸ Cf. Rapport de la Commission du droit international (2^{ème} session, 5 juin-29 juillet 1950), doc. ONU, AG, documents officiels, 5^{ème} session, supplément n° 12, (A/1316), pp. 12-16.

¹¹³⁹ Résolution 2312, Déclaration sur l'asile territorial, art. 1 paragraphe 2, AG des NU, 22^{ème} session, 14 décembre 1967.

¹¹⁴⁰ Résolution 2840, *Question du châtement des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité*, AG des NU (2025^{ème} séance), 18 décembre 1971, § 1 qui demande aux Etats de prendre des mesures afin notamment de châtier les responsables de crimes contre l'humanité ; et Résolution 3074, *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*, AG des NU (2187^{ème} séance), 3 décembre 1973, paragraphe 1: « Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés ».

ou à appliquer des sanctions contre les auteurs de violations graves de DIDH et ou de DIH¹¹⁴¹.

822. Enfin, depuis quelques années, les résolutions de l'ONU qui se proposent d'affirmer l'existence du droit international coutumier applicable par des Etats, suscitent de nombreuses divergences conceptuelles et doctrinales¹¹⁴². Il n'est pas cependant exclus que ces résolutions en raison de leur pertinence soient à même de contribuer efficacement à la création de la coutume internationale¹¹⁴³. Certes, il serait absurde de penser qu'une résolution singulière suffira à créer une règle coutumière¹¹⁴⁴. Pour qu'elle le soit, c'est-à-dire se transforme en règle coutumière, il

¹¹⁴¹ Citons par exemple, les résolutions suivantes : 48/153 du 20 décembre 1993 sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, paragraphe 25 (d) qui s'inscrit dans l'exigence d'une prise de sanction par les autorités croates contre les auteurs de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire, doc. ONU, A/RES/153, 7 février 1994 ; 49/206 du 23 décembre 1994 sur la situation des droit de l'homme au Rwanda, paragraphe 4 qui insiste sur la nécessité de traduire en justice des auteurs de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, doc. ONU, A/RES/49/206, 11 septembre 1996 ; 50/200 du 22 décembre 1995 sur la situation des droits de l'homme, préambule paragraphe 6 qui rappelle « que tous les Etats ont l'obligation de punir toutes les personnes qui commettent ou autorisent le génocide ou d'autres graves violations du droit international humanitaire ou qui sont coupables de graves violations des droits de l'homme », doc. ONU, A/RES/50/200, 11 mars 1996 ; 51/108 du 12 décembre 1996 sur la situation des droit de l'homme en Afghanistan, paragraphe 11 qui demande à l'Etat afghan de traduire en justice les personnes responsables de « graves violations des droits de l'homme et des règles humanitaire » doc. ONU, 51/108, 4 mars 1997 ; 52/141 du 12 décembre 1997 sur la situation des droits de l'homme en Irak, paragraphe 3 (d) qui demande au gouvernement irakien de lutter contre l'impunité ceux qui tuent et mutilent, doc. ONU, A/52/141, 6 mars 1998 ; 57/234 du 18 décembre 2002 sur la situation des droit de l'homme en Afghanistan, paragraphe 11 (d) qui insiste sur la nécessité de traduire en justice les auteurs des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire en Afghanistan, doc. ONU, A/RES/57/234, 23 février 2003 ; Voy. aussi, la résolution 1318 du 7 septembre 2000, doc. ONU, S/RES/1318 (2000), paragraphe VI qui « [s]ouligne que les auteurs de crimes contre l'humanité, de crimes de génocide, de crimes de guerre et d'autres violations graves du droit international humanitaire doivent être traduits en justice ». Citons également quelques résolutions du Conseil de Sécurité allant dans le même sens et traitant des cas de crimes et violations, mais aussi les violations de droit de l'homme : doc. ONU, S/RES/1265 (1999), 17 septembre 1999, paragraphe 6 ; S/RES/1379 (2001), 20 novembre 2001, paragraphe 9 (a) ; S/RES/1484 (2003), 30 mai 2003, paragraphe 5 ; S/RES/2062 (2012), 26 juillet 2012, paragraphe 11.

¹¹⁴² J. I. CHARNEY, « International Agreements and the Development of International Customary Law », *Washington Law Review*, vol. 61, n° 3, 1986, pp. 971-996, p. 971.

¹¹⁴³ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., Paris, p. 357 ; V. aussi, Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales : L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Pedone, Paris, 2001, pp. 55-61 (Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et celles du Conseil de Sécurité sont traitées).

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 358.

faut qu'elle soit suivie d'une « *application concrète dénuée d'ambiguïté* »¹¹⁴⁵. Pour le CICR, même si la pratique des Etats dans le cadre des crimes de guerre n'est certainement pas universelle, n'est cependant pas pour autant inexistante comme nous pouvons le craindre¹¹⁴⁶.

823. Malheureusement, cette procédure visant à mettre en œuvre l'obligation de poursuivre a été anéantie par de nombreux obstacles susceptibles de remettre globalement en cause toute procédure visée (Section II).

Section II : Des obstacles susceptibles d'entraver la mise en œuvre de l'obligation de poursuivre

824. Ces obstacles sont à rechercher dans l'interprétation *stricto sensu* des CG (Paragraphe I). Ils peuvent naître de l'absence évidente d'une *lex specialis* censée l'encadrer (Paragraphe II).

Paragraphe I: L'obligation de poursuite restreinte par l'interprétation *stricto sensu* des Conventions de Genève

¹¹⁴⁵ *Idem.*, p. 358.

¹¹⁴⁶ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, (traduit de l'anglais par Dominique LEVEILLE), Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 807-810.

825. Les exigences relatives aux sanctions pénales contre les auteurs de violations des normes du DIH ont toujours existé à travers la pluralité de ses textes¹¹⁴⁷. Et ce, avant 1949, date à laquelle les CG furent adoptées. A cette époque, les débats doctrinaux tournant autour de l'obligation de poursuite n'étaient aussi animés qu'avec l'entrée en vigueur des CG et du Statut de Rome.

826. L'obligation de poursuite va s'affirmer progressivement avec l'adoption en 1949 des CG, et avoir par conséquent un impact considérable envers les auteurs d'infractions graves du droit international et en particulier du DIH. C'est ainsi que chacune de ces Conventions dispose une disposition contraignante pour les Parties contractantes dans laquelle on peut y lire : « [c]haque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité »¹¹⁴⁸. Ceci implique en effet qu'il est de la responsabilité de l'Etat d'exécuter la procédure d'extradition de l'individu dont les charges relatives à la commission d'infractions graves pèseraient contre lui¹¹⁴⁹. De ce point de vue, les CG font partie intégrante des textes internationaux qui

¹¹⁴⁷ Prenons le cas par exemple du Manuel des lois de la guerre sur terre (Oxford, 9 septembre 1880) prévoit la nécessité d'une sanction pénale en indiquant que « [s]i des infractions aux règles qui précèdent ont été commises, les coupables doivent être punis, après jugement contradictoire, par celui des belligérants au pouvoir duquel ils se trouvent ». Notons également la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne du 6 juillet 1906 dispose que « [l]es Gouvernements signataires s'engagent également à prendre ou à proposer à leurs législatures, en cas d'insuffisance de leurs lois pénales militaires, les mesures nécessaires pour réprimer, en temps de guerre, les actes individuels de pillage et mauvais traitement envers les blessés et malades des armées » (art. 28). On retrouve une disposition quasi identique prévue notamment par l'art. 21 de la 10^{ème} Convention de La Haye pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève du 18 octobre 1907. Il s'agit du traité de Washington relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre du 6 février 1922 (art. III) et la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne du 27 juillet 1929 (art. 29) ont quasiment le même esprit.

¹¹⁴⁸ Cf. La première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (art. 49) ; la deuxième Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (art. 50) ; la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (art. 129) ; la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (art. 146).

¹¹⁴⁹ Cf. La première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (art. 49) ; la deuxième Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (art. 50) ; la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (article 129) ; la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (art. 146).

soutiendraient l'obligation de poursuivre. Certes, cette obligation de poursuivre se concentre essentiellement aux infractions graves du DIH. Mais, cette spécificité qui consiste à se limiter uniquement aux infractions graves ne soustrait la pertinence qu'apporte ce « conglomérat conventionnel » à l'obligation de poursuivre.

827. C'est uniquement en présence des CAI que l'applicabilité des CG devient nécessaire pour la mise en œuvre de l'obligation de poursuivre incombant aux Etats Partie¹¹⁵⁰. Autrement dit, la restriction imposée par les CG est clairement appréciable lorsqu'on se trouve en présence d'un CANI. En d'autres termes, la gravité des infractions (infractions graves) et la nature du conflit (CAI) sont déterminantes pour l'effectivité de l'application de ce *corpus* conventionnel de 1949.

828. Il est délicat de concevoir une quelconque obligation de poursuivre via les CG en dehors des CAI¹¹⁵¹. Il suffit par exemple d'évoquer l'art. 3 commun des CG pour se rendre compte que cette disposition applicable aux CANI ne prévoit nullement une quelconque obligation de poursuivre. En effet, l'absence de l'obligation de poursuivre est également visible dans le PA II. La consécration aux CANI de l'art. 3 commun aux CG ainsi que le PA II aux CG peut à elle seule expliquer l'absence de l'obligation de poursuivre. En fait, l'art. 3 commun et le PA II aux CG n'imposent aucune obligation de poursuivre contre les auteurs d'infractions graves de DIH.

829. Cependant, il est important de reconnaître que le *distinguo* entre les deux grands types de conflits armés n'empêche pas à l'obligation de poursuivre de s'appliquer à tout type de conflit armé contre les auteurs de violations graves. Il suffit qu'une interprétation large des normes consacrées par le droit de Genève soit défendable.

830. Cette obligation qui s'impose aux Etats à appliquer l'obligation de poursuivre à l'encontre des auteurs de violations graves s'apparenterait au caractère impératif dicté par le *Jus cogens* même si son contenu reste tout à fait discuté par

¹¹⁵⁰ V. art. 2 commun des quatre conventions de Genève du 12 août 1949.

¹¹⁵¹ M. SCHARF, « Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court », *Cornell International Law Journal*, vol. 32, n° 3, 1999, pp. 507-528; p. 516.

certaines doctrines¹¹⁵². Selon la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, le *Jus cogens* est « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »¹¹⁵³. Certains auteurs estiment qu'« on peut considérer que l'existence d'une « violation grave » a pour conséquence la 'transparence' partielle de l'Etat, en ce sens que, partiellement à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat auteur du crime, la responsabilité pénale et personnelle des personnes physiques l'ayant ordonné ou exécuté peut être recherchée quand bien même elles auraient agi à titre de représentants de l'Etat y compris comme chef d'Etat »¹¹⁵⁴.

831. Les violations graves sont donc constitutives avant tout des faits internationalement illicites engageant par conséquent la responsabilité internationale de l'Etat ou de l'OI. L'action de l'Etat ou de l'OI engendrerait sans aucun doute de nombreuses conséquences identiques à celles mentionnées dans le *Projet d'article de la CDI*¹¹⁵⁵. Pour C. BASSIOUNI, il n'y a pas de doute que l'obligation de poursuivre ou d'extrader soit la conséquence juridique des crimes internationaux dont l'interdiction serait comparable à l'impératif du *Jus cogens*¹¹⁵⁶.

832. En tout état de cause, la position de la jurisprudence internationale est sans ambiguïté sur ce sujet. En effet, pour le TPIY, la prohibition des crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide font partie des normes impératives

¹¹⁵² M. J. GLENNON, « De l'absurdité du droit impératif (jus cogens) », *Revue général de droit international public*, vol. 110, n° 3, 2006, pp. 529-536 ; G. GUILLAUME, « Jus Cogens et souveraineté », dans *L'Etat dans le monde souverain d'aujourd'hui*, Mélanges en l'honneur de J. -P. PUISSOCHET, Pedone, 2008, pp. 127-136 ; R. KOLB, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, PUF, Paris, 2001, pp. 33-58.

¹¹⁵³ Cf. les termes de l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹¹⁵⁴ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., Paris, pp. 895, 896.

¹¹⁵⁵ Les art. 40, paragraphe 1 et 2 ; 41 paragraphe 1, 2 et 3 de la CDI.

¹¹⁵⁶ C. BASSIOUNI, « International Crimes: *Jus cogens* and *Obligatio Erga Omnes* », in C. C. JOYNER, C. BASSIOUNI (éd.), *Reigning in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights. Proceedings of Siracusa Conference*, 17-21 septembre 1998, Toulouse, Eres, Collections Nouvelles études pénales, n° 14, 1998, pp. 133-148 ; pp. 139-140 ; voir aussi C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 73.

relevant ainsi de l'impératif catégorique du *Jus cogens*¹¹⁵⁷. Le TPIY considère aussi que la prohibition de la torture fait également partie de ces normes impératives de droit international. De même que, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) ainsi que la CIJ¹¹⁵⁸.

833. Cette interprétation élargie réduirait de plus en plus la marge de manœuvre de l'installation éventuelle de l'impunité. Il faut rappeler que l'obligation de poursuivre contre les auteurs de violations graves de DIH existe et, ses auteurs sont susceptibles d'être poursuivis dans le cadre du respect des obligations internationales par les Etats¹¹⁵⁹. Même si cette obligation reste tout de même restrictive du fait de l'applicabilité des instruments juridiques qui la consacrent, elle limite néanmoins son champ d'application.

Paragraphe II : L'absence évidente d'une *lex specialis* encadrant l'obligation de poursuivre

834. Si l'on considère que l'entrée en vigueur d'un traité, à l'instar des CG ou la Convention contre la torture et, les peines ou autres traitements inhumains et dégradants ; impliquerait indiscutablement sa fusion dans le *corpus* juridique déjà

¹¹⁵⁷ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Kupreskic et consorts*, n° IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, paragraphe 520.

¹¹⁵⁸ TPIY, Chambre de première instance, *Procureur c/ Anto Furundzija*, aff. n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, paragraphe 153. Rappelons que la Cour européenne des droit de l'homme adopte la même position, CrEDH, *Adsani c/ Royaume-Uni*, n° 35763/97, 21 novembre 2001, paragraphe 61 ; CIADH, *Case of Servellon-Garcia an al. v. Honduras*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 21 September 2006, Series C n° 152, § 97 ; CIJ, *Question concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre*, (Belgique c. Sénégal), arrêt, 20 juillet 2012, paragraphe 99.

¹¹⁵⁹ A. ARTUCIO, « L'impunité et le droit international », in Commission nationale consultative des droits de l'homme et Commission internationale des juristes, *L'impunité des auteurs des violations graves des droits de l'homme*, Rencontres internationales, 2-5 novembre 1992, Dijon-Chenôve, 1993, pp. 191-208 ; p. 204.

existant. En même temps, on devait admettre que sa non-rétroactivité ne saurait être qu' « *un principe général applicable à tous les actes juridiques internationaux* »¹¹⁶⁰.

835. La responsabilité des Etats-Unis pour non-respect de ses obligations internationales en vertu des CG ne peut concerner que des actes commis postérieurement à l'entrée en vigueur de celles-ci. C'est ainsi que la Convention de Vienne sur le droit des traités souligne qu' « *à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date* »¹¹⁶¹. Enfin, l'absence de réponse des Etats-Unis face aux violations des règles en vertu des CG et de la Convention contre la torture et les peines ou autres traitements inhumains et dégradants adoptée dans le cadre des NU le 10 décembre 1984 n'est que justifiable.

836. Les situations exceptionnelles et post conflictuelles de la « guerre contre le terrorisme » exigent qu'une action judiciaire contre les auteurs de ces pratiques contraires au droit et, aux engagements internationaux initiée par des tribunaux compétents. Certes, la poursuite de tous les auteurs serait pratiquement irréalisable. Mais la nécessité de poursuivre qui pèse lourdement sur ceux qui portent de lourde responsabilité semble faisable. Cette initiative serait moins différente de ce que Louis JOINET qualifiait d' « *idéalement souhaitable et le pratiquement possible* »¹¹⁶².

837. En fait, ce passage transitoire marqué par des violations de tout genre à la nécessité d'une action judiciaire serait, toute proportion gardée, identique au passage évoqué par Thomas HOBBS. En effet, dans son ouvrage *Le Léviathan*, l'auteur traite du passage de l'état de nature marqué par l'anarchie. Il met en perspective la capacité qu'à

¹¹⁶⁰ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., Paris, p. 241.

¹¹⁶¹ Art. 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969.

¹¹⁶² L. JOINET, « Un état des lieux des principes et standards internationaux de la justice transitionnelle », in MÔ BLEEKER (ed.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone : Etat des lieux*, Conférence paper, Séminaire tenu à Yaoundé (Cameroun) du 4 au 6 décembre 2006, 2007, pp. 4-15 ; p. 16.

la violence à pousser les hommes à abandonner leurs libertés au souverain afin que celui-ci leur garantisse en échange la sécurité¹¹⁶³.

838. Il serait presque incohérent de penser que dans le contexte post conflictuel de la « guerre contre le terrorisme », qu'il soit possible de garantir en aval la sécurité sans qu'il ait justice—judiciaire en amont. Certains auteurs, à l'instar de Cherif BASSIOUNI et Diane ORENTLICHER vont presque dans le même sens. En effet, ils estiment que la mise en œuvre des poursuites contre les auteurs de crimes graves est fondamentale car, il n'y a pas de paix sans justice¹¹⁶⁴.

839. Cette nécessité d'engager des poursuites est ce que Max WEBER qualifie d'éthique de conviction¹¹⁶⁵. En voulant protéger les auteurs des crimes sous prétexte qu'ils ont pris part à la défense des intérêts américains au détriment de la justice, n'est pas un gage de sécurité pour les Etats-Unis. Face à ce dilemme entre sécurité et justice, il est de l'intérêt des Etats-Unis de ne pas montrer au monde qu'ils sont porteurs d'éthique de responsabilité, au moins vis-à-vis de la Communauté internationale. Cela permettra d'engager des poursuites judiciaires contre les auteurs de ces crimes¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ T. HOBBS, *Le Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (1651), (traduit par François TRICAUD), Sirey, Paris, 1971, pp. 121 et s.

¹¹⁶⁴ C. BASSIOUNI, « Justice and Peace : The Importance of Choosing Accountability over Realpolitik », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35, n° 2, 2003, p. 204 ; pp. 191-204, il met en avant une série d'exemples tout en relevant les obstacles que pourrait rencontrer la Cour pénale internationale sur certains dossiers, avant de soutenir qu'il ne peut y avoir de paix sans justice; Diane ORENTLICHER, « Settling Accounts : The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime », *Yale Law Journal*, vol. 100, n° 8, 1991, p. 2539.

¹¹⁶⁵ M. Weber, *Le savant et le politique*, (traduit par Julien FREUND), Plon, Paris, 1963, pp. 206-204. Pour WEBER l'« éthique de conviction » se rapproche de l'attitude qu'affiche un croyant. C'est elle qui nous oriente vers la nécessité absolue de respecter des règles ou la nécessité inébranlable, et peu importe les conséquences, d'obtenir justice. Max WEBER estime que « *le chrétien fait son devoir et en ce qui concerne le résultat il s'en remet à Dieu* ». Cette expression utilisée par Max WEBER « éthique de conviction » peut être perçue comme la ligne directrice de ceux qui défendent la thèse selon laquelle seule la justice rend possible l'établissement de la paix. Notons également, J.-B. J. VILMER, *Pas de paix sans justice ? Le dilemme de la paix et de la justice en sortie de conflit armé*, Presses de Science Po, 2011, p. 21; P. HARZAN, *La paix contre la justice. Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre*, GRIF, Bruxelles, 2010, p. 7.

¹¹⁶⁶ M. Weber, *Le savant et le politique*, (traduit par Julien FREUND), Plon, Paris, 1963, pp. 206-207. Au cœur de l'éthique de responsabilité que prône Max WEBER, on trouve l'idée selon laquelle l'individu qui agit est conscient des conséquences qui peuvent résulter de son agissement et par conséquent doit se préparer à endosser personnellement des responsabilités. Nous estimons en effet que dans le cas d'espèce, c'est le pragmatisme qui prime puisqu'en agissant on suppose agir en prenant la bonne décision. L'« éthique de responsabilité » a souvent été utilisée pour désigner ceux qui considèrent que, dans certaines circonstances, les impératifs de la paix doivent substituer la justice et les poursuites judiciaires.

840. L'« omerta » observée par les Etats-Unis face aux violations graves de DIH a été décriée par la Communauté internationale. En s'engageant dans la « guerre contre le terrorisme ». Les Etats-Unis n'ignoraient pas l'obligation qui était la leur d'assurer l'effectivité des règles du DIH.

841. En s'abstenant d'appliquer les normes de ce droit, ils s'exposaient gravement à des éventuelles violations de celui-ci. En même temps, il était de leur responsabilité d'agir efficacement afin d'éviter leur violation. Et si violation y était avérée, ils apporteraient une réponse nécessaire et proportionnelle au cas en présence. Ces obligations ont été régulièrement rappelées aux Etats-Unis par la Communauté internationale.

842. L'intérêt d'engager des procédures visant à poursuivre les auteurs d'infractions ou de crimes prévoit en cas d'établissement de la culpabilité d'appliquer des sanctions pour l'intérêt du droit. Il est donc nécessaire que la culpabilité soit suivie de sanctions contre l'auteur d'infractions au DIH. D'où la nécessité de leur mise en œuvre (Chapitre II).

Chapitre II : De la mise en œuvre des sanctions pour infractions graves au droit international humanitaire

843. La recrudescence des conflits armés contemporains souvent qualifiés de nouvelles menaces et les violations manifestes du DIH ont ranimé l'intérêt pour les mécanismes propres à garantir un meilleur respect par l'application du système des sanctions. Celui-ci vise à faire cesser les violations et à réprimer les infractions graves qualifiées de crimes de guerre. Le DIH consacre une large place à la répression des infractions graves commises dans les CAI. Partant de cette idée, la sanction fait partie intégrante de toute construction juridique cohérente. La menace de sanction est un élément de dissuasion que la justice peut légitimement brandir à l'attention du monde.

844. Le DIH est donc un « conglomérat » de règles, elles visent à garantir une protection nécessaire aux personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités, tout en limitant ainsi les moyens et méthodes de guerre. Tous les mécanismes destinés à garantir le respect de toutes ces règles sont clairement définis. On peut citer entre autre, la prévention et la répression des violations graves des règles de ce corpus juridique revêtent une importance primordiale pour l'humanité dans son ensemble.

845. Au regard du DIH, les individus sont tenus responsables des violations qu'ils commettent eux-mêmes ou qu'ils ordonnent de commettre. Les responsables de violations graves doivent être poursuivis et punis en tant que criminels. Dit autrement, les personnes qui commettent des actes contraires aux dispositions pertinentes de ce droit spécifique sont individuellement responsables de leurs actions criminelles. De même, rappelons-le, les auteurs de telles violations graves doivent être poursuivis et punis. D'ailleurs, la position des quatre CG de 1949 (CG-I-IV) et leur PA I de 1977, de même que d'autres traités énoncent sans ambiguïté les obligations explicites des Etats de réprimer pénalement les violations graves des règles qu'ils contiennent. La nature et l'étendue de ces obligations varient en effet d'un traité à l'autre, en fonction du champ d'application matériel et personnel de la répression ; ainsi que de la compétence en matière de poursuite et de jugement.

846. Dans le même ordre d'idées, les CG et leur PA I stipulent clairement que les infractions graves doivent faire l'objet d'une répression par les Etats Parties. En d'autres termes, les Etats Parties doivent se substituer à l'impératif qui les obligerait à rechercher sans relâche les personnes soupçonnées d'avoir commis ou encore donné l'ordre de commettre des infractions graves. Et ce, indépendamment de la nationalité du coupable et du lieu où ces crimes ont été commis, en application du principe de la compétence universelle.

847. Par conséquent, les Etats doivent donc les déférer à leurs propres tribunaux ou les remettre pour jugement à un autre Etat qui a réuni contre ces personnes des charges suffisantes¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁷ Art. 49 de la CG I ; art. 50 de la CG II ; art. 129 de la CG III ; art. 146 de la CG IV ; et enfin l'art. 85 paragraphe 1 du PA I.

848. Il faudra rappeler que pour les Etats Parties au PA I, cette obligation s'étend aux infractions graves résultant d'une omission contrairement à un devoir d'agir¹¹⁶⁸. Les Etats Parties ont donc le devoir d'introduire dans leur lois nationales des dispositions pouvant leur permettre de sanctionner efficacement les auteurs de violations graves afin de satisfaire pleinement à ces obligations conventionnelles¹¹⁶⁹. Il est souhaitable que les Etats Parties prennent des mesures appropriées et permettent leur adoption avant que l'on assiste à des commissions de violations graves, car leur efficacité en dépend.

849. En effet, l'art. 90 du PA I prévoit la création d'une Commission internationale d'établissement des faits conçue pour enquêter en toute indépendance sur les violations graves du DIH¹¹⁷⁰. A notre connaissance, malgré de multiples scandales qui se sont succédés durant les opérations militaires qui ont suivi le déploiement des troupes américaines en Afghanistan puis en Irak, aucune Commission internationale en vertu de cette disposition de la PA I n'a été créée pour enquêter sur les prétendues exactions commises par les Etats-Unis. Certes, la Commission internationale pour l'établissement des faits n'a pas mandat pour sanctionner des violations graves, mais sa mise en place peut néanmoins déclencher une poursuite puis favoriser la répression des auteurs de crimes internationaux.

850. Le répression des crimes de guerre comme bien d'autres crimes (crimes contre l'humanité, crimes de génocide) doit être impérativement appliquée indépendamment du lieu où ils ont été commis et de la nationalité de leurs auteurs. En

¹¹⁶⁸ Art. 86, paragraphe 1 du PA I.

¹¹⁶⁹ Quelques suggestions émanant du CICR :

- Promulguer des lois qui interdisent et répriment les « infractions graves » et visent toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui commettent ou donnent l'ordre de commettre ces infractions ; les lois devront, de ce fait, porter sur les actes commis tant sur le territoire national qu'en dehors de celui-ci ;
- Rechercher les personnes prévenues d'avoir commis des « infractions graves » et engager des poursuites contre elles ou les extradier pour qu'elles soient jugées dans un autre Etat ;
- Charger leurs commandants militaires d'empêcher que soient commises des « infractions graves », de les faire cesser, et de prendre des mesures à l'encontre des personnes placées sous leur autorité qui se rendent coupables de telles infractions ;
- S'accorder une entraide judiciaire dans toute procédure relative aux « infractions graves ».

¹¹⁷⁰ Art. 90, 1. A) Il sera constitué une commission internationale d'établissement des faits, dénommée ci-après « la Commission », composée de quinze membres de haute moralité et d'une impartialité reconnue.

plus, les crimes de guerre sont depuis longtemps considérés par le droit international coutumier comme des crimes soumis à la compétence universelle¹¹⁷¹. Aucune procédure ne peut être déclenchée pour stopper toute action publique visant à réprimer les auteurs de tels crimes. Cette exigence rend fondamentale la répression et renforce le respect du droit international en général et, en particulier le DIH. Elle accroîtrait l'intérêt de la justice dans un monde en proie à menace conflictuelle.

851. La responsabilité première revient à l'Etat pour conduire cette répression. Concernant cette responsabilité, le reproche a été fait aux Etats-Unis d'agir trop mollement au lendemain des scandales successifs relatifs aux actes de torture orchestrés par l'armée américaine dans des prisons de Bagram et Abou Ghraïb. En effet, le droit pénal matériel et procédural ainsi que le système judiciaire doivent permettre sans difficulté aux Etats de poursuivre aisément les auteurs de violations graves. De même, il est de leur devoir aussi d'apporter l'assistance requise afin de débloquent des procédures engagées à l'étranger par une juridiction internationale à l'encontre de toute personne soupçonnée d'avoir commis de tels actes. Toutefois, il est de notre intérêt de mentionner en passant que toutes ces personnes soupçonnées ou accusées de tels crimes bénéficient juridiquement d'une série de garanties de procédure. Il est souhaitable que les Etats en charge de telles poursuites s'engagent à respecter scrupuleusement ces procédures et, qu'ils jouissent librement du choix des règles à appliquer en la matière.

852. La guerre a toujours été et demeure malheureusement le théâtre des exactions les plus graves justifiées ou pas par la nécessité militaire. En effet, la commission de ces crimes les plus odieux ne saurait garantir la conclusion d'une paix durable et consolidée tant que les auteurs de ces crimes —allant de la « base (haut dirigeant) au sommet de la pyramide de commandement (simple exécutant) »—ne sont pas susceptibles de rendre compte devant la justice de leurs méfaits.

853. Cette justice doit être doublement vertueuse pour l'humanité toute entière, c'est-à-dire qu'elle doit délivrer des sanctions exemplaires proportionnelles à

¹¹⁷¹ A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, Paris, 2002, p. 44.

la gravité de crimes particulièrement odieux. Elle doit montrer sa capacité à être dissuasive afin de prévenir le retour de telles tragédies. C'est dans le droit fil de ce que vient être mentionné que l'ancien Procureur au Tribunal de Nüremberg, M. Benjamin FERENCZ considérait qu' « *il ne peut y avoir de paix sans justice, ni de justice sans loi, ni de loi digne de ce nom sans un tribunal chargé de décider ce qui est juste et légal dans des circonstances données* »¹¹⁷². Dans cette considération, l'ancien Procureur percevait clairement les liens souvent complexes, quelquefois ambigus que la paix entretient avec la justice, particulièrement la justice pénale.

854. L'effectivité de la mise en place des sanctions est subordonnée à l'efficacité des juridictions pénales en matière de crimes internationaux (Section I). Cette efficacité est renforcée par la dimension universelle de la répression des infractions graves au droit de Genève (Section II).

Section I : De l'avancée répressive accomplie par des juridictions pénales en matière de crimes internationaux

855. Les Etats peuvent également renforcer leurs mécanismes de sanctions contre les crimes de guerre par le biais de l'incorporation de celles-ci dans leur législation (Paragraphe I). Il est aussi possible que cela se fasse par le truchement de l'accomplissement des juridictions pénales internationales dans la répression des crimes de guerre (Paragraphe II).

¹¹⁷²

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000140-la-justice-penale-internationale/historique-de-la-justice-penale-internationale>

Paragraphe I: L'incorporation dans les législations pénales des Etats des sanctions pour les crimes de guerre

856. Cette incorporation se base sur l'implication des juridictions nationales dans leur poursuite des auteurs des crimes de guerre (1). S'additionnent aussi des sanctions imposées par la jurisprudence des tribunaux nationaux en matière de répression de crimes de guerre (2).

1- L'implication des juridictions nationales dans la poursuite des auteurs des crimes de guerre

857. Le principe de territorialité et de personnalité limitent la compétence d'une juridiction de l'Etat à l'égard d'un crime, c'est-à-dire que l'effectivité de cette compétence ne peut s'exercer que si le crime a été commis sur le territoire de cet Etat ou l'auteur du crime est l'un de ses ressortissants. Ce principe se heurte à une exception concernant les crimes les plus graves qui font sauter le verrou de la nationalité du suspect¹¹⁷³. Les CG de 1949 et leurs PA de 1977 doivent attribuer une compétence universelle aux juridictions nationales afin de permettre à celles-ci de se prononcer sur les cas de violations graves du DIH.

858. Chaque Etat Partie à ces conventions est compétent pour juger toute personne présumée coupable d'infractions graves se trouvant sur son territoire quelle que soit la nationalité de cette personne ou le lieu où elle a commis les infractions : *« Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propre tribunaux, quelle que soit leur nationalité.*

¹¹⁷³ Cf. art. 49, 50, 129, 146, successivement les quatre CG.

Elle pourra aussi, si elle préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes »¹¹⁷⁴.

859. En plus, l'art. 88 al. 1 du PA I du 8 juin 1977 aux CG relatif à la protection des victimes des CAI stipule que : « *Les hautes parties contractantes s'accorderont l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure relative aux infractions graves aux conventions ou au présent protocole »¹¹⁷⁵. Cette entraide judiciaire en matière pénale rendue possible par cette disposition du PA I renforce la compétence des juridictions nationales en matière de répression d'infractions graves au DIH.*

860. Plus encore, l'art. 7 al. 1 de la CCT et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, stipule à son tour que : « *L'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale »¹¹⁷⁶. Ce double renforcement conventionnel témoigne de l'importance qu'auraient prise les juridictions nationales au niveau international. De même que, l'importance de leur rôle dans la répression d'infractions graves au DIH.*

861. Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, à la suite de célèbres procès des années quarante à Nüremberg et à Tokyo, les juridictions nationales des pays alliés avaient intenté de nombreuses poursuites contre des ressortissants allemands. Accusés de plusieurs crimes dont ceux de crimes de guerre. Ces procès ont permis aux juridictions nationales d'accroître leur influence sur le plan international. Mais, cette influence acquise dans l'intervalle allant de la fin de la deuxième Guerre mondiale et au début de la Guerre froide est peu à peu retombée, et ce, malgré l'attribution de la compétence universelle. L'objectif de l'extension de la compétence de ces instances judiciaires leur permettrait de statuer sur d'éventuelles violations graves au DIH, qu'elles acquièrent grâce à l'entrée en vigueur en 1950 des CG.

¹¹⁷⁴ Art. 49 de la CG I, art. 50 de la CG II, art. 129 de la CG III, 146 de la CG IV.

¹¹⁷⁵ Art. 88 al. 1 du PA I.

¹¹⁷⁶ Art. 7 al. 1 de la CCT et les autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, du 10 décembre 1984.

862. Les Etats doivent incorporer dans leur législation pénale une sanction pour les crimes internationaux afin de s'acquitter de leurs obligations qui leur incombent en vertu du DIH¹¹⁷⁷. Grâce à la variété de sources externes qu'internes dont ils disposent, celles-ci parviennent à les aider à incorporer comme il se doit ces éléments dans leur législation nationale. Pour ce faire, le DIH impose aux Etats de prendre les mesures spécifiques afin de réprimer les auteurs des violations graves. L'Etat a l'obligation d'adopter dans sa législation nationale des lois qui interdisent et répriment les infractions graves. Une fois adoptées, ces lois doivent être applicables à toute personne sans aucune restriction liée à sa nationalité¹¹⁷⁸. Ensuite, il est de la responsabilité de l'Etat de rechercher et poursuivre des individus soupçonnés d'avoir commis des actes contraires au DIH, avant de les déférer devant ses tribunaux ou d'organiser, le cas échéant, leur extradition vers un Etat tiers. Au niveau de la hiérarchie militaire, le commandant militaire doit jouer un rôle important auprès des personnes placées sous leur autorité. Toutes ces obligations incombent aux Etats et obligent ceux-ci à les satisfaire en temps de paix comme en temps de conflit armé¹¹⁷⁹.

863. L'incorporation des sanctions pour violations graves du DIH dans le droit national met en lumière deux problématiques : la définition de l'acte délictueux (technique d'incrimination) et la forme et le lieu de son intégration dans l'ordre juridique.

864. Cependant, plusieurs possibilités permettent aux législateurs d'incorporer les crimes qualifiés de violations graves du DIH dans leur législation nationale. Cela

¹¹⁷⁷ Pour une approche de la question des enquêtes nationales sur des crimes internationaux, fondées sur l'exercice d'une compétence universelle, v. R. MAISON, « Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes », 6, *EJIL*, 260, 1995.

¹¹⁷⁸ La loi britannique de 1957 sur les Conventions de Genève a de clairs effets extraterritoriaux, quelle que soit la nationalité du délinquant ; elle crée par conséquent une réelle compétence universelle : « 1.— (1) Quiconque, *quelle que soit sa nationalité*, qui, à l'intérieur ou hors du territoire du Royaume-Uni, commet, aide, encourage ou offre ses services pour la commission, par une autre personne, d'une violation grave à l'une des conventions [...] sera coupable de crime [...] (souligné par l'auteur). ».

¹¹⁷⁹ Convention de La Haye de 1970, art. 4 paragraphe 2 ; Convention de Montréal de 1970, art. 5 paragraphe 2 ; Convention de New York de 1973, art. 3 paragraphe 2 ; Convention de New York de 1979, art. 5 paragraphe 2 ; Convention de Vienne de 1980, art. 8 paragraphe 2 ; Convention de Rome de 1988, art. 3 paragraphe 4 ; Convention de New York de 1997, art. 6 paragraphe 4 ; Convention de New York de 1999, art. 7 paragraphe 4 ; Convention de l'OEA de 1971, art. 5 ; Convention européenne, art. 6 ; Convention de la SAARC, art. 4 ; Convention de l'OUA, art. 6 paragraphe 4. V. aussi, J. C. MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, Coll. Travaux du CERIC, pp. 297-298.

permettra en revanche à ceux-ci d'appréhender en termes de droit interne les crimes internationaux. En dehors des violations graves, d'autres violations du DIH peuvent éventuellement être incriminées dans la législation nationale par le biais de l'incorporation d'une clause de renvoi aux dispositions pertinentes du DIH.

865. Mais, il est important de souligner qu'aucune responsabilité internationale n'est envisageable à l'encontre de l'auteur d'autres violations aux règles applicables dans les CAI qui ne sont pas qualifiées d'infractions graves¹¹⁸⁰. En revanche, le fait qu'elles n'engagent pas la responsabilité internationale de son auteur, c'est-à-dire ne figurent pas comme telles dans la liste des infractions graves ne suppose pas qu'elles ne revêtent pas pour autant un caractère de gravité. Elles sont définies comme étant des comportements contraires aux instruments du DIH¹¹⁸¹.

866. Pour réduire au maximum la multiplication d'actes contraires au droit, le CICR préconise le recours aux principes découlant du « *pacta sunt servanda* » réaffirmé dans l'art. premier commun aux CG. Dans lequel il est rappelé aux Etats l'obligation visant à « *respecter et faire respecter ces traités en toutes circonstances* ». Ce n'est que dans ce cas de figure qu'on peut espérer l'émergence d'une responsabilité pénale internationale pour d'autres violations du DIH. En l'absence d'une telle norme sur le plan international, il serait vraisemblablement difficile voire impossible de faire cesser d'autres violations non considérées par le DIH comme des crimes de guerre. D'où la nécessité d'incorporer en droit national de chaque Etat Partie des mesures nécessaires pour conforter le DIH. C'est plus réaliste d'envisager la cessation de tels actes par le biais de lois pénales nationales.

¹¹⁸⁰ CICR, *La répression pénale des violations aux règles du droit international humanitaire*, 19 octobre 2002, p. 3, (Sur la base d'un article paru dans la revue : " Le Comité international de la Croix-Rouge et la mise en œuvre du système de répression des infractions aux règles du droit international humanitaire", *RICR*, mai-juin 1994, No. 807, pp. 264-279).

¹¹⁸¹ Il s'agirait des agissements tels que :

- Comportements isolés, non énumérés parmi les infractions graves, mais revêtant tout de même un caractère de gravité ;
- Comportements, non énumérés parmi les infractions graves, mais revêtant un caractère de gravité par leur nombre ou leur répétition systématique, ou par les circonstances ;
- Violations "globales" par exemple, soustraire une situation, un territoire, une catégorie de personne ou de bien à l'application des Conventions ou du Protocole.

867. Il est inconfortable de constater que les violations des règles applicables dans les conflits internes ne connaissent pas la notion de « crimes de guerre » et, tout l'arsenal juridique qui en découle. En effet, toutes violations de ces règles (art. 3 commun aux CG et art. 4 du PA II) identiques à celles sensées réprimer les crimes de guerre commis lors des CAI n'imposeront pas d'obligation de sanction sur le plan international.

868. En revanche, il est assez confortable de mentionner que la loi belge du 16 juin 1993 sur les infractions graves qualifiées de « première juridique mondiale », est l'une des rares législations qui a permis à cette tendance juridique de se perpétuer¹¹⁸². Certains juristes parmi lesquels Eric DAVID, ont légitimement considéré que cette avancée remarquable de la Belgique plaçait ce dernier comme : « [...] le premier Etat à ériger spécifiquement en « crimes de guerre » certaines violations graves du droit international humanitaire commises dans un conflit armé non international »¹¹⁸³. Selon elle, sont constitutives d'infractions graves ou omissions à son art. premier (1° à 20°) les atteintes portées aux personnes protégées par les CG ou leurs PA.

869. De ce point de vue, elle a le mérite d'être évoquée ici, car en effet elle brise la barrière classique érigée avant l'adoption des CG. Dès lors que, cette dernière limitait la marge de manœuvre répressive de l'Etat quelques soient les infractions commises, de n'engager des poursuites judiciaires qu'à l'encontre de ses propres ressortissants. Or, son l'art. 7 accorde aux juridictions belges de se prononcer sur les cas d'infractions graves concernant toute personne soupçonnée de crimes internationaux et de toute nationalité. En réalité, elle octroie aux juridictions belges de nouvelles compétences qui éviteront à celles-ci de se limiter territorialement tout en n'exigeant aucun lien de nationalité.

870. Toujours pour les juristes, les nouvelles compétences accordées aux juridictions belges peuvent cependant être considérées comme compatibles avec les

¹¹⁸² La loi belge sur les infractions graves du 16 juin 1993—*Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocole additionnel I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions* (16 juin 1993), in *Moniteur belge*, 5 août 1993, pp. 17751-17755.

¹¹⁸³ A. ANDRIES, E. DAVID, C. VAN DEN WIJNGAERT, J. VERHAEGEN, « Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *RDPC*, 1994, p. 1133, paragraphe 2. 24.

normes de droit international. Cependant, les poursuites pour des actes ou omissions commis à l'étranger par un étranger en situation de conflit interne respectent le principe de légalité et en particulier la condition de double incrimination¹¹⁸⁴.

871. Cet acte législatif innovateur de la Belgique a été un véritable catalyseur pour la plupart des législations de certains Etats européens et, même la législation américaine s'est mise en ordre de marche. En effet, ces Etats ont suivi une démarche très semblable à la Belgique¹¹⁸⁵.

872. Il est intéressant de constater qu'à la même période, c'est-à-dire en 1996 les Etats-Unis ont initié un amendement au *War Crimes Act* qui a étendu la compétence de ses juridictions nationales aux violations de l'art. 3 commun au CG. Toute violation de cet art. précité est d'après cette loi constitutive de « crimes de guerre »¹¹⁸⁶.

873. A la différence de la Belgique et de bien d'autres pays, principalement ceux de l'Europe, les Etats-Unis dans leur révolution législative de 1996 ne considère pas valable le concept de « crimes de guerre » aux conflits internes, tel qu'il est appréhendé en droit international. Toutefois, il est symptomatique de constater que la législation américaine place au même diapason les violations de l'art. 3 commun aux CG, avec la commission d'infractions graves aux CG.

874. La présentation par les Etats-Unis d'un autre projet d'amendement en parallèle de celui-ci n'a pas non plus apporté de changements escomptés. En ce sens qu'il n'est parvenu à introduire le principe de la compétence universelle comme l'avait fait la Belgique. De ce fait, il conserve par conséquent la déficience qu'avait la législation américaine à l'égard du système établi par les CG en matière de violations graves. Néanmoins, il est important de reconnaître le soutien apporté par les Etats-Unis de l'élimination des obstacles qui imposaient des limites à la compétence des

¹¹⁸⁴ A. ANDRIES, E. DAVID, C. VAN DEN WIJNGAERT, J. VERHAEGEN, « Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *RDPC*, 1994, pp. 1174-1175.

¹¹⁸⁵ C'est le cas notamment de l'Espagne avec son *Código Penal*, ley 10/1995, de 23 de novembre.

¹¹⁸⁶ *War Crimes Act of 1996*, Public Law 104-192, 21 August 1996. Pour l'amendement de 1997 voir aussi : *Congressional Record—Senate*, November 9, 1997, p. S12362 et *Congressional Record—House*, November 12, 1997, p. H10728.

juridictions nationales, à travers l'exigence traditionnelle de la nationalité, de l'appartenance de personnes soupçonnées aux forces armées, de même qu'à l'égard de l'art. 3 commun.

875. Enfin, le droit pénal national se dote de la capacité de sanctionner de manière suffisamment efficace des actes constituant des violations graves du DIH. Mais cette incorporation ne gomme pas pour autant la primauté du DIH sur le droit national des Etats. Ceci étant, les dispositions de la législation nationale doivent être interprétées et les lacunes qu'elles peuvent comportées comblées conformément au DIH.

2- L'apport des sanctions imposées par la jurisprudence des tribunaux nationaux en matière de répression de crimes de guerre

876. Indépendamment de la position américaine relative à l'amendement au *War Crimes Act* de 1996 et dans le cadre de l'*Affaire Tadic* dans laquelle la TPIY a vu remettre la mémoire d'*amicus curiae*, un élément de nature juridictionnelle doit d'être mentionné dans l'orientation législative qu'avait donnée les Etats-Unis dans leur loi législative de 1996¹¹⁸⁷. En se penchant sur la question des crimes de guerre dans un conflit interne, une Cour d'appel des Etats-Unis avaient suite à une action en responsabilité civile engagée par des victimes de la guerre des Balkans, en l'occurrence des Bosniaques contre Radovan KARADZIC.

877. Malgré le fait que cela soit une action civile, le raisonnement tenu par la Cour dans cette affaire mérite d'être examiné. En effet, la Cour avait tout d'abord reconnu que les actes considérés constituaient des violations du droit international,

¹¹⁸⁷ Au sujet de l'*Affaire Tadic*—V. *Submission of the Government of the United of America Concerning Certain Arguments Made by Counsel for the Accused in the Case of The Prosecutor of the Tribunal v. Dusan Tadic* (Case N°. IT-94-I-T), 17 July 1995, pp. 35-36.

ensuite elle avait reconnu la compétence des juridictions américaines en vertu de l'*Alien Tort Act* de 1789. Elle s'est prononcé également sur l'attribution en droit international d'une responsabilité individuelle en matière d'infractions graves aux CG. Elle a conclu que les infractions en causes présentaient un caractère particulièrement identique aux crimes de guerre, elles violaient incontestablement l'esprit conventionnel de l'art. 3 commun. Elle avait en effet logé son raisonnement dans le contexte spécifique d'un CANI, tout en admettant par conséquent l'existence d'une responsabilité individuelle. L'aboutissement de ce raisonnement de la Cour d'appel américaine et, donc celui du juge américain est en référence du jugement rendu par le Tribunal militaire international de Nüremberg au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

878. On constate enfin que, l'individualisation de la responsabilité tout en écartant en quelque sorte la juridiction du volet pénal classique. La Cour affirme solennellement la compétence des juridictions nationales américaines en matière civile à l'égard d'actes constituant des crimes de guerre. En se prononçant sur la question relative au principe de compétence universelle, elle reconnaît sa pertinence en cas de crimes de guerre. Pour la Cour, cette pertinence est d'autant plus affirmative qu'en convergence avec le droit pénal en vue d'un aboutissement à ce que : « [...] *international law also permits states to establish appropriate civil remedies* »¹¹⁸⁸. Ainsi, il ressort du raisonnement de la Cour une approbation selon laquelle le concept de crime de guerre justifié par le principe de compétence universelle, est en mesure de connaître certaines violations du droit applicable aux CANI, comme s'est prononcée la juridiction belge trois ans auparavant.

879. Le tribunal militaire suisse a été emmené à se prononcer pour la première fois en 1997 d'une affaire de crimes de guerre. Dans cette affaire, il a été reprochés des actes commis dans les Camps d'Omarska et de Keraterm où étaient internés de prisonniers et des civils. L'un d'eux était ressortissant Serbe de Bosnie, il a été accusé

¹¹⁸⁸ Court of Appeals for the Second Circuit, décision du 13 octobre 1995 en l'affaire S. Kadic c. R. KARADZIC, in *International Legal Materials*, vol. 34, 1995, p. 1601. Voir aussi les pages 1604-1605. Autres décisions en rapport avec celle-ci : U. S. District Court for the Southern District of New York, décisions du 7 septembre 1994 et du 2 décembre 1997 en l'affaire Jane Doe c. R. KARADZIC. Traduction CICR : « [...] le droit international autorise également les Etats à se doter des moyens de droit appropriés en matière civile ».

d'avoir porté atteinte à l'intégrité physique et psychique, ainsi qu'à la dignité de prisonniers et civils. Mais, le caractère peu convaincant des preuves avait par conséquent introduit un doute raisonnable aux juges, ils ont alors prononcé l'acquittement en faveur de l'accusé. Car en effet, le manque de preuves suffisantes ou de l'absence de preuves aurait influé sur la décision du tribunal en appliquant vraisemblablement le principe juridique selon lequel « *vaut mieux un coupable en liberté qu'un innocent en prison* ».

880. Dans cette affaire, deux enseignements doivent être tirés. Le premier enseignement se trouve examinant l'acte d'accusation, on ne peut que constater celui-ci se référait explicitement et non exclusivement au PA II et à l'art. 3 commun au CG. Alors même que, les actes prétendument commis ont eu lieu sur un territoire étranger, sous une juridiction étrangère, par des étrangers contre les étrangers. En plus, tout ceci se déroule le cadre d'un conflit interne, c'est-à-dire hors du territoire de la confédération, sans qu'aucune implication de citoyen suisse soit en cause. Le second enseignement est à déceler dans l'argument du tribunal, lorsqu'il estime que le conflit en ex-Yougoslavie doit être appréhendé sous un registre globale, c'est-à-dire comme un CAI. Il conclut enfin que peu importe la qualification que l'on pouvait donner à ce conflit, elle n'aurait pas créé un déterminisme particulier sur la compétence du tribunal en vertu des art. 108 et 109 du Code pénal militaire suisse¹¹⁸⁹.

881. Sur un fondement explicite des art. relatifs aux infractions inscrits dans le CG III et CG IV, associé à celui des art. pertinents du Code pénal danois. Il est important de rappeler que, la Cour danoise avait parvenu à juger puis condamner un Croate de Bosnie accusé de mauvais traitements dans un Camp de prisonniers, dans lequel il avait causé ainsi la mort de certains d'entre eux¹¹⁹⁰. Certes, tous ces actes en causes auront été commis entre Juillet et/ou août 1993 dans le cadre d'un conflit que l'on peut qualifier CANI. Ce qui est intéressant dans cette affaire, c'est justement le fait de remarquer que la Cour s'abstient à ne pas se prononcer sur la nature du conflit armé.

¹¹⁸⁹ Tribunal militaire de division 1, décision du 18 avril 1997 en l'affaire *Auditeur c. G. Grabec*.

¹¹⁹⁰ Østre Landsret (Division orientale de la Haute Cour danoise), 3^e Chambre, décision du 25 novembre 1994 en l'affaire *Procureur c. R. Saric*.

Cela supposerait que la pertinence du droit applicable au régime d'infractions graves ne doit se substituer à la qualification typologique du conflit armé¹¹⁹¹.

882. A l'instar du raisonnement danois, la France avait adopté une position quasiment identique. Mais à la différence du Danemark, elle n'avait pas mené toutefois jusqu'au stade d'un jugement sur le fond. Appelé à se prononcer sur la requête émanant d'un ressortissant bosniaque victime de mauvais traitements dans un Camp de détention serbe de la ville de Kozaraç. Le Tribunal de grande instance de Paris s'était déclarée incompétent pour connaître des chefs d'accusations de génocide et de crimes contre l'humanité. Toutefois, il admettait en revanche sa compétence pour ceux de torture et de crimes de guerre.

883. En se prononçant sur ces derniers, le tribunal se fonde sur les dispositions relatives aux infractions graves, sans s'interroger sur la nature du conflit armé et en rappelant sa compétence de l'obligation d'extrader les prévenus aux tribunaux nationaux telle que mentionnée dans ces dispositions pertinentes¹¹⁹². Le Procureur de la République ayant interjeté appel, cette ordonnance a été infirmée. Le rejet de la compétence en matière de crimes de guerre aurait été justifié au motif que les dispositions invoquées des CG ne sont pas d'applicabilité direct. En plus, aucune de ces dispositions des CG relatives aux crimes de guerre invoqués ne sont incorporée dans la législation française. C'est ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait par la suite confirmé ce jugement¹¹⁹³.

¹¹⁹¹ TPIY, Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, arrêt du 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, p. 51, paragraphe 83.

¹¹⁹² Le Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance d'incompétence partielle et de recevabilité de constitution de parties civiles du 6 mai 1994 en l'affaire E. Javor, K. Kussuran, M. Softic, S. Alic et M. Mujdzic contre X.

¹¹⁹³ Cour d'appel de Paris, quatrième chambre d'accusation, Appel d'une ordonnance d'incompétence partielle et de recevabilité de constituant de parties civiles, arrêt du 24 novembre 1994 en l'affaire E. Javor, K. Kussuran, M. Softic, S. Alic et M. Mujdzic contre X ; Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 26 mars 1996 (même affaire).

Paragraphe II : L'accomplissement des juridictions pénales internationales dans la répression des crimes de guerre

884. Le rôle joué par les juridictions pénales internationales passe par la primauté accordée aux tribunaux internationaux *ad hoc* sur les juridictions nationales dans la cadre de la répression pénale (1). La complémentarité entre CPI et juridictions nationales apporte une valeur ajoutée (2).

1- La primauté accordée aux tribunaux internationaux *ad hoc* sur les juridictions nationales dans le cadre de la répression pénale

885. Les juridictions pénales internationales ont toujours été des juridictions extraordinaires, créées à la suite de crimes dont la gravité exceptionnelle nécessitait une réponse, elle-même exceptionnelle, à l'encontre des principaux auteurs des crimes internationaux.

886. La création des tribunaux *ad hoc*, en particulier le TPIY créé par les résolutions 808 et 827 du CS des NU du 22 février au 25 mai 1993, dont le siège est à La Haye (Pays-Bas)¹¹⁹⁴. Sa compétence se limite aux actes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Il couvre quatre catégories de crimes définies dans le Statut du TPIY à savoir : les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, les violations des lois et coutumes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité. Malgré la prudence observée lors de la rédaction du Statut de ce tribunal, il est difficile de dire que son Statut est en faveur ou en défaveur de l'incrimination des violations graves commises lors des CANI. Mais, le but assigné à ce tribunal lors de son adoption par le CS des NU, apporte des éléments selon lesquels la compétence *ratione temporis*

¹¹⁹⁴ HAROUEL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 474.

définie de son Statut y compris l'orientation donnée par le CS des NU de la mixité typologique de conflits armés suppose que : « [...] le Conseil de Sécurité entendait que, dans la mesure du possible, la compétence *ratione materiae* de Tribunal international s'étende à ces deux catégories de conflits armés »¹¹⁹⁵.

887. Quant au TPIR créé par la résolution 955 du 8 novembre 1994 du CS des NU, dont le siège à Arusha (République-Unie de Tanzanie)¹¹⁹⁶. Sa compétence se limite aux actes commis sur le territoire du Rwanda ou commis par des citoyens rwandais sur le territoire d'Etats voisins au cours de l'année 1994. Comme le TPIY, il couvre lui aussi quatre catégories de crimes : le génocide, crimes contre l'humanité et violations de l'art. 3 commun aux CG de 1949 et de leur PA II dont les règles applicables au CANI sont clairement énoncées¹¹⁹⁷. Contrairement à l'adoption du Statut de la TPIY, celle du TPIR a permis au CS des NU d'aller le plus loin possible. En effet, « [i]l convient de noter que, dans le Statut du TPIR, le Conseil de Sécurité est allé plus loin que dans celui du TPIY dans le choix du droit applicable et a exclus dans la compétence *ratione materiae* des instruments qui n'étaient pas nécessairement considérés comme faisant partie du droit international coutumier ou dont la violation n'était pas nécessairement généralement considérée comme engageant la responsabilité pénale individuelle de son auteur »¹¹⁹⁸.

888. Il est important de rappeler que la compétence de ces deux tribunaux *ad hoc* n'est point exclusive mais, elle paraît plutôt concurrente à celle précédemment existante des tribunaux nationaux¹¹⁹⁹. Ces tribunaux pénaux ont néanmoins la primauté sur les juridictions nationales¹²⁰⁰. Cette primauté permet aux tribunaux

¹¹⁹⁵ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, arrêt du 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, p. 47, paragraphe 78.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 475.

¹¹⁹⁷ V. l'adoption de l'article 4 relatif aux violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II, le Conseil de Sécurité fait un acte de foi concernant l'existence actuelle d'une norme attribuant une telle responsabilité pénale individuelle.

¹¹⁹⁸ Nations Unies, *Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de Sécurité*, 13 février 1995, Doc. ONU S/1995/134, pp. 3-4, paragraphe 12.

¹¹⁹⁹ C. LAUCCI, « Juger et faire juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire, *CICR*, vol. 83, N° 842, 2001, p. 418.

¹²⁰⁰ L'art. 9 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dispose : « 1. Le Tribunal international et les juridictions sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er}

internationaux de demander à tout moment aux juridictions nationales de se dessaisir en leur faveur. En cas de dessaisissement par les juridictions nationales, les poursuites engagées devant les juges nationaux sont interrompues et le dossier est par conséquent transmis directement au tribunal international. Elle comporte implicitement l'autorité négative de chose jugée devant les juridictions nationales, des jugements rendus par les Tribunaux internationaux en s'attachant ainsi au principe *non bis idem*¹²⁰¹.

889. En outre, il est toujours possible que les juridictions nationales se prononcent sur le sort des auteurs d'infractions graves relevant de la compétence de ces deux tribunaux internationaux. Mais cela est possible lorsque ces tribunaux internationaux n'interviennent pas pour imposer leur primauté. Toutefois, les jugements de ces juridictions nationales sont dotés de l'autorité négative de chose jugée devant les tribunaux internationaux. A moins que, les poursuites soient entachées de tromperie ou a été menées sous une qualification erronée¹²⁰².

890. Quoi qu'il en soit, ces tribunaux pénaux ont apporté de par la délivrance des actes d'accusation, des mandats d'arrêts, des décisions prises en première instance, une contribution considérable au développement du droit pénal international¹²⁰³.

891. Ces tribunaux pénaux internationaux ont été des instances pénales de grande importance dans la lutte contre l'impunité. De ce fait, ils ont renforcé la mise en œuvre du DIH. Leurs activités allaient normalement prendre fin au plus tard le 31 décembre 2014¹²⁰⁴. C'est le Mécanisme des Nations Unies pour les travaux pénaux

janvier 1991 », « 2. Le Tribunal international à la primauté de juridiction sur les juridictions nationales (...) », l'art. 8 du Statut du Tribunal pour le Rwanda reprend la même règle.

¹²⁰¹ P. WECKEL, « L'institution d'un Tribunal pénal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI*, 1993, pp. 232-261 ; S. SZUREK, H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir), *DIP*, Pedone, Paris, 2000, pp. 728-729.

¹²⁰² Voir art. 10, paragraphe 2 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie ; art. 9, paragraphe 2 du Statut du Tribunal pour le Rwanda.

¹²⁰³ Plusieurs chroniques de l'activité des deux tribunaux pénaux internationaux existent. Voir notamment H. ASCENSIO/R. MAISON, *Annuaire Français de droit international* ; A. M. LA ROSA/F. Patel KING, *European Journal of international Law* ; C. LAUCCI, *L'Observateur des Nations Unies*.

¹²⁰⁴ En vertu de la résolution 1966 du Conseil de Sécurité des Nations Unies en date du 22 décembre 2010.

internationaux (MTPI) qui devrait assurer la continuité d'un certain nombre des fonctions essentielles des deux tribunaux dans le cadre de leur stratégie d'achèvement des travaux. Il faut avouer que la jurisprudence de ces tribunaux a eu un impact non négligeable sur l'interprétation et la clarification de certaines normes du DIH.

Il suffit de se pencher sur l'évolution apportée dans la reconnaissance de l'existence de crimes de guerre dans les CANI. Cette reconnaissance représente une avancée incontestable dans la lutte contre l'impunité.

892. Dans sa décision du 2 octobre 1995 en l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel du TPIY en répondant sur la question de la défense relative au caractère interne du conflit, conteste l'application des art. 2 (infractions graves aux Conventions de Genève de 1949), 3 (violations des lois ou coutumes de guerre) et 5 (crimes contre l'humanité). A propos du premier art. attaqué par la défense, la Chambre indique que le régime des infractions graves, auquel est fait renvoi se limite aux personnes et biens protégés par la CG. Dans ce cas, il ne saurait être considéré comme s'appliquant aux conflits armés couverts par l'art. 3 commun. Par conséquent, elle adopte une position rigoureuse sur ce point en affirmant que cette interprétation résulte de l'unique lecture possible des dispositions pertinentes. Cette position s'apparente à la mémoire d'*amicus Curiae* des Etats-Unis. Toutefois, elle nuance sa position lorsqu'elle déclare qu'« [...] un changement du droit coutumier relatif à la portée du régime des « infractions graves » pourrait se concrétiser progressivement »¹²⁰⁵.

893. A propos de l'art. 3 du Statut, la Chambre souligne que l'interprétation faite de cette disposition est le fait qu'elle soit considérée comme une « clause générale » donnant ainsi la possibilité de couvrir l'ensemble des normes qui répondent aux critères qu'elle énumère¹²⁰⁶. Elle examine ainsi une série des normes coutumières

¹²⁰⁵ TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, arrêt du 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, pp. 50-51, paragraphe 83.

¹²⁰⁶ Pour faire l'objet de poursuites aux termes de l'article 3, le comportement doit porter atteinte à une norme du droit international humanitaire de caractère coutumier (ou conventionnel, selon conditions), la violation doit être grave et entraîner la responsabilité pénale individuelle de son auteur, voir Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, arrêt du 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, pp. 56-57, paragraphe 94.

relatives au CANI avant de se prononcer sur la question relative à la responsabilité pénale individuelle.

894. Sur ce dernier point, elle admet l'existence d'une règle coutumière qui l'amène à la conclusion selon laquelle : « [é] tant donné l'intention du Conseil de sécurité et l'interprétation logique et systématique de l'art. 3 ainsi que du droit international coutumier, la Chambre d'appel conclut qu'aux termes de l'art. 3, le Tribunal international est compétent pour connaître des infractions présumées figurant dans l'acte d'accusation, qu'elles aient été commises dans un conflit armé interne ou international »¹²⁰⁷.

895. Ainsi, on peut déduire suivant le raisonnement de la Chambre qu'il existe des crimes de guerre même en cas de CANI. Il semble cependant délicat pour la Chambre d'admettre clairement au vu de l'état actuel de notre droit positif, l'existence évidente d'infractions graves dans ces conflits armés. En revanche, la position singulière du Juge ABI-SAAB apporte une nette pertinence : « [...] sur la base des matériaux présentés dans la décision elle-même, un solide argument peut être avancé en faveur de l'application de l'article 2, alors même que l'acte incriminé intervient dans un conflit interne »¹²⁰⁸. Cette évolution allant de l'interprétation « ancienne » des infractions graves à une interprétation plutôt « nouvelle » s'explique par la transition de la « pratique traditionnelle » du droit et de l'*opinio juris* des Etats Partie aux CG, en incluant les le régime d'infractions graves aux CANI. Par conséquent, la « pratique moderne » du droit établie « [...] une nouvelle règle coutumière subsidiaire aux conventions, étendant le régime des « infractions graves » aux conflits internes »¹²⁰⁹.

¹²⁰⁷ On notera dans son jugement du 7 mai 1997, la Chambre de première instance a essentiellement déclaré Tadic coupable au regard de charges relatives à la commission de crimes contre l'humanité et violations de l'article 3 commun. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : jugement*, 7 mai 1997, affaire n°IT-94-1-AR72, p. 303 ; Voir aussi, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, arrêt du 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, p. 79, paragraphe 137.

¹²⁰⁸ TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : Opinion séparée du Juge ABI-SAAB relative à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 octobre 1995, affaire n°IT-94-1-AR72, p. 6.

¹²⁰⁹ TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : Opinion séparée du Juge ABI-SAAB relative à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 octobre 1995, affaire n°IT-94-1-AR72, p. 7.

2- La complémentarité entre la Cour pénale internationale (CPI) et les juridictions nationales en matière de répression pénale

896. Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, le monde constate avec stupeur l'ampleur et la gravité des crimes perpétrés par les nazis et l'horreur de la Shoah. Ces tristes événements ont poussé des Etats Alliés à juger et punir les auteurs de ces crimes. On se souviendra de la déclaration de Saint James Palace du 12 janvier 1945, initiée par le Comité français réfugiés à Londres qui décida de collaborer afin d'assurer le châtement de tous les auteurs de ces horreurs.

897. Bien que l'idée soit née après la Première Guerre mondiale, ce n'est qu'en 1945 que furent établies les instances internationales de justice pénale. L'objectif est de leur attribuer la compétence nécessaire pour pouvoir connaître des crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale.

898. Pour y arriver, les Alliées créèrent deux juridictions à savoir : le Tribunal militaire international de Nüremberg par l'accord de Londres du 8 août 1945 et le Tribunal international pour l'extrême Orient (Tribunal de Tokyo) par une déclaration du Commandant suprême des Forces Alliées le 19 janvier 1946. Plus de vingt dirigeants nazis furent déférés au Tribunal de Nüremberg et de lourdes peines furent retenues contre eux. Quant au Tribunal de Tokyo, dans son verdict du 12 novembre 1948, le Tribunal condamna la plupart des accusés à la détention à perpétuité et huit autres furent condamnés à mort. Le souhait des Alliés était de faire de ces procès un modèle exemplaire, mais aussi un exemple pour l'avenir du monde. Il était également nécessaire d'ouvrir une nouvelle page de l'histoire pénale. Une histoire basée sur les fondements juridiques du droit pénal international moderne.

899. Très vite, les NU expriment leur volonté de conférer une extension aux juridictions de Nüremberg et de Tokyo mais, cette volonté avancée va être gelée par la guerre froide. Pour les NU, il fallait se fonder sur le Statut et la juridiction du Tribunal

de Nüremberg en s'appuyant sur les résolutions du 11 décembre 1946. Mais le contexte spécifique qui prévalait pendant la guerre froide était absolument incompatible à la création d'une justice pénale internationale pendant la guerre froide. La procédure engagée afin de parvenir à la matérialisation d'une telle création s'enlisa, et ce, jusqu'à la chute du mur de Berlin. En effet, il fut à nouveau question de créer une CPI un demi-siècle plus tard, précisément à la fin de la Guerre froide.

900. Ainsi, huit ans après la chute du mur de Berlin (Janvier 1997), l'AG des NU appelait à la tenue d'une conférence diplomatique des NU pour la création d'une CPI. Un an après (17 juillet 1998) la conférence des NU achevait ses travaux à Rome. Il est donc important de rappeler que, l'urgence de la mise en place de cette instance était soulignée par des crimes perpétrés en ex-Yougoslavie et au Rwanda contre des civils. Entre temps, les atrocités massives commises dans ces deux pays avaient incité les NU à créer deux tribunaux *ad hoc*, en 1993 et 1994 respectivement.

901. Tout part de la conférence de Rome qui s'est tenue du 15 juin au 17 juillet 1998 qui créait la CPI permanente dont la compétence lui permettait de juger les crimes internationaux graves, indépendamment du lieu où ils sont commis. Son statut est alors adopté en juillet 1998 à Rome dont le siège est à La Haye. Après sa ratification par le soixantième Etat, cette institution voit le jour le 11 avril 2002, et son statut est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Elle fonctionne comme une organisation internationale et dispose d'une « [...] *personnalité juridique internationale. Elle a aussi la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission* »¹²¹⁰.

902. Faute d'avoir une définition universellement acceptable, le terrorisme a été exclu de la compétence de la CPI¹²¹¹. Comme le souligne clairement Ghislaine DOUCET « *Les Etats ont renoncé, au moins provisoirement, à l'instauration d'une réponse pénale universelle au terrorisme* »¹²¹². Toutefois, commis en période de guerre comme

¹²¹⁰ Art. 4 al. 1 du Statut de la CPI.

¹²¹¹ A. VERDEBOUT, « La définition coutumière du terrorisme d'Antonio CASSESE : De la doctrine au Tribunal spécial pour le Liban », *Droit et Société*, 2014, pp. 713-714.

¹²¹² G. DOUCET, « Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes », *RIDP*, vol. 76, 2005/3, p. 251.

en temps de paix, les actes de terrorisme sont prévus, définis, et incriminés par le droit international. De toute façon, la perpétration d'un crime international entrainerait *ipso facto* la compétence universelle¹²¹³. En revanche, la CPI est compétente en matière d'infractions aussi graves que les actes de terrorisme parmi lesquelles des crimes de guerre¹²¹⁴.

903. Dans l'exercice de sa compétence, la CPI est complémentaire des systèmes nationaux de justice pénale.

904. Aucune disposition du Statut de la CPI n'exonère les Etats de l'obligation qui leur incombent en vertu du droit international coutumier et, des instruments de DIH existants permettant ainsi d'enquêter sur les crimes de guerre qui auraient été commis soit par leurs ressortissants soit par leurs forces armées ; ou encore sur leur territoire—ce qui les obligerait d'en poursuivre les auteurs. Pour atteindre cet objectif, il est nécessairement souhaitable que chaque Etat se dote d'une législation pertinente capable de sanctionner le cas échéant les auteurs de crimes internationaux.

905. Dès lors que l'Etat se trouve dans l'incapacité ou s'abstient d'engager des poursuites contre des criminels de guerre présumés qui relèvent de sa juridiction, la compétence de la CPI se substitue légitimement à la compétence nationale en vertu du principe de complémentarité. La substitution de la CPI aux juridictions nationales intervient donc en dernier ressort lorsqu'aucune poursuite à l'encontre des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes internationaux n'est engagée¹²¹⁵. Autrement dit, l'intervention de la CPI est justifiée dans ce cas par l'incapacité ou l'absence patente de l'intention de l'Etat à s'acquitter convenablement de son obligation qui lui incombe de réprimer et punir les violations graves¹²¹⁶. Il est donc de la responsabilité des Etats

¹²¹³ CDI, Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 5 juillet 1996, *ACDI* (Ann. CDI, 1996, vol. II, p. 15-16 ; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford : OUP, 2003, pp. 293, 294 ; E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 250, 252 ; v. aussi : C. BASSIOUNI, « Universal Jurisdiction for International Crimes : Historical Perspective and Contemporary Practice », *VJIL* (Va. J. Int'l L.), 42, Fall 2001, pp. 81-162.

¹²¹⁴ Art. 8 du Statut de la CPI.

¹²¹⁵ Art. 17 paragraphe 1 (a) du Statut de Rome de 1998 de la CPI.

¹²¹⁶ CICR, « Le rôle des Etats dans la répression des violations du droit international humanitaire », interview du 27 octobre 2010, p. 2,

de « *soumettre à sa juridiction criminelle des responsables des crimes internationaux* »¹²¹⁷. D'où, la nécessité pour les Etats de disposer d'un système de répression plus efficace pour pouvoir apporter des réponses adéquates aux problématiques relatives aux crimes internationaux.

906. En devenant Partie au Statut de la CPI, les Etats acceptent la compétence de celle-ci à l'égard des infractions graves visées par les CG et de son PA I. De même, qu'une série de violations graves du DIH dont certaines sont justement considérées comme des crimes de guerre qu'elles aient été commises dans un CAI ou non international¹²¹⁸. Enfin, la typologie des conflits n'importe nullement, car il n'est absolument pas déterminant dans ce cas précis.

907. Pour espérer apporter une réponse répressive efficace, les Etats doivent disposer d'une législation pertinente. Elle doit être conforme aux exigences du DIH et du Statut de la CPI. Seule une législation adéquate permettra aux Etats de mener efficacement des enquêtes, des poursuites pénales et, de pouvoir juger toute personne prévenue d'un crime de guerre.

908. Une chose est certaine, cette structure judiciaire n'est pas exempte de toute critique de la part de certains Etats. En effet, sous l'impulsion du président Kényan Uhuru KENYATTA, l'Union Africaine (UA) a adopté, le 31 janvier, à l'issue de son 26^e Sommet, une proposition ouvrant la voie à un possible retrait en bloc des Etats africains de la CPI. L'argument d'une Cour qui ne s'en prend uniquement aux africains a fait son chemin pour arriver à cette annonce historique à Addis-Abeba. Une annonce qui survient au lendemain de l'ouverture du procès de Laurent GBAGBO à La Haye.

909. Certes, les Etats-Unis n'ont pas ratifié le Statut de Rome mais, d'autres procédures judiciaires émanant de la CPI pouvant néanmoins inquiéter certaines personnalités américaines suite à des infractions commises en Afghanistan puis en

<https://www.icrc.org/fre/ressources/documents/interview/2010/penal-repression-interview-2010-10-26.htm>

¹²¹⁷ Ainsi rappelle le Préambule du Statut de la CPI.

¹²¹⁸ La CPI n'est pas compétente pour juger de faits survenus lors de troubles ou de tensions internes (Art. 8 al. 1 du Statut de la CPI).

Irak. En dehors de la CPI, il était possible avec la volonté des NU d'envisager la création d'une Cour pénale spéciale comme fut le cas au lendemain des atrocités commises lors de la guerre des Balkans ou lors du génocide rwandais (TPIY et TPIR). Raison de plus, toute initiative visant à juger les individus pour des crimes internationaux n'est guère novatrice, ni celle de créer une CPI spéciale pour ces atrocités d'une rare violence en Afghanistan puis en Irak. En effet, on rappellerait qu'en 1919, le *Traité de Versailles* prévoyait la création d'un tribunal chargé de juger l'ancien Kaiser GUILLAUME II d'Allemagne. Un an après, le Conseil de la SDN demandait à un Comité de juristes d'élaborer un projet de Cour permanente internationale de justice criminelle (CPIJC) compétente pour juger *les crimes contre l'ordre public international et le droit des gens universel, qui lui seront déférés par l'Assemblée plénière de la SDN ou par le Conseil de cette société*. Malheureusement, cette proposition fut rejetée par le Conseil de la SDN qui la jugera trop prématurée¹²¹⁹. L'absence d'initiative concrète dans ce sens renforce la légitimité qui entoure l'idée selon laquelle le sort des sanctions pénales est exclusivement réservé à certains ressortissants d'une partie du monde.

910. Il est important de reconnaître que la CPI est critiquable à bien des égards. En effet, son attitude incohérente sur le cas KENYATTA, son échec patent concernant Omar AL-BACHIR en juin 2015. Elle fait également preuve d'une incapacité étonnante vis-à-vis des individus responsables d'atrocité. Ces insuffisances sont des marqueurs de ses limites.

911. N'étant pas parvenue à mettre fin à l'existence des tribunaux pénaux *ad hoc* à cause notamment de différentes situations (Sierra Léone, Cambodge, Bosnie, Liban), la CPI a de ce fait relancé le débat sur le principe de la juridiction universelle pour les crimes de guerre. Il est trop tôt pour juger de l'impact de ces développements.

912. L'universalité de la répression (Section II) permet de « distiller » en quelque sorte la compétence juridictionnelle à un nombre important de juridictions de plusieurs Etats afin de faciliter et d'accélérer les procédures répressives.

¹²¹⁹ C. BASSIOUNI, « International Criminal Justice in Historical Perspective : The Tension Between States Interests and the Pursuit of International Justice », in A. CASSESE (éd.), *The Oxford Companion to international criminal justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009 ; R. KOLB, *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn Bruylant, Bâle, 2008, pp. 27-50.

Section II : De l'universalité de la répression universelle des infractions graves au droit international humanitaire

913. Le régime de répression internationale relatif aux infractions graves a montré sans le moindre doute son insuffisance quant à son efficacité. Il y a donc urgence sur l'obligation de l'effectivité de la répression internationale en matière d'infractions internationales (Paragraphe I). Car, l'insuffisance du système de répression internationale semble patente (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'obligation de l'effectivité de la répression internationale en matière d'infractions internationales

914. La justice internationale a connu un développement réjouissant dans les années quatre-vingt-dix avec notamment la création de la CPI¹²²⁰. Mais ce développement n'a pas à lui seul réglé de façon définitive l'épineuse question de la pertinence de la répression internationale. Car, le problème de l'effectivité de la répression internationale à laquelle la justice internationale est le fil conducteur n'est pas totalement résolu. Force est de constater que, cette répression internationale tant recherchée dans la subordination de l'efficacité de la justice internationale n'a pas été démontrée à l'issue de la « guerre contre le terrorisme ». Si bien qu'on constate très vite que l'expression dite de « guerre contre le terrorisme » prendre la place de l'expression traditionnelle de « lutte contre le terrorisme » à laquelle le droit international a accordé une place et un sens dans son jargon.

¹²²⁰ L. NEEL, « Juridiction internationale des criminels de guerre : la solution aux violations graves du droit international humanitaire ? », *Criminologie*, vol. 33, n°2, 2000, p. 152. URI : <http://id.erudit.org/iderudit/004737ar>

915. En plus, on peut modestement constater que la faiblesse du système de répression internationale a également façonné à sa façon le concept de guerre et, ainsi que celui de conflit armé dont les conséquences ont engendré de sérieux problèmes en droit applicable dans cadre de la « guerre contre le terrorisme ». Ce cafouillage terminologique avait poussé les juristes dans des prises de positions inconfortables et antagonismes.

916. En tout état de cause, toute règle juridique a besoin de l'efficacité. Cette efficacité elle doit en partie à l'application de sanctions dès qu'elle a été violée. Les sanctions l'accompagnent dans son processus de sa mise en œuvre. Par ailleurs, il peut sembler surprenant que le DIH ait développé un mécanisme de sanctions, dans la mesure où son but étant celui de protéger la victime et non de punir le coupable. En effet, l'effet plus ou moins dissuasif de la sanction n'est qu'à son avantage afin de garantir son respect.

917. Les CG de 1949 se sont référées à certaines normes prévues par les législations nationales dont la plupart d'entre elles étaient d'ores et déjà prévues par d'autres Conventions internationales (La Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, 6 juillet 1906 et la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre). De même que, la procédure d'enquête avait été conservée comme telle quelques années plus tôt¹²²¹. C'est donc dans cet esprit que les sanctions vis-à-vis des responsables d'infractions graves relatives à la « guerre contre le terrorisme » devaient être prises à l'égard de ceux-ci. Car, la portée de la qualification de certains faits d'infractions graves exige une répression universelle en réponse à la commission d'infractions graves.

918. Le fait que certains militaires américains fassent l'objet de répression nationale n'empêcherait pas la mise en place de la répression internationale¹²²². C'est dans ce sens que la justice française a ordonné l'audition de l'ex-commandant

¹²²¹ Art. 52 CG I, art. 53 CG II, art. 132 CG III, art. 149 CG IV, (Tous ces articles demeurent applicables à toute violation alléguée des Conventions et s'appliquent aussi à toute violation alléguée du présent protocole) ; voir aussi l'esprit de l'art. 90 PA I.

¹²²² V. HAROUEL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 456.

américain de Guantanamo, le général Geoffrey MILLER, à la demande de deux anciens détenus français¹²²³.

919. Force est de penser que, la fameuse Commission internationale d'établissement des faits créée par les PA du 8 juin 1977 et, qui avait pour mission d'enquêter sur des éventuelles infractions ou violations graves a normalement l'obligation de faire son travail en toute impartialité dès lors que la commission d'infractions graves est avérée¹²²⁴. Cette Commission n'a pas pour vocation de sanctionner tel ou tel présumé responsable de ces faits en causes mais, une fois sa procédure diligentée, des poursuites peuvent cependant se déclencher ; ce qui permettra ainsi l'établissement de la répression contre les responsables des faits jugés contraires au droit des conflits armés.

920. Jadis, chaque Etat punissait ses ressortissants ou les militaires ennemis tombés entre temps sous leur pouvoir lorsqu'ils avaient commis des infractions graves aux lois et coutumes de la guerre. Il se trouve cependant que ce mécanisme de répression qui s'appuie sur la loi et la juridiction nationales dépend du bon vouloir de l'Etat concerné. Il a fallu attendre la Convention 1906 pour que les Etats contractants décident d'apporter une touche d'efficacité à travers des mesures législatives nécessaires¹²²⁵. La « guerre contre le terrorisme » de par sa spécificité méritait certainement la création des tribunaux internationaux comme au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale¹²²⁶.

¹²²³ Cette audition a été ordonnée par la Cour d'appel de Paris après qu'elle ait suivi sa requête et ordonné l'audition de l'ex-général, qui dirigea le centre de détention de novembre 2002 à avril 2004. Selon Me William BOUDON, Avocat de l'un des anciens détenus français de Guantanamo, « *Le général Geoffrey MILLER est identifié dans toutes les enquêtes internationales et américaines, comme étant au cœur du dispositif de politique de torture qui était pratiquée à Guantanamo [...] il n'est pas pensable que des explications ne lui soient pas demandées. S'il refuse de venir, il faudra en tirer les conséquences* ». Force est de constater qu'un Rapport, baptisé Schmidt, et publié lui aussi en 2005, avait recommandé de sanctionner le général Geoffrey MILLER pour avoir « échoué à surveiller et fixer des limites sur l'application des techniques (d'interrogatoires) autorisées » à Guantanamo. Une recommandation que le Pentagone n'a jamais suivie.

¹²²⁴ Voir. Art. 90 du PA I.

¹²²⁵ Il s'agissait de réprimer en temps de guerre, les actes individuels de pillage et mauvais traitement (par exemple : Abou Ghraïb, Bagram et Guantanamo) envers les blessés et malades des armées, ainsi que pour punir comme usurpation d'insignes militaires, l'usage abusif du drapeau et du brassard de la Croix-Rouge.

¹²²⁶ Les Puissance alliées avaient, à cette époque, vu juste en créant ainsi les tribunaux internationaux de Nuremberg et de Tokyo pour juger les responsables de crimes contre la paix (guerre d'agression en

921. La bonne foi des Etats-Unis devait se mesurer à partir de leur capacité à réprimer les auteurs d'infractions graves au DIH avant que la Communauté internationale ne s'indigne. Non seulement les normes internationales ont été violées mais, aussi parce que les lois américaines qui régissent l'art de la guerre ont été bafouées. En outre, toute action répressive reste le monopole des Etats et, les Etats-Unis étant l'un d'eux. Faute de ne l'avoir fait, ils ont de ce fait l'obligation d'endossés la responsabilité de ces infractions graves comme l'exigent les CG¹²²⁷. Ce « gage discrétionnaire » fait appel à la bonne foi de l'Etat pour éviter que celui-ci abuse de son autorité dans son action au détriment des victimes. En effet, le PA I a, à travers son art. 11 montré l'étendue de certaines atteintes aux droits de la personne, en l'occurrence le respect de l'intégrité physique et de la santé résultant des pratiques de l'apartheid et, autres pratiques inhumaines et dégradantes fondées sur la discrimination raciale. L'art. 86 du même PA rappelle d'ailleurs que les crimes peuvent relever de notre action comme de notre omission « contraire à un devoir d'agir »¹²²⁸.

922. En vertu de certaines dispositions prévues par le DIH, la commission de certaines infractions graves au DIH au cours de la « guerre contre le terrorisme » résultaient d'action, d'omission, ou encore d'ordres donnés par la hiérarchie¹²²⁹. De ce point de vue, peut-on dire que les ordres donnés par les hauts responsables américains qui se sont soldés par des conséquences dramatiques permettaient-ils à leurs subordonnés qui les exécutaient de se dégager de toute responsabilité ? C'est le

violation du droit), de crimes de guerre (assassinats, sévices, destruction sans raisons militaires de villes ou de village, déportation, torture ou tous autres actes inhumains commis contre la population civile). Toutefois, l'Assemblée générale des nations Unies avait en 1947 essayé sans succès de faire adopter un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité. C'est dans le cadre des quatre Convention de Genève de 1949 ainsi dans le texte du Protocole I ; que le droit pénal international va connaître de nouvelles avancées.

¹²²⁷ Si l'on peut se permettre de faire la synthèse des quatre dispositions des CG (art. 50 CG I ; art. 51 CG II ; art. 130 CG III ; art. 147 IV). Sont des infractions graves celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie ou celui de le priver de ce droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.

¹²²⁸ Par exemple l'obligation de nourrir le prisonnier.

¹²²⁹ Art. 49 CG I ; art. 50 CG II ; art. 129 CG III ; art. 146 CG IV.

problème classique de l'obéissance à l'ordre reçu particulièrement sensible dans l'armée dont la discipline fait office de force principale.

923. Pour répondre efficacement à cette interrogation on devait rappeler que le fait que ces ordres aient été donnés par les hauts responsables et, exécutés par les subordonnés suivant la chaîne de commandement, n'exonère ni ces premiers ni ces derniers de leur responsabilité pénale individuelle¹²³⁰. En effet, chaque individu majeur encourt une responsabilité personnelle et pénale pour les infractions graves du DIH dont il s'est rendu coupable quelles qu'en soient les circonstances.

924. La responsabilité du combattant est d'autant plus engagée même lorsqu'il agit en exécution d'un ordre supérieur. Le DIH prend en compte le fait que les combattants agissent dans le cadre d'une agression ou d'unité hiérarchisée. Il impose des obligations précises aux combattants. Toutefois, l'obéissance aux ordres d'un supérieur ne peut pas faire écran à la responsabilité pénale individuelle pour les violations graves du DIH commises par un combattant.

925. Les individus restent personnellement responsables des crimes commis, même s'ils ont agi sur ordre. Ceci dit, tout criminel de guerre est donc personnellement, et pénalement responsable de ses actes¹²³¹. La CPI s'illustre également sur cette question relative à la responsabilité individuelle en matière de crime de génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre¹²³². Plus encore, le Tribunal de Nüremberg avait quelques années plutôt rejeté l'excuse relative à l'absence de responsabilité en raison du critère de subordination aux ordres venant du chef hiérarchique au motif que cette dernière risque de servir de refuge à l'impunité.

926. Ainsi, le CICR avait présenté un projet d'art. précisant dans le PA I que l'ordre reçu n'exonérerait pas de la responsabilité pénale. Ce projet ne fut pas abandonné

¹²³⁰ Tels que : George W. BUSH, Dick CHENEY, Donald RUMSFELD, George TENET, « *S'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction* », art. 86 al. 2 du PA I.

¹²³¹ Convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de guerre article 3 ; art. 49 CG I ; art. 50 CG II ; art. 129 CG III ; art. 146 CG IV ; art. 75. 4b, 86, 87 CG et PA I.

¹²³² Art. 25 du Statut de la CPI.

mais, il n'a pas été retenu non plus. Car en effet, les Etats avaient vu en ce texte un danger pour la discipline militaire. D'une part, on peut penser que ce rejet du projet proposé par le CICR avait pour objectif d'écarter la règle dégagée par le Tribunal de Nüremberg. D'autre part, cette base juridique posée par ce dernier serait considérée comme une règle coutumière applicable hors du champ d'application des Conventions internationales.

927. Cette impérativité montre qu'il y a affaiblissement de la coopération dans le cadre de l'extradition et de l'entraide judiciaire en matière répressive (1). De même, L'échec de la compétence universelle en matière de répression internationale (2).

1- L'affaiblissement de la coopération dans le cadre de l'extradition et de l'entraide judiciaire en matière répressive

928. Selon les rédacteurs de 1949 et 1977, les infractions graves étant le paroxysme des violations impliqueraient nécessairement une répression universelle. C'est ainsi qu'écrivait le CICR : « *L'universalité de la juridiction pour violation graves permet d'espérer que celle-ci ne resteront pas impunies et l'obligation d'extrader concourt à l'universalité de la répression* »¹²³³. Pour le CICR, les infractions non incluses dans la catégorie « infractions graves », les Etats auront la charge de les « faire cesser ». Cette catégorisation d'infractions suivant leur gravité aussi pertinente soit-elle fait naître néanmoins une ambiguïté. En plus, cette affirmation du CICR va à l'encontre de la clarification donnée par les rédacteurs du PA I de 1977 qui rappelaient que toutes les infractions se valent, qu'elles soient graves ou non, elles doivent être réprimées¹²³⁴. Mais, le CICR justifie sa formulation en estimant qu'il s'agit de « [...] *tout ce qui peut être*

¹²³³ V. HAROUEL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 457.

¹²³⁴ Art. 85 paragraphe 1 du premier Protocole additionnel.

fait par un Etat pour éviter que des actes contraires à la Convention ne soient commis ou ne se répètent »¹²³⁵.

929. Tous les rédacteurs des différents textes conventionnels de 1906, 1929 et 1949 ont estimé que la répression universelle deviendra une réussite que si elle est sanctionnée par des juridictions nationales. C'est la raison pour laquelle les dispositions des CG de 1906 et 1929 encadrant la procédure d'enquête ont été reprises dans les CG de 1949¹²³⁶.

930. Cette procédure débouchera sur l'obligation pour les Etats de coopérer en matière d'extradition. Une extradition totalement inhérente à l'obligation *aut dedere aut judicare* qui est communément utilisée pour désigner l'obligation alternative à l'égard de l'auteur présumé des violations, « *qui est énoncée dans un certain nombre de traités multilatéraux visant à assurer la coopération internationale aux fins de la répression de certains types de comportement criminel* »¹²³⁷. L'Etat sur le territoire ou au pouvoir duquel se trouve l'auteur présumé de crimes internationaux a le droit de le juger lui-même ou encore de l'extrader pour qu'il soit jugé par une haute Partie contractante qui le réclame pour l'inculper.

931. C'est la qualification de certains faits d'infractions graves que les rédacteurs des CG de 1949 poseront des bases de l'universalité de la répression de ces infractions dites graves. L'universalité de la répression permet de faciliter des poursuites dans le cadre de la répression nationale, tout en offrant la possibilité de constituer une répression internationale. Le développement de certaines dispositions du texte de 1977 a permis la création de la Commission internationale d'établissement des faits dont la principale mission est d'enquêter en toute indépendance sur des infractions ou des violations graves du DIH¹²³⁸.

¹²³⁵ *Ibid.*, p. 457.

¹²³⁶ Art. 52 de la première Convention de Genève, art. 53 de la deuxième Convention de Genève, art. 132 de la troisième Convention de Genève, et 149 de la quatrième Convention de Genève.

¹²³⁷ C. BASSIOUNI, E. M. WISE, *Aut Dedere Aut Judicare : The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, p. 3.

¹²³⁸ Art. 90 du PA I.

932. L'art. 88 paragraphe 1 du PA I consacre la spécificité de la coopération en matière d'entraide judiciaire « *[L]es Hautes Parties contractantes s'accorderont l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure relative aux infractions graves aux Conventions ou au présent Protocole* »¹²³⁹. Pour ce faire, une assistance soutenue des Parties au PA I dans la procédure relative aux infractions graves est fondamentale pour l'intérêt de la procédure.

933. Cette assistance recommandée des Etats Partie n'est possible que dans le cadre d'une mise en place réelle et efficace à la qualité de la coopération et, de l'entraide judiciaire menées par les autorités chargées d'engager des poursuites par différents Etats Parties contre les auteurs présumés de crimes de guerre. Le DIH prévoit un système de répression pour les crimes de guerre qui repose sur le principe de la compétence universelle. Cela exige que les différentes législations nationales doivent être dotées non seulement des normes sanctionnant des violations du DIH mais, aussi adaptées en matière d'extradition et d'entraide judiciaire. Enfin, tout ceci conduira à la satisfaction des obligations posées par le DIH.

934. C'est dans le cadre de l'extradition et de l'obligation de coopération en matière d'entraide judiciaire à l'encontre des personnes soupçonnées d'infractions graves que, le Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 relatif à la protection des biens culturels en temps de conflit armés parvient à sanctionner ces auteurs d'infractions au DIH¹²⁴⁰.

935. L'intérêt de la coopération en matière judiciaire est également possible par le biais des juridictions pénales, c'est-à-dire à travers une demande auprès d'un Etat afin de permettre l'arrestation et à la remise à la juridiction pénale la personne soupçonnée d'infractions graves au DIH¹²⁴¹. Il est aussi possible que ces juridictions adressent une demande d'arrestation provisoire de l'auteur présumé des crimes sous réserve du versement des pièces à charge¹²⁴². Dans le prolongement de cette

¹²³⁹ Art. 88 paragraphe 1 du PA I.

¹²⁴⁰ Art. 18 et 19 du Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954.

¹²⁴¹ Art. 89 de la CPI.

¹²⁴² Art. 91 et 92 de la CPI.

possibilité s'ajoute le transfèrement temporaire des auteurs de crimes en vertu des dispositions pertinentes du Statut de ces institutions pénales¹²⁴³.

936. En effet, les Etats Partie sont dans l'obligation de coopérer de façon efficace avec la Cour dans l'intérêt des différentes enquêtes et poursuites éventuelles en rapport avec les crimes (parmi lesquels les crimes de guerre) en causes relevant de la compétence de la Cour¹²⁴⁴. La Cour est également en droit de solliciter l'assistance de tout Etat non Partie à son Statut, comme les Etats-Unis d'ailleurs, sur le fondement d'une entente *ad hoc*, ou d'un accord plus précis¹²⁴⁵.

937. La Cour peut également solliciter auprès d'un Etat Partie toute autre forme d'assistance que la Cour peut solliciter à un Etat dans le but de faciliter l'enquête, y compris les poursuites qui résulteront d'une telle procédure ; pourvue qu'elle ne soit contraire à la législation en vigueur de cet Etat¹²⁴⁶. D'où tout l'intérêt pour les Etats Parties d'anticiper à travers l'incorporation dans leur législation nationale les mécanismes appropriés pour que toutes ces formes de coopération judiciaire soient légalement encadrées¹²⁴⁷.

938. Les Etats non Parties au Statut de la Cour peuvent formuler une demande puis bénéficier de l'assistance de la Cour¹²⁴⁸. Certes, l'efficacité de la Cour dans une large mesure de la coopération des Etats dont le Chapitre IX de son Statut se propose de définir les modalités. On doit toutefois rappeler que les sollicitations de la Cour ne se limitent pas aux seules Etats, elle peut aussi les soumettre à l'attention des Organisations intergouvernementales ; telle que la Cour américaine des droits de l'homme (CADH) concernant des infractions incombant aux Etats-Unis. Plus précisément, les retombées de ses interventions militaires au lendemain des attentats du 11 septembre 2001¹²⁴⁹.

¹²⁴³ Art. 93 paragraphe 7 de la CPI.

¹²⁴⁴ Art. 86 de la CPI.

¹²⁴⁵ Art. 87 paragraphe 5 (a) de la CPI.

¹²⁴⁶ Art. 93 paragraphe 1 de la CPI.

¹²⁴⁷ Art. 88 de la CPI.

¹²⁴⁸ Art. 93 paragraphe 10 CPI.

¹²⁴⁹ Art. 87 paragraphe 6 CPI.

2- L'échec de la compétence universelle en matière de répression internationale

939. L'Etat est compétent en matière d'édiction des lois (compétence législative). De les interpréter ou de permettre leur application (compétence déclarative). Il peut aussi en vertu du droit international statuer sur des cas extraterritoriaux via l'application étendue de sa loi nationale. Toutefois, la compétence d'exécution dont dispose l'Etat reste territorialisée à sa souveraineté.

940. Le droit pénal reconnaît à l'Etat l'attachement d'un certain nombre de principes qui permettent à celui-ci de jouir des prérogatives engendrées par la « compétence extraterritoriale »¹²⁵⁰. La compétence universelle permet ainsi à une juridiction de connaître des crimes sans être entravée par l'exigence imposée par la nationalité de la personne présumée responsable d'infractions graves.

941. Dans la pratique des Etats, l'incorporation de la compétence universelle dans les textes législatifs nationaux (compétence universelle législative) est souvent préférée à la poursuite suivie d'un jugement des personnes prévenues directement sur la base du droit international (compétence universelle déclarative). En effet, la première semble plus « complète » que la deuxième en ce sens qu'elle ouvre la voie à une enquête et au jugement. Néanmoins, un tribunal pourrait en principe fonder sa compétence directement sur le droit international et exercer une compétence universelle déclarative sans aucune référence à la législation nationale.

942. La compétence universelle en matière de crimes de guerre est juridiquement encadrée par des normes prévues par le droit conventionnel et le droit international coutumier.

¹²⁵⁰ Parmi ces principes figure la compétence relative à des actes :

- commis par des personnes ayant la nationalité de l'Etat en question (*principe de nationalité, ou compétence personnelle active*) ;
- Commis contre des ressortissants de l'Etat en question (*compétence personnelle passive*) ; ou
- affectant la sécurité de l'Etat (*principe de protection*).

943. Plusieurs dispositions conventionnelles sont ainsi prévues par les CG de 1949 pour réprimer toutes violations qualifiées d'infractions graves¹²⁵¹. Il revient aux Etats de tout mettre en œuvre pour que les auteurs de ces crimes, peu importe leur nationalité, soient déférés devant les tribunaux, où encore extradés pour qu'ils soient en effet jugés par un autre Etat Partie qui retient contre lesdits auteurs des charges suffisantes¹²⁵². Les Etats ont non seulement le droit d'enquêter ou d'engager des poursuites contre les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes sur leur territoire mais, aussi contre celles qui se trouvent en dehors de leur territoire.

944. En dehors des CG, d'autres instruments pertinentes du DIH tels que la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ainsi que son PA II, et le PA I de 1977 aux CG de 1949 font référence au principe de la compétence universelle. En vertu de l'obligation identique à celle prévue par la CG de 1949, la Convention de La Haye de 1954 impose aux Etats Parties de réprimer toutes violations graves de ces dispositions sur la base du principe de la compétence universelle. De même que, le PA I aux CG de 1949 en qualifiant des infractions graves de crimes de guerre, il élargit le principe de la compétence universelle aux infractions graves et par conséquent aux normes régissant la conduite des hostilités¹²⁵³.

945. Contrairement au droit conventionnel, le droit coutumier élargit le champ d'action de la compétence universelle à toutes les violations des lois et coutumes de la guerre consécutives aux crimes de guerre. Dans ce registre, on inclurait aussi certaines violations graves du droit applicable aux CANI¹²⁵⁴. Par conséquent, en dehors des infractions graves qualifiées de crimes de guerre, le droit coutumier n'exige pas aux Etats d'exercer la compétence universelle. Ils ont de ce fait une marge de manœuvre leur permettra d'exercer ou pas cette « prérogative » universelle.

946. Enfin, le Préambule du Statut de Rome de 1998 de la CPI réaffirme l'obligation principale des tribunaux nationaux pour juger des crimes de guerre. Pourtant son adoption intervient au moment où l'application de la compétence

¹²⁵¹ Respectivement, art. 49, 50, 129 et 146.

¹²⁵² En vertu du principe *aut dedere aut judicare*.

¹²⁵³ L'art. 85 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949.

¹²⁵⁴ Art. 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et leur Protocole additionnel II de 1997.

universelle en matière d'obligation de répression des crimes de guerre faisait d'ores et déjà de la pratique internationale.

Paragraphe II : L'insuffisance du système de répression internationale

947. Cette insuffisance démontre l'inefficacité de la répression internationale en cas d'infraction graves au DIH (1), consacrée par l'impunité avérée dont jouissent les auteurs d'infractions graves au DIH (2).

1- L'inefficacité de la répression internationale en cas d'infractions graves au droit international humanitaire

948. Le CICR, garant des CG, assimilait jadis les infractions graves au DIH à des délits de droit commun¹²⁵⁵. il faut rappeler que, la pertinence des CG se subordonne à la volonté des Etats à légiférer des mesures spécifiques destinées à poursuivre les auteurs des infractions en cause. En effet, les rédacteurs de 1949 à la différence de ceux de 1906 et 1929 ont quant à eux visé le principe répressif à dimension universelle pour les infractions qualifiées de graves. Il peut amplement penser que, cela reste dans le droit fil de la démarche menée par le CICR en défendant le principe de la création d'une CPI. Mais seulement, la CPI à moins d'une saisine par le CS ne peut agir que si le territoire où a été commis le crime ou si son auteur présumé est celui de l'Etat ayant reconnu la Cour. Or, les Etats-Unis ne sont pas partie au Traité de Rome de 17 juillet 1998, car le Congrès américain ne l'avait jamais ratifié.

¹²⁵⁵ V. HAROUEL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 451.

949. En revanche, une solution peut cependant se dégager à cet effet via l'instauration par le CS d'un nouveau tribunal international *ad hoc* comme ceux créés en 1993 et en 1994 pour juger les crimes de guerre dans l'ex-Yougoslavie et le Rwanda¹²⁵⁶. En conséquence, il sera peu évident que la France, la Russie soient favorables à une telle initiative au motif que celui-ci risque de débiller au grand jour les appuis que ces pays ont apportés au régime de Saddam HUSSEIN. De même que, les Etats-Unis ne seront pas eux-mêmes favorables à l'instauration d'un tel tribunal international *ad hoc*¹²⁵⁷.

950. Les Etats-Unis devaient normalement prendre des mesures nécessaires pour que les forces américaines engagées dans la « guerre contre le terrorisme » respectent scrupuleusement les CG. C'est d'ailleurs tout l'intérêt que prévoyait le projet de 1874 élaboré par Moynier dans lequel il exhortait aux Etats de prendre « *les dispositions nécessaires pour que leurs troupes connaissent et observent la présente Convention* », et qu'ils « *s'engagent (...) à édicter des peines contre ceux qui la violeraient et à punir les coupables* »¹²⁵⁸. Malheureusement, toutes ces possibilités prévues pour éviter le pire n'ont jamais à tout égard été suivies d'effet. Conséquence, des nombreuses vies périssaient à cause de la négligence humaine orchestrée par les Etats-Unis au lendemain des attaques du 11 septembre 2001.

951. La mise en place d'une répression universelle serait beaucoup plus pertinente que celle émanant de la souveraineté de l'Etat. En effet, la procédure d'enquête introduite 20 ans plutôt soit en 1929, avait montré toute sa pertinence¹²⁵⁹. La qualification soutenue de certaines infractions a favorisé l'établissement d'une universalité de la répression de ces actes contraires au droit conventionnel. En suivant

¹²⁵⁶ Les tribunaux internationaux existent depuis que le système international moderne a été mis en place, et leur rôle est de régler les différends entre Etats ou parfois entre d'autres acteurs internationaux. Toutefois, c'est essentiellement à partir des procès de Nüremberg qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale que des tribunaux *ad hoc* devant juger des individus accusés de crimes ont été créés pour que soient poursuivies les infractions pénales qui sont au cœur du droit international, à savoir le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. (<http://www.icrc.org/fre/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/index.jsp>)

¹²⁵⁷ Voir, M. SEMO : « Justice à l'américaine pour les crimes de guerre. Les Etats-Unis estiment inutile le recours à un tribunal international », *Libération*, 18 avril 2003. <http://www.liberation.com/page.php?Article=104700> (Consulté le 29/07/2005).

¹²⁵⁸ V. HAROUEL-BURELOUP, *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, pp. 452-453.

¹²⁵⁹ Voir à cet effet, art. 52 CG I; art. 53 CG II; art. 132 CG III; art. 149 CG IV.

cette procédure, certains auteurs américains allaient être extradés. Car, elle ne se propose pas seulement de faciliter certaines poursuites au niveau national mais, aussi de pouvoir enfin favoriser la constitution de la répression au niveau international.

952. Cette procédure renvoie l'image d'égalité entre individus et entre Etats en droit international, c'est pour cette raison qu'elle est fondamentale pour l'avenir du droit international. Les rédacteurs des PA de 1977 ont apporté une avancée considérable en ce sens qu'ils ont créé la *Commission internationale d'établissement des faits* dont la mission consiste à enquêter en toute indépendance sur les infractions graves du DIH¹²⁶⁰. En cas d'absence de sanction de violations par cette institution, la mise en œuvre d'une enquête dans ce sens déclencherait les poursuites pénales suivies d'une répression contre son auteur.

953. Compte tenu de l'importance des infractions commises au cours de la « guerre contre le terrorisme », il était de l'intérêt des Etats-Unis et de la Communauté internationale d'envisager une répression universelle afin de rendre justice aux victimes de cette soi-disant « guerre »¹²⁶¹. Ne pas appliquer cette répression universelle reviendra à laisser le champ libre aux Etats-Unis et la tentation à certains Etats de continuer à ignorer ce droit, aussi longtemps que cela lui sera nécessaire.

954. Il est peu évident que les Etats-Unis s'engagent à prendre les mesures législatives nécessaires pour fixer les sanctions pénales afin de rendre répressives les infractions graves au DIH comme le prévoient certaines dispositions du CG¹²⁶². Si cette répression avait été pertinente au lendemain de la « guerre contre le terrorisme », ceux qui auront ordonné ou commis des infractions graves seraient recherchés par d'autres Etats. Plus particulièrement, ceux-là qui détenaient des charges suffisantes contre les auteurs d'infractions devant leurs tribunaux. En revanche, les personnes poursuivies allaient en vertu des dispositions prévues par le droit international bénéficier de la

¹²⁶⁰ Art. 90 PA I.

¹²⁶¹ V. G. ANDEANI, « La guerre contre le terrorisme. Le piège des mots », *AFRI*, vol. IV, 2003, p. 102 et s. (<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/FD001270.pdf>)

¹²⁶² Cf. art. 49 CG I; art. 50 CG II; art. 129 CG III; art. 146 CG IV.

protection nécessaire pour défense, et ce, malgré les charges lourdes qui pouvaient peser sur eux¹²⁶³.

955. Force est de constater que, le gouvernement américain n'a jamais ouvert une enquête criminelle digne de ce nom sur le rôle de ses hauts représentants en rapport avec les infractions graves au DIH. Il ressort de ce triste constat, la nécessité pour les Etats Parties aux CG de faire appliquer le principe de compétence universelle afin de poursuivre les anciens hauts responsables américains qui auraient été impliqués dans des violations du DIH au cours de cette « guerre ».

956. Il est clair que tout Etat qui prendrait l'initiative d'une telle importance contre les Etats-Unis doit faire preuve d'audace. Mais, il faut bien qu'un d'eux montre l'exemple pour ne pas tomber dans la « complaisance judiciaire » qui favorisera l'installation du tout contre eux sauf lui.

957. Seulement, les Etats Unis ont essayé par tous les moyens de bloquer toute poursuite contre leurs représentants devant les tribunaux étrangers. Cette méthode consiste à mettre la pression sur ces instances judiciaires étrangères pour qu'ils abandonnent des initiatives en cours, ou encore en s'attaquant directement contre les lois de ces pays initiateurs¹²⁶⁴. Le Secrétaire à la Défense, Donald RUMSFELD avait affiché son hostilité en avertissant la Belgique que les Etats-Unis se montreraient favorables au retrait du quartier général de l'OTAN à Bruxelles à moins que cette loi ne soit abrogée : « *Si les chefs civils et militaires des pays membres de l'OTAN ne peuvent venir en Belgique sans crainte de se faire harcelées par les tribunaux belges, qui font peser de fausses accusations lancées par des procureurs politisés, cela remet alors en question l'attitude de la Belgique face à ses responsabilités de nation hôte pour l'OTAN et les forces alliées* ». Sur cette même lancée, le secrétaire à la Défense aurait menacé de geler le financement américain pour la construction d'un nouveau bâtiment destiné au quartier général de l'Alliance dans la capitale belge. Puis s'en est suivies en même

¹²⁶³ Cf. Art. 82, 83, 84.

¹²⁶⁴ La première charge visait la loi belge de compétence universelle, la plus généreuse à l'époque. En 2003, des victimes présumées avaient déposé plainte en Belgique contre l'ancien président George H. W. BUSH pour une attaque, lors de la guerre du Golfe de 1991, contre un abri à Bagdad et qui avait fait plus de 400 morts.

période, les craintes d'un officier belge au sujet d'éventuel boycotte par les compagnies américaines du port d'Anvers. Pour éviter tout risque, cette loi avait été sévèrement restreinte par le gouvernement belge avant que les Etats-Unis exécutent leurs menaces.

958. Enfin, les infractions graves au DIH imputées à l'Administration Bush prouvent malheureusement que l'Amérique cherche toujours son avenir dans le passé (Guerre du Vietnam). Elle est plus que jamais exposée à commettre des mêmes erreurs. Car la montée en puissance du terrorisme impose à tout Etat à prendre des risques pour assurer sa sécurité. Ceci étant, pour éviter tout risque de répétition, il faut être sévère lorsqu'il s'agit de tirer des leçons des agissements du pouvoir exécutif. Dire que c'est du passé et qu'on s'est trompé ne suffit plus à justifier nos erreurs. Il est désormais souhaitable d'apporter une réflexion beaucoup plus poussée au sein de la société dans laquelle on vit. Car reconnaissons-le que, l'instrument essentiel de cette pédagogie serait à notre avis : la justice et la lutte contre l'impunité.

2- L'impunité avérée des auteurs d'infractions graves au droit international humanitaire

959. Depuis la création des *Military commissions* par le *Military Order* du 13 novembre 2001, ces *Military commissions* n'ont pas été mises en place pour juger les autorités américaines. La plupart d'entre elles étaient détentrices de la charge publique à laquelle elles étaient censées accomplir sans être obligées de violer les normes internationales issues des Conventions internationales auxquelles les Etats-Unis s'étaient engagés de respecter.

960. Il est de ce point de vue important de souligner que cette armada juridico-militaire américaine avait été mise en place spécialement pour juger les seuls suspects

des attentats du 11 septembre 2001, en l'occurrence les détenus de Guantanamo¹²⁶⁵. Par cette ordonnance du 13 novembre 2001, le Président George W. BUSH créait des commissions militaires spécifiquement chargées de juger les prisonniers de Guantanamo selon des règles de procédure et de preuves uniques. Cependant, il est difficile aujourd'hui de ne pas s'interroger sur la voie la plus adéquate prévue par la justice américaine et de son droit. Cette interrogation tire sa légitimité dès lors que tous les hauts responsables étaient conscients du fait que leurs décisions avaient force de loi. Malheureusement, ils sont présentement tous libres de tout mouvement aux Etats-Unis. On assiste par conséquent à une impunité généralisée. Le risque est qu'elle se transforme en une sorte de « jurisprudence morale ». En tout état de cause, la question relative à leur responsabilité se pose et se posera au sujet de l'implication de ces personnes à la commission d'infractions graves de DIH¹²⁶⁶.

961. Nonobstant la question relative à la compétence de la CPI, compétence souvent minimisée par les Etats-Unis pour des raisons qui sont les leurs, le refus catégorique de la Chambre de représentants de ratifier le statut de Rome. Il est beaucoup plus évident qu'au vue de cette difficulté, qu'une démarche allant dans le sens des poursuites contre les autorités américaines ne pourrait alors intervenir que devant des organes internes de ce pays. Cependant, il serait en revanche intéressant de s'interroger sur la portée de leur compétence.

962. Enfin, entamer un processus de justice est une démarche nécessaire pour gommer tant bien que mal les éclaboussures giclées par le scandale d'Abou Ghraïb et le « cercle vicieux » de Guantanamo. Puis tenter de recoller les morceaux de la primauté de l'Etat de droit qui a volée en éclat en cette période contre l'arbitraire planifiée par l'Administration Bush. C'est dans cette optique que l'on pourrait comprendre la déclaration de Colin POWELL, alors Secrétaire d'Etat, en avril 2004 au lendemain du scandale d'Abou Ghraïb, lorsqu'il tentait de rassurer les dirigeants du Moyen-Orient et l'opinion publique internationale « *Regardez comment l'Amérique agit. Nous ferons ce qu'il y a lieu de faire.* ». A cet instant, on pensait que tous ceux qui avaient le pouvoir de

¹²⁶⁵ US President, *Military Order on Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001.

¹²⁶⁶ Art. 85 paragraphe 2, 43 et 44 du Protocole additionnel I.

décider ou ordonner devaient répondre de leur excès de pouvoir devant la justice, symbole fort de la puissance de l'Etat de droit. Mais cette impression n'était qu'illusoire.

963. Les enquêtes menées par l'Administration Bush au lendemain de la publication des photos d'Abou Ghraïb n'avaient point d'indépendance ni la capacité nécessaire pour explorer pleinement des violations de DIH envers des personnes arrêtées puis détenues. En effet, le Département de la Défense s'était contenté d'enquêtes orientées essentiellement vers le bas de la chaîne de commandement et non vers le haut. C'est ainsi que l'on arrive à cette justice à deux vitesses qui se solderait par la condamnation de certains soldats parmi lesquels Charles GRANER.

964. Pour Mary Ellen O'CONNELL, professeure de droit international à l'Université Notre-Dame, dans l'Indiana, la place de GRANER est certes en prison mais, elle reconnaît qu'« *il y a eu des défaillances en haut lieu qui ont conduit à Abou Ghraïb et à la condamnation de GRANER, explique-t-elle. Le fait est qu'il y a de bonnes raisons de retenir la responsabilité de ces individus. Mais pourquoi ne demande-t-on pas comptes à tous ceux qui sont impliqués ?* »¹²⁶⁷. Malgré les enquêtes complètes menées par le Congrès, celles-ci n'ont elles aussi, à leur tour, pu établir de façon précise la responsabilité individuelle des personnes impliquées dans ce scandale.

965. Avant son arrivée à la Maison Blanche, disant pendant sa campagne électorale, Barack OBAMA avait affirmé qu'il devait y avoir des poursuites s'il s'avérait que « *quelqu'un a manifestement enfreint la loi* ». Ce discours n'a cependant pas eu une longue vie en ce sens qu'il a radicalement changé lorsqu'il avait exprimé sa conviction en affirmant qu'il était préférable « *de se tourner vers l'avenir plutôt que vers le passé* ». En sa qualité du premier citoyen américain, Barack OBAMA n'a pas osé engager des poursuites judiciaires à l'encontre de son prédécesseur George W. BUSH ainsi qu'à ses collaborateurs. Il a juste eu le courage de qualifier la politique menée par son prédécesseur au lendemain des attentats du 11 septembre de « *politique regrettable* ». Ces raccourcis avaient suscité de vives réactions dont celle du Directeur exécutif de

¹²⁶⁷<http://www.courrierinternational.com/article/2009/01/22/le-bou-emissaire-d-abou-ghraib>

HRW, Kenneth ROTH, « *Le Président OBAMA a traité la torture comme s'il s'agissait d'une politique regrettable alors que c'est un crime* »¹²⁶⁸.

966. On peut y lire à travers ces propos de Barack OBAMA l'absence de volonté tendant à traduire son prédécesseur devant les tribunaux américains. Ce manque de volonté résume l'existence même de cette impunité.

967. Ainsi donc, l'annonce de la nomination de John DURHAM par Eric HOLDER, procureur général des États-Unis en 2009, alors que le premier avait demandé au second de conduire l'« *examen préliminaire afin de déterminer si les lois fédérales avaient été violées dans le cadre de l'interrogatoire de certains détenus, en particulier à l'étranger* »; et il ajouta que « *Le Département de la justice ne poursuivra personne ayant agi de bonne foi et dans le cadre de l'orientation donnée par le Bureau du conseiller juridique (Office of Legal Counsel—OLC) à propos de l'interrogatoire de détenus* ». Comme par coïncidence, la déclaration du procureur général des États-Unis concordait avec celle du président OBAMA lorsque des *Torture Memos* hérités de l'Administration Bush ont été rendus publics en avril 2009 : « *En publiant, déclarait OBAMA, notre intention est d'assurer ceux qui ont fait leur devoir, en s'appuyant de bonne foi sur les avis juridiques du Département de la justice, qu'ils ne feraient pas l'objet de poursuites.* ». Il était clair qu'à travers cette déclaration, l'impunité avait déjà atteint son paroxysme.

968. Si l'on se replace dans le contexte de l'époque, on se rend très vite compte que Dick CHENEY, Donald RUMSFELD et bien d'autres personnalités conservatrices ont accru indûment les « *prérogatives impériales* » légalement attribuées à la présidence, diamétralement opposées au système des *Checks and Balances*¹²⁶⁹. Ce système inspiré par les fondateurs des États-Unis a été redéfini au lendemain du scandale du *Watergate*¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ Déclaration relative à la sortie du rapport de HRW en juillet 2011.

¹²⁶⁹ Le système de contre-pouvoirs qui permet d'éviter les abus de pouvoir.

¹²⁷⁰ Ce scandale de l'espionnage du Parti démocrate par des agents de la Maison-Blanche, lors de la campagne électorale de 1972, révéla un système de « *présidence impériale* » abusif. Il déboucha sur la démission en 1974 du président NIXON.

969. Il est évident que, bien des mesures dangereuses pour la démocratie américaine ont été prises avant George W. BUSH, mais sa doctrine et son idéologie sur lesquels il se servait pour prendre des mesures pour nourrir son Administration ont été particulièrement dangereuses à tout point de vue pour cette démocratie. Ainsi écrivait Jane MAYER « *Certains des plus grands présidents américains, y compris Abraham LINCOLN et Franklin ROOSEVELT, constate Jane MAYER, ont violé les libertés civiles au nom de la protection de la sécurité nationale. LINCOLN suspendit l'habeas corpus lors de la Guerre de sécession. ROOSEVELT interna 120 000 citoyens américains d'origine japonaise lors de la Deuxième Guerre Mondiale. Par comparaison, les transgressions du président BUSH en matière de libertés civiles au cours de la guerre contre la terreur paraissent modestes. Mais les arguments constitutionnels élaborés par les juristes de l'Administration pour justifier ses politiques ont été d'une nature inédite. Même si des présidents antérieurs ont outrepassé des limites lors de situations d'urgence, ni LNCOLN ni ROOSEVELT n'ont prétendu qu'il s'agissait là d'un droit normal et routinier du président. Sous Georges BUSH, la Maison-Blanche s'est emparée de ces aberrations historiques pour les convertir en une doctrine des prérogatives présidentielles* »¹²⁷¹.

970. Difficile de dire si les Etats-Unis ont perdu ou gagné les deux guerres (Afghanistan, Irak). Admettant qu'elles ont été gagnées. Est-ce le fait qu'ils soient victorieux a empêché toute poursuite judiciaire ? Pour le général américain Curtis LE MAY, la réponse est dans la question : « *Si nous avons perdu la guerre, nous aurions tous été poursuivis pour crimes de guerre* ».

971. On peut citer des bombardements indiscriminés et des destructions par le feu des villes allemandes et japonaises¹²⁷². On ne saurait s'empêcher de faire la parallèle historique en s'interrogeant sur les abus imputables à des démocraties occidentales. Lors de la Grande guerre on ne soustrait en rien la pertinence des procès de Nüremberg, la brutalité des bombardements de celles-ci en causant ainsi la destruction de Dresde, et le largage de deux bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki suscite des interrogations tout à fait légitimes. Des souffrances atroces des

¹²⁷¹ J. MAYER, *The Dark Side. The Inside Story of how the War on Terror turned into a War on American Ideals*, Anchor Books, New York, 2008, p. 47.

¹²⁷² Cité dans *The Fog of War* (41^e minute), un film documentaire d'Errol MORRIS sur la vie de Robert S. McNAMARA, ministre américain de la Défense à l'époque de la guerre du Vietnam.

centaines de milliers de civils pris au piège par la violence de ces lancements ne peuvent être oubliées sous aucun prétexte même au nom de la vertu démocratique ou de la « culpabilité collective » des victimes de cette guerre sanglante.

972. La guerre contre le nazisme et l'impérialisme ont été d'après certains le reflet de la « guerre juste » et les actes reprochés aux forces alliées ne soustraient en rien la légitimité d'incarner cette guerre. Rien n'a eu et de semblable avec ce conflit substituant au lendemain du 11 septembre 2001 qu'est la « guerre contre le terrorisme » ; dont on disposait à cette époque la possibilité de les éviter. Contrairement à la démarche ambiguë de certains historiens « adeptes » de la politique nazie et de sa barbarie ainsi que de la politique japonaise.

973. Ainsi donc, il est incompréhensible de dénoncer une guerre meurtrière à grande échelle d'un côté et de l'autre applaudir une campagne d'extermination d'un peuple. Bref, Dresde et Hiroshima ne relativisent pas Auschwitz ou Treblinka. Ce cas de figure illustre bien les propos de Pierre VIDAL-NAQUET au sujet de comparaison que suscitait la répression française lors de la guerre d'Algérie, « *Il m'est arrivé de céder à la fragilité*, écrivait Pierre VIDAL-NAQUET. *Le 20 septembre 1960, j'ai comparé les meurtres commis en Algérie aux chambres à gaz hitlériennes dans lesquelles avaient disparu mes parents. Il est vrai qu'en mars et avril 1957, plusieurs dizaines d'Algériens avaient été asphyxiés dans des chais. C'étaient un crime indiscutable, mais il ne relevait pas d'une pratique industrielle de la mort.* »¹²⁷³.

974. La faiblesse de ce système de répression internationale impacte considérablement sur l'état du droit d'avant le 11 septembre 2001. Et fragilise un peu plus la spécificité de ce système répressif international.

¹²⁷³ P. VITAL-NAQUET, *Mémoires 2. Le trouble et la lumière (1955-1998)*, Le Seuil/La Découverte, Paris, 1998, p. 107.

CONCLUSION GENERALE

975. Introduite par les Etats-Unis au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, l'expression dite de « guerre contre le terrorisme » avait permis à l'Administration Bush de convertir la lutte contre le terrorisme en une militarisation de celle-ci¹²⁷⁴. Cette militarisation est alors érigée en « guerre contre le terrorisme »¹²⁷⁵. Elle prétendait permettre l'extension du droit des conflits armés¹²⁷⁶. Cette prétention peut être perçue comme étant une interprétation extensive du critère de la « contribution effective » à l'action militaire, et par conséquent de la définition d'« objectif militaire ». Paradoxalement, elle récusait cette extension de champ d'application du DIH¹²⁷⁷. De ce cafouillage juridico-politique de l'Administration Bush surgissent d'innombrables questions dont celle relative à la pertinence du DIH.

976. En effet, malgré une page historique convaincante, la pertinence du DIH est de plus en plus contestée à cause de la multiplicité des actes de terrorisme qui, représentent quelque fois les causes directes des conflits armés contemporains. Ce sentiment de rejet est souvent exprimé à travers la contestation de certaines règles de ce corpus juridique.

977. Pourtant, la quasi universalité du DIH ne fait aucun doute puisqu'on compte globalement 194 Etats Parties aux CG. Né finalement de l'échec des NU en tentant de remplir pleinement son ambition visant à imposer la paix dans le monde, le

¹²⁷⁴ « The United States of America is fighting a war against terrorists of global reach. [...] The struggle against global terrorism is different from any other war in our history. It will be fought on many fronts against a particularly elusive enemy over an extended period of time ». US Government, *National Security Strategy*, septembre 2002, p. 5 : <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss.pdf>. (consulté le 10 septembre 2009).

¹²⁷⁵ *Military Order* du 13 nov. 2001 : « Des terroristes internationaux, y compris des membres d'Al-Qaïda, ont mené des attaques (...) aux Etats-Unis sur une échelle qui a créé un état de conflit armé qui requiert l'utilisation des forces armées des Etats-Unis. » (International terrorists, including members of al Qaida, have carried out attacks (...) within the United States on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of the United States Armed Forces).

¹²⁷⁶ L'intervention du Professeur Djamchid MOMTAZ lors de la 37th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law « Conduct of Hostilities: the Practice, the Law and the Future », Sanremo, 4-6 september 2014.

¹²⁷⁷ P. WECKEL, « Terrorisme et droit de la guerre : le droit de la « guerre contre le terrorisme », in Société française pour le droit international, Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales. *New Threats to International Peace and Security*, Pedone, Paris, 2004, p. 176.

DIH n'est pas seulement une « bouée de sauvetage » mais aussi un « îlot d'humanité » pour reprendre l'expression utilisée par Yves SANDOZ¹²⁷⁸.

978. De ce point de vue, pouvons-nous soutenir sans prendre le risque de se tromper que le DIH demeure toujours pertinent au lendemain des attentats du 11 septembre 2001?

979. Depuis les attentats du 11 septembre, beaucoup d'observateurs et de juristes se sont livrés à des prises de positions souvent contradictoires. En effet, ces événements ont divisé l'opinion publique internationale en trois groupes distincts.

980. Le premier s'interrogeait sur l'adaptation ou non du DIH par rapport à la dimension prise par le terrorisme international. L'idée de reformer le DIH par rapport à la spécificité des nouvelles formes de conflits¹²⁷⁹. Cela fut le cas en 1949 dont le but consistait à compléter, rationaliser, et à parfaire la réglementation juridique à la lumière des leçons de la Seconde Guerre mondiale, et de la guerre civile espagnole qui l'ont précédées.

981. Le second groupe quant à lui, pense qu'il n'y a plus de doute possible que le DIH soit enfin révisé¹²⁸⁰. Car, ces instruments juridiques internationaux n'ont pas été établis pour faire face à ce genre de phénomène si complexe. En allant dans le même sens, les membres du gouvernement canadien ont affirmé devant la Chambre des Communes que ces Conventions ont été écrites à une époque antérieure, et qu'elles ne

¹²⁷⁸ Y. SANDOZ, son intervention lors des 5 à 7 du CICR consacré à l'anniversaire des CG, « Le droit international humanitaire est-il encore pertinent ? », 7^e édition, 2009.

¹²⁷⁹ R. WEDGEWOOD, « Personal View: Prisoners of a different war: The Geneva convention applies to conventional soldiers, not to the terrorists being held at Camp X-Ray », Financial Times, (30 janvier 2002), en ligne : <http://globalarchive.ft.com/globalarchive/article.html?id=020130001411&query=camp+x->>(« were not negotiated to govern wars against piratical groups that operate internationally »

¹²⁸⁰ C. ROSETT, « POWs. CUBA : The Red Cross needs to get real. », Wall Street journal (23 janvier 2002) A 33 ; H. Kamer, « Gulliver auf Guantanamo ? », Neue Zürcher Zeitung (26/27 janvier 2002) 3 ; et certaines remarques du Secrétaire américain à la Défense Donald RUMSFELD lors d'une Conférence de presse du 8 février 2002, en ligne : U. S. Department of Defense.

http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/t02082002_t0208sd.html, ainsi que du Porte-Parole de la Maison Blanche, Ari Fleischer, dans White House, « Press Briefing by Ari Fleischer » du 28 janvier 2002, en ligne : The White House.

<http://www.whitehouse.gov/new/releases/2002/01/20020128-11.html>

s'appliquaient pas facilement aux conditions actuelles¹²⁸¹. De même, le CICR considéré comme le gardien des CG, adopte une position quasi identique¹²⁸². Il estime en effet qu'elles « *ne sont pas des tables de la loi faites pour l'éternité. (...). Avec Al-Qaida, nous sommes en train d'entrer dans une zone grise du DIH. Le droit devra s'ajuster à cette évolution de la nature de la guerre* »¹²⁸³. Dit autrement, l'apparition de nouveaux types de terrorisme oblige le droit positif à s'adapter quant aux réponses à apporter à ce « phénomène nouvelle génération »¹²⁸⁴.

Le troisième groupe table tout simplement sur l'application pure et simple des textes existants. Dès lors que, les CG et leurs PA prohibent les actes de terrorisme. Dit autrement, ces textes sont représentatifs d'acquis juridiques pour l'humanité toute entière, il n'en ait pas question de les remettre en cause.

982. Certes, il est indéniablement soutenable que le monde contemporain n'est plus celui qui prévalait au lendemain de la Seconde guerre mondiale, ni même celui imprégné par la violence des guerres de libération nationale qui ont conduit à l'adoption des PA de 1977. Le monde actuel, le nôtre, est aujourd'hui secoué

¹²⁸¹Voir par exemple, Art Eggleton, Ministre de la Défense, et Bill Graham, Ministre des affaires étrangères, voir R. Fife, « Ottawa proposes detainee deal », National Post, (5 février 2002), en ligne <<http://www.nationalpost.com>>, (5 février 2002).

¹²⁸²Y. SANDOZ, *The international Committee of the Red Cross as Guardian of international humanitarian law*, CICR, Genève, 1998.

¹²⁸³P. HAZAN, « Pour Paul GROSSRIEDER (qui est le directeur général du CICR), de la Croix-Rouge, il faut compléter les Conventions de Genève. « Le droit humanitaire doit s'adapter », *Libération*, (30 janvier 2002), en ligne :<<http://www.liberation.fr/quotidien/semaine/020130-010009106MOND.html>> (1 février 2002). Le Président du CICR, J. Kellenberger, ne semble pourtant pas avoir de tels doutes sur l'adéquation du droit international humanitaire, voir Y. Monge, « A los talibanes detenidos se les trata como prisioneros de guerra-Jakob Kellenberger, Presidente del CICR », *El País*, (31 janvier 2002), en ligne : <[http://www.elpais.es/internacional/index.html ?d date=20020131](http://www.elpais.es/internacional/index.html?d date=20020131)> (13 février 2002).

Voir également l'intervention de Yves SANDOZ, 20 octobre 2009, (5à 7 du CICR) à l'occasion du 60^e anniversaire des Conventions de Genève sous le thème : « Le droit international humanitaire est-il toujours pertinent ? ».

¹²⁸⁴*Le droit international face au défi américain*, Pedone, Paris, 2005, p. 39. « Policy arguments as to the desirability of such development include: on the one hand, the need to reflect contemporary reality as to the capacity of non-state entities to engage in large scale armed violence and the need for appropriate regulation. On the other, the suggestion that applying I.H.L. [International Humanitarian Law] language to the conduct of organisations such as al-Qaeda confers inappropriate legitimacy on what are essentially international criminal organizations, and justifies certain of their violent actions as lawful acts of war ; that I.H.L. is not essential (or appropriate) to regulate and prohibit terrorist violence, which is adequately regulated by criminal law, national or international, whereas reference to I.H.L. in areas traditionally governed by International human rights law may be simply a guise to justify lower standards of protection (e. g., on the use of lethal force). », H. DUFFY, *The « war on terror » and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 250-251, n. 176.

violemment par des « conflits irréguliers » et est confronté à la menace terroriste¹²⁸⁵. Contrairement à la tendance sélective de certaines réflexions, le terrorisme n'est pas historiquement un phénomène nouveau¹²⁸⁶. Toutefois, il est important de souligner qu'il a atteint une échelle de violence sans précédent depuis les attentats du 11 septembre¹²⁸⁷. Si bien que certains « spécialistes des questions de sécurité estiment désormais naturel de pouvoir accoler les notions de « guerre » et de « terrorisme » ; des concepts qui paraissaient jusqu'alors totalement asymétriques, en raison de leurs différences intrinsèques en terme d'intensité et de durée. Mieux encore, le terrorisme perd, grâce à cette association, son caractère particulariste (terrorisme arménien, palestinien, irlandais...) au profit d'une étiquette mondialiste qui, longtemps, n'avait qualifié que la guerre seule »¹²⁸⁸.

983. Malgré cet éclairage, peut-on en conclure qu'il découle pour autant de cette position pessimiste du CICR une obsolescence du DIH ? Car d'aucuns prétendent que les règles contenues dans les CG ne seraient plus adaptées aux nouvelles formes de guerre et plus particulièrement à ce type de terrorisme « nouvelle génération »¹²⁸⁹. C'est justement cette inquiétude qui avait conduit l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à mandater la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) à examiner « la nécessité éventuelle d'un développement des CG eu égard aux nouvelles catégories de combattants apparues récemment »¹²⁹⁰. Or, le terrorisme ne remet nullement en cause la pertinence des CG qui se révèlent adaptables et adaptées.

984. Cependant, force est de constater que le DIH comme d'autres branches du droit, dispose d'un passé, un présent, et un avenir car les conflits armés ne vont pas

¹²⁸⁵ G. CHALIAND, *Le nouvel art de la guerre*, L'Archipel, Paris, 2008, pp. 125-141.

¹²⁸⁶ H. LAURENS, « Le terrorisme comme personnage historique », in : H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, éd. CNRS, Paris, 2010, pp. 9-66.

¹²⁸⁷ « Le terrorisme a franchi un seuil historique et changé d'échelle le 11 septembre 2001. (...) Le terrorisme est devenu capable de frapper le cœur de tous les pays, à une échelle de violence sans précédent, avec un degré de préparation internationale et d'intensité dans l'action jamais atteint auparavant », *Défense et Sécurité nationale—Le livre blanc*, Paris, Odile Jacob/Documentation française, 2008, p. 27.

¹²⁸⁸ I. HERRMANN, D. PALMIERI, « Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ? », *RICR*, n°849, mars 2003, p. 26.

¹²⁸⁹ *Rights of Persons Held in Custody in Afghanistan or Guantanamo Bay*, doc. 9817.

¹²⁹⁰ Résolution A.P.C.E. du 26 juin 2003, doc. 1340 (2003).

cesser d'exister du jour au lendemain. Le DIH est en quelque sorte un droit de dernier recours, en ce sens que lorsque d'autres droits applicables notamment en matière de prévention de conflits ont échoués, qu'intervient le DIH. Certes, une liaison avec les droits de l'homme prouve l'existence de la complémentarité entre ces deux corpus juridiques et s'appliquent tous deux en cas de conflit armé. Le DIH et le DIDH puisent aux mêmes sources morales, c'est-à-dire ils sont deux domaines du droit qui « contiennent des règles applicables au traitement et à la protection des êtres humains découlant d'impératifs d'humanité »¹²⁹¹.

985. A la question de savoir s'il est toujours pertinent ? On répondra par l'affirmative. Mais, est-il suffisamment pertinent, ça s'en est une autre.

986. Certes, on peut toujours regretter de ne pas avoir une règle de droit idéale. En revanche, on doit rappeler que le DIH s'applique par définition dans un contexte difficile, voire de plus en plus difficile en raison des proportions prises par des conflits armés actuels. On n'est plus dans le contexte de CAI au sens classique du terme, mais confronté à des conflits armés internes avec de « petites Parties » au conflit. Ces entités impliquées dans ces conflits armés actuels n'ont pas toujours de connaissance, et *à fortiori* une acceptation de règles.

987. Cela dit, les principes du DIH sont toujours d'actualité et le resteront quel que soit le cas de figure¹²⁹². Actuellement, la vraie problématique n'est plus celle du droit semble-t-il, mais davantage de respect des règles de droit existant notamment des règles fondamentales du DIH¹²⁹³. C'est dans ce cadre-là que l'effort doit être fait, et le CICR le fait déjà ne serait-ce qu'en essayant d'éviter d'adopter de nouvelles règles qui ne susciteront pas d'universalité au même titre que les CG ; puisqu'on constate déjà que les développements qui ont intervenus par le biais des PA de 1977, aussi bien pour le PA I et II n'ont toujours pas suscité d'adhésion universelle pour certains Etats

¹²⁹¹ K. J. PARTSCH, « Human Rights and Humanitarian Law », in R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law II* (Amsterdam, Lausanne et New York et al. 1995), 910.

¹²⁹² J.-L. FLORENT, directeur adjoint des affaires juridiques au Ministère des affaires étrangères, son intervention lors des 5 à 7 du CICR consacré à l'anniversaire des CG, « Le droit international humanitaire est-il encore pertinent ? », 7^e édition, 2009.

¹²⁹³ Le cas de l'art. 3 commun au quatre CG.

Parties à ces PA. D'ailleurs, cette participation est souvent accompagnée de réserves ou de déclarations.

988. Cette timide implication met en relief l'étendue de la tâche qui est la nôtre si jamais on décidait de remettre en cause le droit existant sous prétexte qu'il n'est plus adapté. L'universalité des CG n'est plus à démontrer puisqu'elle compte 194 Etats Parties alors que l'ONU n'en compte que 192 Etats membres.

989. A ce stade de la réflexion, si une question s'imposait, elle serait sans doute celle de savoir s'il est nécessaire aujourd'hui d'ajouter de nouvelles règles de droit à celles déjà existantes ? Est-ce qu'un ajout de nouvelles règles comme objectif recherché nous mettra-t-il à l'abri des abus qui sont commis à chaque fois qu'il y a un conflit armé ?

990. A toutes ces questions, il serait lucide de répondre qu'il existe suffisamment de règles applicables et protectrices dans ce domaine. Le travail qui a toujours été le nôtre est de faire en sorte qu'elles soient appliquées. Et, si l'on rencontre des difficultés d'application de certaines de ces règles, nous essaierons de faire comme le fait le CICR, c'est-à-dire en procédant à la clarification plutôt que par l'addition de nouvelles règles par strate successive. Car enfin, l'expérience prouve implacablement que plus de règles de droit plus elles sont ignorées, et ne sont pas par conséquent appliquées dans la pratique.

991. Rappelons en effet que la guerre est considérée comme un phénomène de violence collective organisée qui affecte les relations entre les sociétés humaines ou les relations de pouvoir à l'intérieur des sociétés¹²⁹⁴. Régie par le droit des conflits armés, elle ne peut pas se référer systématiquement à la « guerre contre le terrorisme ». Cette supposée « guerre » n'en était absolument pas une au sens métaphorique du terme. C'est ainsi que s'exclamait le Professeur Alain PELLET « *Non, ce n'est pas une guerre !* »¹²⁹⁵. Même si elle a été littéralement admise dans certaines circonstances. Mais force est de constater qu'il n'existe pas de termes juridiques en droit

¹²⁹⁴ F. BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, Paris, 2013, p. 421.

¹²⁹⁵ *Le Monde* 21 sept. 2001.

international tels que la « guerre contre le terrorisme » ou encore l'« Axe du Mal » qui ont permis aux Etats-Unis de déroger à leurs obligations internationales¹²⁹⁶.

992. L'applicabilité et l'application du DIH dans la « guerre contre le terrorisme » semblaient controversées, précisément en ce qui concerne l'ambiguïté créée par les Etats-Unis autour du statut des personnes arrêtées puis détenues sur leur base militaire à Guantanamo¹²⁹⁷. Or, l'impérative de l'évidence voudrait que le DIH s'applique à partir du moment où il y a CAI, c'est-à-dire l'applicabilité du DIH repose essentiellement sur le principe de l'effectivité du conflit armé¹²⁹⁸. En d'autres termes, tout affrontement armé déclenchera l'application du DIH des CAI¹²⁹⁹. En effet, la « guerre contre le terrorisme » est incontestablement une nouvelle forme de guerre classée dans la catégorie de « guerre asymétrique », mais avec une complexité redoutable qui n'avait pas été envisagée lors de l'adoption des CG¹³⁰⁰.

993. Cependant, une lecture attentive de ces CG peut laisser penser que ces dispositions ne s'appliqueraient pas aux terroristes du fait de la nature contradictoire de leur activité avec le droit de Genève. Toutefois, l'usage de la violence armée dans le contexte particulier d'un conflit armé au sens juridique conduit évidemment à l'applicabilité du DIH. En revanche, la « guerre contre le terrorisme » n'entend pas l'applicabilité du DIH à toutes les situations qu'elle recouvre, mais seulement à ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'un conflit armé. Dans ce cas, il ne devient rien d'autre qu'un conflit armé au sens juridique du terme.

994. Si l'on reste dans le cadre d'une guerre, on peut affirmer aisément que le DIH est assez précis en ce qui concerne la qualification des personnes au pouvoir de

¹²⁹⁶ Ces termes ont été utilisés successivement par le Président BUSH le 20 sept. 2001, et le 31 janvier 2002.

¹²⁹⁷ Conseil de l'Europe, *Guantanamo : une violation des droits de l'homme et du droit international ?* Strasbourg, éd. Conseil de l'Europe, 2007, p. 13.

¹²⁹⁸ Pour reprendre les termes employés par R. KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/Bruxelles, Coll. de droit international public, Précis, 2^e éd., 2009, p. 158.

¹²⁹⁹ J. GRIGNON, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, LGDJ/Schulthess/ Genève, 2014, pp. 44, 45.

¹³⁰⁰ A. BIAD, P. TAVERNIER, *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruylant, Coll. du CREDHO, Bruxelles, 2012, pp. 6, 7.

l'ennemi, et que la plupart des règles mentionnées ont un caractère coutumier. Si le statut de PG avait été accordé aux talibans, cela n'aurait vraisemblablement pas empêché aux Etats-Unis de traduire ceux-ci devant un tribunal compétent qui pourrait statuer en matière d'actes de terrorisme commis antérieurement ou postérieurement à leur détention. Dit autrement, s'ils avaient bénéficié du statut de PG, les talibans seraient toujours exposés à toute poursuite judiciaire éventuelle de la part des Etats-Unis.

995. Il faut retenir cependant que l'appartenance à une organisation terroriste n'a pas d'impact sur le statut des personnes détenues à Guantanamo. En revanche, une fois le statut de PG accordé à ces détenus, ces derniers ne peuvent plus être soustraits du champ d'application du DIH. En outre, ceux qui allaient être poursuivis en vertu des dispositions en vigueur de la législation américaine pour les actes commis avant d'avoir été faits prisonniers par les Etats-Unis, même s'ils étaient condamnés, bénéficiaient tout de même de la protection de la CG III¹³⁰¹.

996. En réalité, les Etats-Unis ont enfreint le DIH à maintes reprises au nom de la « guerre contre le terrorisme ». Ils ont de toute évidence violé ce corpus juridique aussi bien au niveau du *jus ad bellum* (la légalité du recours à la force contre l'ennemi « terroriste ») que du *jus in bello* (les règles à respecter en cas de conflit armé)¹³⁰². En

¹³⁰¹ Art. 85 de la CG IV.

¹³⁰² Le principe de la séparation entre le *jus ad bellum* et *jus in bello* est codifié notamment au préambule, 5^e considérant, du PA I, qui réaffirme la pleine application du DIH en toutes circonstances, « sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci. » Voir également l'article 1 commun aux quatre CG, ainsi que l'art. 1 du PA I, obligeant les Hautes Parties contractantes à « respecter et faire respecter » les dispositions des CG et du PA I en toutes circonstances. Par ailleurs, l'art. 3, 4^e paragraphe, commun aux quatre CG assure les Etats signataires que l'application des dispositions relatives aux conflits armés non-internationaux n'« aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit. »

La doctrine nous apporte également des éléments pertinents sur cette distinction, voir notamment : E. BENVENISTI, « Rethinking the Divide Between *Jus ad Bellum*, *Jus in Bello* in Warfare Against Nonstate Actors », *The YJIL*, vol. 34, 2009, pp. 541-548 ; F. BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », *IRRC*, vol. 847, 2002, pp. 523-546 ; F. BUGNION, « *Jus ad Bellum*, *Jus in Bello* and Non-international Armed Conflicts », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6, 2003, pp. 167-198 ; M. SASSOLI, A. BOUVIER, A. QUENTIN, *How Does Law Protect in War ?*, Part. I, Chap. 2, pp. 14-21 ; M. SASSOLI, « *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello*, pp. 241-264 ; C. GREENWOOD, « The Relationship between *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* », *Review of International Studies*, vol. 9, 1983, pp. 221-234 ; R. KOLB, « Sur l'origine du couple terminologique *ius ad Bellum*—*ius in Bello* », *IRRC*, vol. 827, septembre-

refusant d'appliquer les CG, ils ont manifestement montré la volonté qui était la leur de se soustraire au DIH. La militarisation de la lutte contre le terrorisme ne peut justifier en aucun cas une telle soustraction aux règles de DIH.

997. Il serait aisé de reconnaître que cette hypothétique « guerre contre le terrorisme » n'a pas délivré de résultats escomptés. On retiendra par exemple l'échec en Irak accompagné de l'enlèvement des Etats-Unis en Afghanistan comme étant l'incertitude de ce succès mitigé¹³⁰³. En effet, l'Afghanistan est toujours secoué par une instabilité politique récurrente, et ce malgré la présence et le soutien militaire américain. Quant à l'Irak, le constat est quasi identique puisque la démocratie promise aux Irakiens par George W. BUSH est toujours perturbée par une instabilité politique permanente.

998. Le refus d'appliquer le DIH au cours de cette « guerre contre le terrorisme » laisse penser que cette pratique était devenue quasi coutumière pour les Etats-Unis. En effet, l'usage systématique de la torture dans la prison de Guantanamo et dans celle d'Abou Ghraïb en Irak, la mise en place des tribunaux militaires d'exception, les centres de détention secrets de la CIA, les violations des droits de l'homme les plus élémentaires dans la prison de Bagram en Afghanistan sont autant d'éléments qui entérinent cette pratique américaine contraire au droit. Il faut noter que de telles pratiques ne contribueront qu'à saper davantage les fondements du DIH.

999. Il est évident que le DIH ne peut que compléter la protection dans la pratique de certains droits en temps de conflit armé, notamment par des dispositions sur la détention arbitraire, le droit à un procès équitable, sans énoncer de limitations qui, le cas échéant nécessiteraient une dérogation. De toute façon, l'Afghanistan n'est plus depuis quelques années en présence d'un CAI, et les normes juridiques applicables propres au DIH ne s'appliquent plus aux personnes arrêtées dans ce pays. D'ailleurs, elles ne s'appliquaient pas à celles arrêtées dans d'autres champs de bataille autre que l'Afghanistan, car la « guerre contre le terrorisme » n'étant rien d'autre

octobre 1997, pp. 593-602 ; H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970, pp. 418.

¹³⁰³ G. ANDEANI, « La guerre contre le terrorisme : un succès incertain et coûteux », *IFRI/PE*, 2011/2, p. 253.

qu'une forme rhétorique qui traduit la politique américaine de lutte contre le terrorisme à travers sa version militarisée. Dans ce contexte post conflictuel, tous les détenus ont désormais droit à la protection classique de DIDH, l'issue de leur captivité dépend dorénavant du dispositif pénal et non militaire comme cela avait été question avant la fin des hostilités.

1000. En fait, les Etats-Unis ont en réalité placé la « guerre contre le terrorisme » sur une dimension de rapport de force frontale avec le terrorisme. Sauf que le principe même du terrorisme et son scandale en soi, c'est justement de ne pas être une force constituée mais d'être une menace diffuse et variable. Ceci étant, on peut légitimement penser que le vrai combat à mener contre le terrorisme serait avant tout d'identifier ses racines et de le sécher par les racines. Il ne faut pas évidemment faire preuve de faiblesse. Mais, choisir d'envahir un pays comme l'Irak sur la base de fausses preuves d'ADM, ou de laisser les inspecteurs de l'AIEA de terminer leur travail, dans les deux cas on n'est pas de toute façon en situation de faiblesse. Sachant que, les différentes interventions militaires américaines envisagées allaient causer des pertes importantes en vies humaines tant du côté de l'Irak et de l'Afghanistan que de celui des Etats-Unis.

1001. Normalement, la préservation de la vie des citoyens s'inscrit dans la hiérarchie des priorités des démocraties avant de faire preuve de force. Malheureusement, on assiste au lendemain de ces interventions militaires à la mort des citoyens américains dans différents théâtres d'opérations militaires ; alors que ces conflits pouvaient être évités sans que la lutte contre le terrorisme ne soit compromise.

1002. Cependant, il est de plus en plus difficile de s'exprimer sur ces choix parce qu'en osant, on finit par faire face au discours de *realpolitik*. Mais en étant en démocratie, on n'est de ce fait pas soumis à l'obligation de s'interroger sur les choix qui peuvent être fait en notre nom. Cependant, pour lutter efficacement contre le terrorisme, il va falloir assécher des réseaux terroristes de la substance qui leurs permettrait de recruter sur la base d'une rhétorique violente, brutale et dévastatrice. Une rhétorique belliqueuse qui s'inspire de cette logique de choc des civilisations qui a été plus ou moins fondée à la fin de la Guerre froide. Une rhétorique qui vise à penser uniquement de bloc de civilisation contre civilisation, et qui renforce les

positionnements radicaux. Dit autrement, il faut donc dynamiter tout ce qui peut permettre aux organisations terroristes de développer leur rhétorique.

1003. La vision de la fermeté absolue prônée par les grandes puissances ne sera jamais l'ultime solution conduisant à l'éradication du terrorisme. En effet, la position de l'ancien Président français, en l'occurrence Nicolas SARKOZY montre que George W. BUSH n'était pas le seul à partager cette vision assez radicale visant à rayer l'existence du terrorisme. Pour Nicolas SARKOZY, « [...] *la position de la France face au terrorisme, il n'y a que la fermeté ou alors c'est votre sécurité à vous tous qui sera gravement engagée. Chaque fois que les démocraties se sont aplaties, elles l'ont payé très cher, et de beaucoup plus de morts. Le refus de voir la vérité en face on le paye très cher. La faiblesse comme argument politique et comme positionnement, elle ne vous ait jamais pardonné* »¹³⁰⁴. On se souviendra qu'au nom de cette fermeté absolue deux otages français (Vincent DELORY et Antoine DE LEOCOUR) furent tués au Niger au cours de l'opération baptisée « Archange foudroyant ». En faisant vraisemblablement un usage excessif de la force, l'armée française voulait démontrer la fermeté de la France vis-à-vis des terroristes et des réseaux terroristes en suivant la ligne dure de l'exécutif. Cette fermeté excessive s'était malheureusement soldée par une bavure due au raid disproportionné semble-t-il de l'armée française. La thèse de cette bavure fut confirmée par Al-Qaïda au Maghreb islamique (AQMI) : « [...] *les avions français ont bombardé les véhicules des moudjahidines, alors les moudjahidines ont amené l'un des otages loin du véhicule visé mais n'ont pu prendre l'autre qui a été tué par les Français plus tard dans le bombardement et non par des balles des moudjahidines [...] avec les frappes aériennes constantes des troupes françaises, les moudjahidines ont pensé qu'ils n'allaient pas s'en tirer, alors ils ont exécuté le second otage* »¹³⁰⁵. Certes, on peut comprendre qu'à un certain moment la force doit être opposée au terrorisme dans certaines circonstances. Mais cela doit être fait dans le strict respect des règles de droit. Car en effet, le respect de la vie humaine est un principe absolument sacré pour toutes les démocraties et, les Etats-Unis doivent demeurer inscrits dans celui-ci.

¹³⁰⁴ Discours tenu en Janvier 2011, au lendemain de l'enlèvement suivi de l'assassinat de deux français, Vincent DELORY et Antoine De LEOCOUR, au Niger par Al-Qaïda au Maghreb islamique (AQMI).

¹³⁰⁵ *Paris Match*, 3 Février 2011.

1004. Il faut rappeler qu'au-delà de ce qui vient être mentionné, certaines décisions prises par le Président George W. BUSH au nom de l'état d'exception ont rendu la démocratie américaine oppressive. Si bien que certains auteurs se sont permis de comparer ces dérives américaines au fascisme. Ce dernier aura certes du mal à s'implanter aux Etats-Unis, mais tout peut arriver. De toute façon, le fascisme n'est finalement que la détérioration de la démocratie et la montée soudaine des concepts oppressifs ; il peut en effet surgir d'une direction ou d'une autre. La démocratie peut disparaître et l'oppression devenir si puissante qu'on pourra lui donner le nom de fascisme.

1005. Tout ceci montre le difficile équilibre à trouver dans une démocratie entre sécurité et liberté. Il y aura certainement des pressions pour faire pencher la balance du côté sécuritaire. Mais le mieux serait de préserver la liberté tout en garantissant la sécurité dans le respect des règles de droit.

1006. Au-delà des lacunes et des carences, un optimisme consensuel et s'en harmonique semble rassurer que le DIH restera encore longtemps un corpus juridique adéquat pour s'appliquer à cette nouvelle forme d'hostilité, pourvu que le degré de la violence se transforme en conflit armé. Car en effet, la DIH s'applique indépendamment des causes pour lesquelles les belligérants s'affrontent et de la légitimité de ces causes. Certes, on se doit de constater que les règles du DIH n'ont pas toujours été respectées, particulièrement pour celles relatives à la protection des PG. De ce point de vue, il est de notre responsabilité de faire en sorte « *que la fascination intellectuelle suscitée par le droit humanitaire ne nous fasse jamais oublier ce qu'il est censé protéger : une humanité compromise par la guerre* »¹³⁰⁶.

1007. La permanence des conflits armés à travers l'histoire humaine n'est plus à démontrer. Ces derniers sont souvent considérés comme ayant une omniprésence de tous les temps et de toutes les civilisations¹³⁰⁷. Si on en juge par leur pérennité, on sera en droit de penser qu'ils se décrivent par une durabilité phénoménale rendant

¹³⁰⁶ J. S'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire, op. cit.* p. 9 (Avant-propos).

¹³⁰⁷ D. BATTISTELLA, « Avant-propos », in D. BATTISTELLA (dossier constitué par), *Guerres et conflits dans l'après-guerre froide*, Problèmes politiques et sociaux, dossier d'actualité mondiale, Documentation française, Paris, n° 799-800, mars 1998, p. 3.

utopique l'idée d'une paix durable voire perpétuelle¹³⁰⁸. Dès lors qu'ils semblent être des phénomènes inévitables, l'exigence d'un encadrement juridique « robuste » ou complexe s'impose impérativement en droit international¹³⁰⁹.

1008. Il paraît évident que l'évolution de la nature des conflits armés et l'émergence des nouveaux acteurs (fragmentation des groupes armés) causeront vraisemblablement beaucoup plus de victimes que pendant des précédentes guerres. D'où la nécessité de cerner toutes les implications de l'évolution de la conflictualité actuelle et identifier « chirurgicalement » les nouvelles méthodes et moyens de guerre susceptible d'être déployés sur le champ de bataille afin d'éviter l'« érosion » constante du DIH pour paraphraser Abdelwahab BIAD¹³¹⁰. Il faut rappeler que la notion dite de « champ de bataille » est aujourd'hui largement larguée à des années lumières des frontières du droit au profit de ce qu'on qualifierait de « mentalité PlayStation »¹³¹¹.

1009. En dehors des défis qu'on vient précédemment d'évoquer, la « guerre contre le terrorisme » dont l'expérimentation de nouvelles armes semble être un sujet à quotient pour des juristes, s'écarte gravement de certains principes fondamentaux du *jus in bello*¹³¹².

1010. Quoi qu'il en soit, les règles régissant la conduite des hostilités codifiées par les conventions emblématiques du DIH (CG de 1949 et PA de 1977) ont sonné le glas de leurs limites tout au long de cette « guerre ». Si bien que, l'application du DIH conventionnel et coutumier s'est avérée extrêmement difficile dans sa mise en œuvre mais, aussi et surtout elle s'est révélée moins efficace dans ce type de conflit armé. D'où

¹³⁰⁸ V.-Y. GHEBALI, « La problématique de la guerre civile dans le monde de la post-bipolarité », in *Guerre, armées et Sociétés : actes du symposium 2002*, Pully, 2002, p. 137 ; v. aussi, A. SCHÜLE, « La prospective et la guerre : continuité et mutations », in *Guerre, armées et Sociétés, Centre d'histoire et prospective militaires, Actes du Symposium de 2002*, Pully (Suisse), p. 282 ;

¹³⁰⁹ L. NATHAN, « Afrique : cinq questions, cinq défis », in H. GRANDVOINNET, H. SCHNEIDER (sous la direction de), *La gestion des conflits en Afrique, un défi permanent*, Paris, 1998, p. 47 ;

¹³¹⁰ A. BIAD, « Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle : Les règles régissant la conduite des hostilités en question » in A. BIAD, P. TAVERNIER, *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruylant, Coll. du CREDHO, Bruxelles, 2012, p. 5.

¹³¹¹ Allusion notamment à l'extension infinie de la participation aux hostilités à distance par le biais des drones sur des champs de bataille inexistantes en violation de la souveraineté territoriale de certains Etats par les Etats-Unis : Pakistan, Yémen etc.

¹³¹² R. KOLB, « Sur l'origine du couple terminologique *ius ad bellum/ius in bello* », *CICR*, n°827, oct., 1997.

la nécessité de procéder à l'adaptabilité du droit existant en fonction de la complexité des conflits armés de notre temps¹³¹³.

¹³¹³ F. BUGNION, « Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits de notre temps », *CICR*, N°835, sept 1999 ; v. aussi, C. GIROD, A. GNÄDINGER, « La politique, le militaire, l'humanitaire : un difficile mariage à trois » in J. COT (éd.), *Dernière guerre balkanique ? Ex-Yougoslavie : témoignages, analyses, perspectives*, Paris et Montréal, 1996, pp. 139-163.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

- A- OUVRAGES GENERAUX
- B- OUVRAGES SPECIFIQUES
- C- OUVRAGES COLLECTIFS, MELANGES
- D- COLLOQUES, CONFERENCES
- E- SEMINAIRES, CONGRES

II- DICTIONNAIRES JURIDIQUES, CODE

- A-DICTIONNAIRES JURIDIQUES
- B- CODE JURIDIQUE

III- THESES ET MEMOIRES

- A- THESES
- B- MEMOIRES

IV- ARTICLES SCIENTIFIQUES ET ARTICLES DE PRESSE

- A- ARTICLES SCIENTIFIQUES
- B- ARTICLES DE LA PRESSE FRANÇAISE ET ETRANGERE

V- ACTES D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

- A- CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES

B- ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES

VI- COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE

VII- CONVENTIONS

VIII- PRATIQUES NATIONALES

A- CONSTITUTION

B- LEGISLATIONS INTERNES

IX- JURIDICTIONS INTERNATIONALES

A- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

B- COUR PENALE INTERNATIONALE

C- TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX YOUGOSLAVIE

D- TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR LA RWANDA

E- SENTENCE ARBITRALE

F- TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL DE NÜREMBERG

X- RAPPORTS ET DISCOURS

A- RAPPORTS

B- DISCOURS

XI- DECLARATIONS, CONFERENCES DE PRESSE ET COMMUNIQUÉS

A- DECLARATIONS

B- CONFERENCES DE PRESSE

C- COMMUNIQUEES DE PRESSE

XII- SITES INTERNET

I- OUVRAGES

A. OUVRAGES GENERAUX

- **AGAMBEN (G.)**, *Etat d'exception Homo Sacer*, Paris, Seuil, Coll. L'ordre philosophique, 2003;
- **ARENDT (H.)**, *Les Origines du totalitarisme, suivi de Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, Coll. Quarto, 2002 ;
- **ARON (R.)**, *Paix et guerre entre les nations (1962)*, Paris, Calmann-Lévy 1962, 1984; éd. nouv. 2004, Coll. Pérennes, 8^e éd., 2004;
- **ARONEAU (E.)**, *La définition de l'agression*, Paris, éd. Internationales, 1954 ;
- **ARTARIT (J.)**, *Robespierre ou l'impossible filiation*, Paris, La Table Ronde, 2003 ;
- **AUSSARESSES (P.)**, *Services spéciaux Algérie 1955-1957 : mon témoignage sur la torture*, Paris, Perrin, 2001 ;
- **AVANT (D. D.)**, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010;
- **BASSIOUNI (C.)**, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, Second Revised Edition, 1999 ;
- **BASSIOUNI (C.)**, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ;
- **BENVENISTI (E.)**, *The International Law of Occupation*, Oxford, 2nd Second Edition, 2013;
- **BIAD (A.)**, *La Cour internationale de justice et le droit international humanitaire : une lex specialis revisitée par le juge*, Bruxelles, Bruylant, Coll. du CREDHO, 2011 ;
- **BODIN (J.)**, *Les six livres de la République*, Genève, Estienne Gamonet, 1629 ;
- **BOUGAREL (X.)**, *Bosnie. Anatomie d'un conflit*, Paris, La Découverte, 1996 ;
- **BOURDIN (D.)**, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, éd. Bréal, Coll. Connaissance d'une œuvre d'Emmanuel Kant, 2002 ;

- **BOUSTANY (K.)**, *Le conflit intra étatique au Liban : problèmes de maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 1994 ;
- **BUSH (G. W.)**, *Instants décisifs*, Paris, Plon, 2010 ;
- **CAHIN (G.)**, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, éd. A. Pedone, Coll. Revue Générale Droit, 2001 ;
- **CHALIAND (C.)**, *Le nouvel art de la guerre*, Paris, L'Archipel, 2008, pp. 125-141.
- **CARREAU (D.)**, *Droit international*, Paris, Pedone, 10^e éd., 2009 ;
- **CASSESE (A.)**, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2013;
- **CHAMAYOU (G.)**, *Les chasses à l'homme*, Paris, La Fabrique, 2010 ;
- **COT (J. P.)**, **PELLET (A.)**, *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1991 ;
- **COT (J.-P.)**, **PELLET (A.)**, **FORTEAU (M.)** (sous la direction), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, 3^e éd., Paris, 2005, p. 314 ;
- **COURMONT (B.)**, *Washington et les Etats voyous. Une stratégie plurielle ?* Paris, Dalloz, 2007 ;
- **CRYER (R.)**, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, New York, Cambridge University Press, 2005;
- **DAILLER (P.)**, **PELLET (A.)**, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^e éd., 2002 ;
- **DAILLIER (P.)**, **FORTEAU (M.)**, **PELLET (A.)**, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2009 ;
- **DAILLIER (P.)**, **PELLET (A.)**, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^e éd. 2002 ;
- **D'ASPREMONT (J.)**, **DE HEMPTINNE (J.)**, *Droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 2012 ;
- **DE LA PRADELLE (A.)**, **POLITIS (N.)**, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Editions internationales, Coll. Générale, vol. II, 2^e éd., 1957 ;
- **DE VATTEL (E.)**, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Librairie diplomatique, 1835 ;
- **DEYSINE (A.)**, *La Cour suprême des Etats-Unis. Droit, politique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2015 ;
- **DINSTEIN (Y.)**, *War, Aggression and Self-Defense*, Cambridge University Press, 5nd Edition, 2012;
- **DRUMBL (M. A.)**, *Atrocity, Punishment, and International Law*, New York, Cambridge University Press, 2007;

- **DUPUIS (P.-M.)**, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2008 ;
- **FRACHON (A.)**, **VERNET (D.)**, *L'Amérique messianique*, Paris, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004 ;
- **GHERARI (H.)**, *Relations internationales*, Paris, L.G.D.J./Montchrestien, 2010 ;
- **GRESH (A.)**, **VIDAL (D.)**, *Les 100 clés du Proche-Orient*, Paris, Hachette, Coll. Pluriel, 2003 ;
- **GROSS (O.)**, **NI AOLAIN (F.)**, *Law in times of crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006;
- **GUINERET (H.)**, *Vers la paix perpétuelle*, Paris, Ellipses Marketing, Coll. Analyses & Réflexions, 2002 ;
- **HARTLE (A. E.)**, *Moral Issues in Military Decision Making*, University Press of Kansas, 2nd Revised Edition, 2004;
- **HARVEY (R.)**, **VOLAT (H.)**, *USA PATRIOT Act, de l'exception à la règle*, Paris, Lignes et Manifestes, 2006 ;
- **HASSNER (P.)**, **VAÏSSE (J.)**, *Washington et le monde, Dilemmes d'une superpuissance*, éd. Autrement, 2003;
- **HARZAN (P.)**, *La paix contre la justice. Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre*, Bruxelles, André Versaille éditeur, 2010;
- **HENCKAERTS (J.-M.)**, **DOSWALD-BECK (L.)**, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1: Rules, Cambridge, Cambridge University Press, 2005;
- **HENCKAERTS (J.-M.)**, **DOSWALD-BECK (L.)**, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 1, Règle 149, 2005;
- **HENCKAERTS (J.-M.)**, **DOSWALD-BECK (L.)**, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, Règle 124, 2006 ;
- **HOBBS (T.)**, *Le Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile (1651)*, Paris, éd. Sirey, 1971 ;
- **HUNTINGTON (S. P.)**, *Le choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 2000 ;
- **KAMTO (M.)**, *L'agression en droit international*, Paris, éd., A. Pedone, 2010 ;
- **KANT (E.)**, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Librairie philosophique Vrin/éd. Bilingue, Coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2002 ;
- **KISSINGER (H.)**, *Diplomatie*, Paris, Fayard, 1996 ;
- **KOLB (R.)**, *Théorie du ius cogens international : Essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001;

- **KOLB (R.), VITE (S.),** *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ;
- **KOLB (R.), VITE (S.),** *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ;
- **KOUTROULIS (V.),** *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Paris, Pedone, 2010 ;
- **LIANG (Q.), XIANGSUI (W.),** *Guerre hors limites*, Paris, Payot, 2006 ;
- **NOWAK (M.),** *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Strasbourg N.P. Engel, Publishers, 1993;
- **PASQUIER (E.),** *De Genève à Nuremberg Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Paris, Classiques GARNIER, 2012 ;
- **PELTON (R. Y.),** *Licensed to Kill: Hired Guns in the War on Terror*, New York, Crown Publishers, 2006;
- **PERCY (S.),** *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2007;
- **RAMCHARAN,** *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Coll. International Studies Human Rights, 1985;
- **RISEN (J.),** *Etat de guerre : Histoire secrète de la CIA et de l'Administration Bush*, Paris, Albin Michel, Coll. Essais Doc, 2006 ;
- **ROBIN (M.-M.),** *Escadrons de la mort, l'école française*, Paris, La Découverte, Coll. La Découverte/Poche, 2008 ;
- **ROCHE (J.-J.),** *Insécurités publiques, sécurité privée ? Essais sur les nouveaux mercenaires*, Paris, Economica, Paris, 2005 ;
- **ROUSSEAU (J.-J.),** *Du contrat social et autres œuvres politique*, Paris, Garnier Frères, 1975 ;
- **SAINT-BONNET (F.),** *L'Etat d'exception*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2001 ;
- **SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.), ZIMMERMANN (B.)(dir.),** *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève/CICR, 1987 ;
- **SCHABAS (W.),** *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, New York, Oxford University Press, Coll. Oxford Commentaries on International Law, 2016;

- **SIGMUND (F.)**, *Considérations actuelles sur la guerre et la mort, Essais de psychanalyse*, Paris, Payot, 1981 ;
- **SINGH (N.), McWHINNEY (E.)**, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Dordrecht/Boston/London, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 2nd Revised Edition, 1989;
- **SUR (S.)**, *Relations internationales*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2000 ;
- **SUSKIND (R.)**, *The Price of Loyalty: George W. BUSH, the White House, and the Education of Paul O'NEILL*, éd. Simon & Schuster/Reprint, 2004;
- **SZUREK (S.), ASCENSIO (H.), DECAUX (E.), PELLET (A.)** (dir), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000 ;
- **TORRELLI (M.)**, *Le droit international humanitaire*, Paris, PUF, 1989 ;
- **THOMSON (J. E.)**, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Pinceton, Princeton University Press, 1994;
- **VEDRINE (H.)**, *Face à l'hyperpuissance : textes et discours 1995-2003*, Paris, Fayard, 2003 ;
- **VENTURA (J.)**, *Les plus grands complots du gouvernement américain*, Paris, éd. Music And Entertainment Books, 2011 ;
- **VILLATOUX (P.), MERCIER-BERNADET (F.)**, *11 septembre 2001 : La fin d'un monde*, Sceaux, L'esprit du Livre Editions, Coll. Les grandes dates de l'Histoire, 2011 ;
- **VILMER (J.-B. J.)**, *Pas de paix sans justice : Le dilemme de la paix et de la justice en sortie de conflit armé*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011;
- **VIDAL-NAQUET (P.)**, *Mémoires. Le trouble et la lumière (1955-1998)*, Paris, Seuil/La Découverte, 1998 ;
- **WACHSMANN (P.)**, *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 5^e éd., 2008;
- **WALZER (M.)**, *Guerres justes et injustes*, Paris, Belin, Coll. Littérature et politique, 1999 ;
- **WALZER (M.)**, *Just and Unjust Wars*, New York, Basic Books, 5^e Edition, 2010;
- **WEBER (M.)**, *Le savant et le politique (1919)*, Paris, La Découverte, Coll. Poche Sciences humaines et sociales, 2003 ;
- **WEBER (M.)**, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1963 ;

B. OUVRAGES SPECIFICIQUES

- **ARON (R.)**, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, éd. Calmann-lévy, 1962.
- **BATTISTELLA (D.)**, *Retour de l'Etat de guerre*, Paris, Armand Colin, 2006 ;
- **BICHOVSKY (A.)**, « Guantanamo ou l'illégalité institutionnalisée ». *Droit pénal humanitaire*, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2006 ;
- **BLIX (H.)**, *Irak, les Armes introuvables*, Paris, Fayard, 2004 ;
- **BOUTHOU (G.)**, *Le phénomène guerre*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1962 ;
- **BRANAA (J.-E.)**, *La Constitution américaine et les institutions*, Paris, Ellipses, 2^e éd., 2006 ;
- **BRICET DES VALLONS (G.-H.)**, *Irak, terre mercenaire, Les armées privées remplacent les troupes américaines*, Lausanne, Favre, 2009 ;
- **BROWN SCOTT (J.)**, *Les Conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918 ;
- **CAMUS (C.)**, *La guerre contre le terrorisme, Dérives sécuritaires et Dilemme Démocratique*, Paris, éd., du Félin, 2007 ;
- **CECILE (J.-J.)**, *Les chiens de guerre de l'Amérique, Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, Paris, Nouveau Monde, 2008 ;
- **CHAMAYOU (G.)**, *Théorie du drone*, Paris, La Fabrique, 2013 ;
- **CHAPLEAU (P.)**, *Les mercenaires : De l'Antiquité à nos jours*, Rennes, Ed. Ouest France, Coll. Histoire, 2006 ;
- **CHAPLEAU (P.)**, *Les Sociétés militaires privées : Enquêtes sur les soldats sans armées*, Rennes, Ed. Du Rocher, Coll. L'Art de la guerre, 2005 ;
- **COLOMBANI (J.-M.)**, *Tous Américains ? Le monde après le 11 septembre 2001*, Paris, Fayard, 2002 ;
- **CORTEN (O.)**, *Le droit contre la guerre, l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, A. Pedone, 2008 ;
- **DABONE (Z.)**, *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Genève, L.G.D.J/Romandes Schulthess, Coll. Genevoise, 2012 ;

- **DAVID (E.)**, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1978 ;
- **DAVID (E.)**, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1999 ;
- **DAVID (E.)**, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 4^e éd., 2008;
- **DAVID (E.)**, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, ULB, 2002 ;
- **DERRIENNIC (J.-P.)**, *Les guerres civiles*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001 ;
- **DUNANT (J.-H.)**, *Un souvenir de Solferino*, Genève, Imprimerie de Jules Fick, 1863 ;
- **FLECK (D.)**, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995;
- **FRANCESCHI (P.)**, *Guerre en Afghanistan*, Paris, La Table Ronde, 1984 ;
- **GROTIUS (H.)**, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, Livre II, chap. XXI, IV, 1, 1999 ;
- **GUEMATCHA (E.)**, *Les commissions vérité et les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 2014;
- **HAROUËL-BURELOUP (V.)**, *Traité de droit humanitaire*, Paris, PUF, 2005 ;
- **HEIGSBOURG (F.)**, *Hyper terrorisme : la nouvelle guerre*, Paris, Odile Jacob, 2003 ;
- **HOFFMAN (B.)**, *La mécanique terroriste*, Paris, Calmann-lévy, 1999 ;
- **KALSHOVEN (F.)**, *Reflections on the Laws of War*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Coll. Essays, 2007;
- **KELLENBERGER (J.)**, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, vol. I : Règles, 2006 ;
- **LAMBERT (D.)**, *L'Administration de George W. BUSH et les Nations Unies*, Paris, L'Harmattan, 2005 ;
- **LAURENT (E.)**, *La guerre des Bush, les secrets inoubliables d'un conflit*, Paris, Plon, 2003 ;
- **MAYER (J.)**, *The Dark Side. The Inside Story of how the War on Terror turned into a War on American Ideals*, New York, Anchor Books, 2008;
- **McCOY (A. W.)**, *A question of Torture. CIA Interrogation from the Cold War to the War on Terror*, New York, Metropolitan Books, 2006;
- **MCPHERSON (J.-M.)**, *La guerre de Sécession (1861-1865)*, Paris, Robert Laffont, 1991 ;
- **MOURLON-DRUOL (E.)**, *La stratégie nord-américaine après le 11 septembre. Un réel renouveau ?*, Paris, L'Harmattan, 2005 ;

- **O'CONNELL (M. E.)**, *International Law and the Global War on Terror*, Paris, Pedone, 2007;
- **PETERMANN (S.)**, *Guantanamo. Les dérives de la guerre contre le terrorisme*, Paris, André Versailles, 2009 ;
- **PHILLIPS (D.)**, *Losing Iraq. Inside the Postwar Reconstruction Fiasco*, New York, Basic Books, 2009;
- **PICTET (J. S.)**, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, vol. 4, 1956 ;
- **PICTET (J.)**, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève/Paris, A. Pedone, Institut Henri-Dunant, 1983 ;
- **PROVOST (R.)**, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002;
- **ROUSSEAU (C.)**, *Le droit des conflits armés*, Paris, A. Pedone, 1983 ;
- **SCAHILL (J.)**, *Blackwater, l'ascension de l'armée privée la plus puissante du monde*, Actes Sud, Coll. Questions de société, 2008 ;
- **SCHMELCK (R.)**, **PCCA (G.)**, *L'Etat face au terrorisme*, Paris, Pouvoir, 1979 ;
- **SCOTT (J. B.)** (dir.), *Les Conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918 ;
- **SINGER (P.)**, *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*, New York, Cornell University Press, Coll. Cornell Studies in Security Affairs, 1st Revised Edition, 2007;
- **SOUFI (J.)**, *Vers une définition universelle du terrorisme ?* EUE, 2015,
- **TERESTCHENKO (M.)**, *Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, Paris, La Découverte, 2008 ;
- **TOUGAS (M.-L.)**, *Droit international, Sociétés militaires privées et conflit armé. Entre incertitudes et responsabilités*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ;
- **WEBER (M.)**, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Free Press, 1964;
- **WRIGHT (Q.)**, *A Study of war*, Chicago, The University of Chicago, tome I, Second Edition, 1983;
- **ZEMMALI (A.)**, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 1997 ;

C. OUVRAGES COLLECTIFS, MELANGES

- **ABI-SAAB (G.)**, « Les protocoles additionnels, 25 ans après », in **FLAUSS (J. F.)** (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ;
- **ABRAHAM (G.)**, « The Contemporary Legal Environment », in **MILLS (G.)**, **STREMLAU (J.)**, *The Privatization of Security in Africa*, Johannesburg, the South African Institute of International Affairs, 1999;
- **ANDREANI (G.)**, **HASSNER (P.)**(dir.), *Justifier la guerre ?* Paris, Sciences Po Les Presses, 2005 ;
- **ALDRIH (G. H.)**, « Individuals as subjects of international humanitarian law » in **MAKARCZYK (J.)** (éd.), *Theory of international law at the 21st century*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, pp. 851-858;
- **BASSIOUNI (C.)**, « International Crimes: *Jus cogens* and *Obligatio Erga Omnes* », in **JOYNER (C. C.)**, **BASSIOUNI (C.)**(dir.), *Reigning in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights. Proceedings of Siracusa Conference, 17-21 september 1998*, Toulouse, Eres, Coll. Nouvelles études pénales, n° 14, 1998;
- **BASSIOUNI (C.)**, **WISE (E. M.)**(dir.), *Aut Dedere Aut Judicare : The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995;
- **BEDJAOUI (M.)**, « Le droit humanitaire à l'ère des ruptures des consensus nationaux et internationaux », in *La guerre aujourd'hui, défi humanitaire, Rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Bernard-Levrault, Genève, 1986, p. 68;
- **BESSON (S.)**, « Post-souveraineté ou simple changement de paradigmes? Variations sur un concept essentiellement contestable », in **BALMELLI (T.)**, **BORGHI (A.)**, **HILDBRAND (P.-A.)** (éditeurs), *La souveraineté au XXI^e siècle*, Editions interuniversitaires suisses, Fribourg, 2003, p. 9.
- **BOTHE (M.)**, **PARTSCH (K.)**, **SOLF (W. A.)** (dir.), *News Rules for victims of the Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1982;

- **BOURDON (W.)**, « Les camps de détention illégaux : le cas Guantanamo », in **BIGO (D.)**, **BONELLI (L.)**, **DELTOMBE (T.)**, *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La Découverte, 2008 ;
- **BOURGUES HABIF (C.)**, « Le terrorisme international », in **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)**, **PELLET (A.)**(dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000 ;
- **BOUSTANY (K.)**, **DORMOY (D.)**, (dir.), *Perspectives humanitaires: entre conflits, droit(s) et action*, Bruxelles, Bruylant, 2003;
- **BUIRETTE (P.)**, **LAGRANGE (P.)**(dir.), *Droit international humanitaire*, Paris, La Découverte, 1996 ;
- **CHALIAND (G.)**, **BLIN (A.)**(dir.), *Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al-Qaïda*, Paris, Bayard, 2004 ;
- **CHRISTAKIS (T.)**, « Unilatéralisme et multilatéralisme dans la lutte contre la terreur : l'exemple du terrorisme biologique et chimique », in **BANNELIER (K.)**, **CORTEN (O.)**, **DEL COURT (B.)**, **GUILLAUME (G.)**(dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, A. Pedone, 2002 ;
- **COMBACAU (J.)**, **SUR (S.)**(dir.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010 ;
- **CONDORELLI (L.)**, "L'évolution récente des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire", in *Mélanges offerts à THIERRY (H.)*, Paris, Pedone, 1998 ;
- **COPPOLANI (A.)**, « La résistible évolution du libéralisme américain : du consensus libéral au mouvement néo-conservateur », in **FRECHET (H.)** (dir.), *Questions d'histoire. La démocratie aux Etats-Unis et en Europe, 1918-1989*, Paris, Editions du Temps, 1999 ;
- **DAUDET (Y.)**, « International action against State terrorism », in **HIGGINS (R.)**, **FLORY (M.)**(edts), *Terrorism and International Law*, London/New-York : LES/Routledge, 1997 ;
- **DAVID (E.)**, « Le statut des personnes détenus par les Etats-Unis à la suite du conflit Afghan (2001-2002) », in **BANNELIER (K.)**, **CORTEN (O.)**, **DEL COURT (B.)**, **GUILLAUME (G.)**(dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002;
- **DAVID (E.)**, *Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales*, in **FLAUSS (J. F.)**(dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ;

- **DINSTEIN (Y.)**, « The Distinction between Unlawful Combatants and War Criminals », in **DINSTEIN (Y.)**, **TABORY (M.)**(dir.), *International Law at the Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Maritnus Nijhoff Publishers, 1989;
- **CARREAU (D.)**, « La souveraineté était un principe essentiel de droit interne destiné à ordonner la société politique », in **CARREAU (D.)**, **MARRELLA (F.)**, *Droit international*, Paris, A. Pedone, Coll. Etudes internationales, 11^{ème} éd., 2012 ;
- **DUGARD (J.)**(dir.), « Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions », in **CASSESE (A.)**, **GAETA (P.)**, **JONES (J. R. W. D.)**(dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2002;
- **EISEMANN (P.-M.)**, « Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense », sous la direction de : **BANNELIER (K.)**, **KRISTAKIS (T.)**, **CORTEN (O.)**, **DELCOURT (B.)**(dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, CEDIN Paris I/Cahiers internationaux n°17, 2002 ;
- **FOYER (J.)**, « Droit et politique dans la répression du terrorisme en France », in Mélanges offerts à **LEVASSEUR (G.)**, *Droit pénal et droit européen*, Paris, Litec, 1992 ;
- **FREEMAN (M.)**, **DUKIC (D.)**, « Jus Post Bellum and Transitional Justice », in **CARSTEN (S.)**, **KLEFFNER (J. K.)**(dir.), *Jus Post Bellum. Towards a Law of Transition from Conflict to Peace*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2008;
- **FURET (M.-F.)**, **MARTINEZ (J.-C.)**, **DORANDEU (H.)**, *La guerre et le droit*, Paris, A. Pedone, 1979 ;
- **GAETA (P.)**, « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux », in **CASSESE (A.)**, **DELMAS-MARTY (M.)**(dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002 ;
- **GASSER (H.-P.)**, *International Humanitarian Law : an Introduction*, in **HAUG (H.)**(dir.), *Humanity for All : the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Berne, Paul Haupt Publishers, 1993;
- **GHERARI (H.)**, « Le mercenaire », in **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)**, **PELET (A.)**(dir.), *Droit international pénal*, Paris, A. Pedone, 2000 ;
- **GREENWOOD (C.)**, « Historical Development and Legal Basis », in **FLECK (D.)**, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1995;
- **GUILLAUME (G.)** dans sa Préface de l'ouvrage *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, CEDIN Paris I/Cahiers internationaux n° 17, 2002 ;

- **GUILLAUME (G.)**, « Jus Cogens et souveraineté », *L'Etat dans le monde souverain d'aujourd'hui*, in Mélanges en l'honneur de **PUISSOCHET (J.-P.)**, Paris, Pedone, 2008;
- **HASBI (A.)**, **LAMOURI (M.)**(dir.), « La définition de l'agression à l'épreuve de la réalité » in *Discours juridique sur l'agression et réalité internationale. Réalités du droit international contemporain*, Reims, Publications universitaires de Reims, 6^{ème} Rencontre de Reims, 1982 ;
- **HUBAC (O.)**(dir.), **BAUER (A.)**, **MAYER (J.)**, **MICHAUD (Y.)**(dir.), *Mercenaires et polices privées : La privatisation de la violence armée*, Paris, éd. Encyclopaedia Universalis, 2006;
- **KLEIN (P.)**, « Vers la reconnaissance progressive d'un droit à des représailles armées ? », sous la direction de : **BANNELIER (K.)**, **KRISTAKIS (T.)**, **CORTEN (O.)**, **DELCOURT (B.)**(dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, CEDIN Paris I/Cahiers internationaux n°17, 2002 ;
- **KRISTOL (W.)**, **KAPLAN (L. F.)**(dir.), *Notre route commence à Bagdad*, Paris, Saint-Simon, 2003 ;
- **LAMY (P.)**, « Le déclin du droit international classique ? » in **GHERARI (H.)**, **SZUREK (S.)** (sous direction), *L'émergence de la société internationale. Vers la privatisation du droit international ?* Pedone, Paris, 2003, p. 340 ;
- **LAURENS (H.)**, « Le terrorisme comme personnage historique », in : **LAURENS (H.)** & **DELMAS-MARTY (M.)**(dir.), *Terrorisme. Histoire et droit*, Paris, C.N.R.S., éd., 2010, pp. 9-66 ;
- **LAGOT (D.)**, « Cour pénale internationale et impunité des Etats puissants, la CPI une justice à sens unique ? », in **ANDERSON (N.)**, **LAGOT (D.)** (dir.), *La justice internationale aujourd'hui : Vraie justice à sens unique ?*, Paris, L'Harmattan, 2009 ;
- **LEVRAT (N.)**, « Les conséquences de l'engagement pris par H.P.C. de "faire respecter" les Conventions humanitaire », in **KALSHOVEN (F.)**, **SANDOZ (Y.)**, (dir.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989 ;
- **MAHABHARATA, PARVA (S.)**, **SINGH (N.)**(dir.), « Armed Conflicts and Humanitarian Law of Ancient India », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean PICTET*, Genève/La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, CICR, 1984 ;
- **McDONALD (A.)**, « The Legal Status of Military and Security Subcontractors », in **ARNOLD (R.)**, **HILDBRAND (P.-A.)**(dir.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflict, Changes and Challenges*, Lausanne, Edis, 2005;

- **MCLEOD (A. M.)**, « The War against terrorism and the « War » against terrorism », in **LEE (S. P.)**(dir.), *Intervention, Terrorism, and Torture : Contemporary Challenges to Just War Theory*, Dordrecht, Springer, 1st Edition of orig. éd., 2007, Coll. Amintaphil: The philosophical foundations of Law and Justice, 2010;
- **NATHAN (L.)**, « Afrique : cinq questions, cinq défis », in **GRANDVOINET (H.)**, **SCHNEIDER (H.)** (sous la direction de), *La gestion des conflits en Afrique, un déficit permanent*, Paris, 1998, p. 47 ;
- **OLIVIER (C.)**, « Les organisations non gouvernementales et la repression pénale internationale », in *Les organisations internationales des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 123;
- **PELLET (A.)**, « La responsabilité des dirigeants pour crime international de l'Etat. Quelques remarques sommaires au point de vue du droit international », in **DOUCET (G.)**(dir.), *SOS Attentats, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003 ;
- **PENNA (L. R.)**, « Customary International Law and Protocol I : Analysis of some provisions », in **SWINARSKI (C.)**, *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean PICTET*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984 ;
- **REUTER (P.)**, « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges **VIRALLY (M.)**, Paris, Pedone, 1991;
- **SAAR (E.)**, **NOVAK (V.)**(dir.), *Inside the Wire: A Military Intelligence Soldier's Eyewitness Account of Life at Guantanamo*, New York, The Penguin Press, 2005;
- **SANDOS (Y.)**, **SWINARSKI (C.)**, **ZIMMERMANN (B.)**(dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Martinus Nijhoff/CICR, 1986;
- **SANDOZ (Y.)** « L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes », in **FLAUSS (J. F.)** (dir.), *Droit et justice, Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ;
- **SANDOZ (Y.)**, « Guerre contre le terrorisme : fondements juridiques et réflexion prospective », in **DOUCET (G.)**(dir.), *SOS Terrorisme, Victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003 ;

- **SANDOZ (Y.)**, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes », in **FLAUSS (J.-F.)**, *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Coll. Nemesis, 2002 ;
- **SANDRA (S.)**, « La question du statut des « prisonniers du champ de bataille », in *Onzième rencontre internationale d'Aix-en-Provence*, Paris, A. Pedone, Colloque des 17 et 18 janvier 2003, en l'honneur d'Ahmed MAHIOU, 2003 ;
- **SASSOLI (M.)**, « Combattants et Combattants illégaux », in **CHETAIL (V.)**(dir.), *Permanence et Mutation du Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ;
- **SASSOLI (M.)**, « La responsabilité internationale de l'Etat face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation : quelques réflexions », in **DELAS (O.)**, **DEBLOCK (C.)** (dir.), *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ;
- **SASSOLI (M.)**, **CAMERON (L.)**, « The Protection of Civilian Objects – Creed State of the Law and Issues *Lege Ferenda* », in **RONZITTI (N.)**, **VENTURINI (G.)**, *The Law of Air Warfare – Contemporary Issues*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006;
- **SCHABAS (W.)**, « La place de la coutume dans les travaux des Commissions vérité, justice et réconciliation : le cas de la Sierra Leone », in **TAVERNIER (P.)**, **HENCKAERTS (J.-M.)**(dir.), *Droit international coutumier : Enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ;
- **SOREL (J.-M.)**, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », in **BANNELIER (K.)**, **CHRISTAKI (T.)**, **CORTEN (O.)**, **DEL COURT (B.)**(dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002 ;
- **STERN (B.)**, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », in **BANNELIER (K.)**, **CHRISTAKI (T.)**, **CORTEN (O.)**, **DEL COURT (B.)**(dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, CEDIN Paris I/*Cahiers internationaux* n° 17, 2002 ;
- **SCHABAS (W. A.)**, « Terrorisme : crime contre l'humanité ? », in *SOS Attentats terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, éd. Calmann-Lévy, 2003 ;
- **SULTAN (H.)**, « La conception islamique », in Institut Henry-DUNANT, *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, Pedone, Institut Henri-DUNANT/UNESCO, 1986 ;
- **SZUREK (S.)**, « Le jugement des auteurs d'actes de terrorisme : quels tribunaux après le 11 septembre ? » in **BANNELIER (K.)**, **CHRISTAKIS (T.)**, **CORTEN (O.)**, **DEL COURT (B.)** (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002 ;

- **WEYEMBERGH (A.)**, « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in **BRIBOSIA (E.)**, **WEYEMBERGH (A.)** (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ;

D. COLLOQUES, CONFERENCES

- **AEPLI (P.)**, « De l'Etat-nation à l'Etat-mafieux : les avatars de la menaces », in *Guerre, armées et sociétés, Actes du Symposium, Centre d'histoire et perspective militaires*, Pully (Suisse), 1998, p. 29 ;

- **ARTUCIO (A.)**, « L'impunité et le droit international », in *Commission nationale consultative des droits de l'homme et Commission internationale des juristes. L'impunité des auteurs des violations graves des droits de l'homme*, Rencontres internationales, 2-5 novembre 1992, Dijon-Chenôve, 1993 ;

- **D'ONORIO (J.-B.)**, *Considérations sur la morale in La morale et la guerre : actes du XI^{ème} Colloque national des juristes catholiques*, Paris, 23-24 novembre 1991 ;

- **DUBOUIS (L.)**, *Les rapports du droit régional et du droit universel*, in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque, SFDI, 1976 ;

- **GHEBALI (V.-Y.)**, « La problématique de la guerre civile dans le monde de la post-bipolarité », in *Guerre, armées et Sociétés : Actes du symposium 2002*, Pully, 2002, p. 137 ;

- **SASSOLI (M.)**, son intervention lors de la Conférence organisée par le CEIM et la Chaire RAOUL-DANDURAND, *L'Irak : et maintenant ?* Institut d'études internationales de Montréal, Conférence présentée à l'Université du Québec à Montréal le 24 mars 2003, p. 6. Cf. Conférence de presse du 6 mars 2003, « *Président George W. BUSH Discusses Iraq in National Press Conference* ».

- **SCHÜLE (A.)**, « La prospective et la guerre : continuité et mutations », in *Guerre, armées et Sociétés, Centre d'histoire et prospective militaires, Actes du Symposium de 2002*, Pully (Suisse), p. 282 ;

E- SEMINAIRE, CONGRES

- **JOINET (L.)**, « Un état des lieux des principes et standards internationaux de la justice transitionnelle », in **BLEEKER (M.)**, *La justice transitionnelle dans le monde francophone : Etat des lieux*, Conférence paper, Séminaire tenu à Yaoundé (Cameroun) du 4 au 6 décembre 2006, 2007, Principes 18 à 32.
- **PAPAPOLYCHRONIOU (S.)**, « Proposition de communication au VI^{ème} Congrès de droit constitutionnel », Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005.

II- DICTIONNAIRES JURIDIQUES ET CODE

A. DICTIONNAIRES JURIDIQUES

- **BOUCHET-SAULNIER (F.)**, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 2006;
- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, Paris, Association H. Capitant, 7^{ème} éd. 1995 ;
- **GARNER (B. A.)**(éd.), *Black's Law Dictionary*, New York, Thomson West, 10th Revised éd. 2014;
- **SAINT-BONNET (F.)**, « Exception, nécessité, urgence », in **ALLAND (D.)**, **RIALS (S.)** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, , Paris, PUF (Quadrige), 2003;
- **SALMON (J.)** (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2000;

B. CODE JURIDIQUE

- **DAVID (E.), TULKENS (F.), VANDERMEERSCH (D.)**, *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^e éd., 2013;

III- THESES ET MEMOIRES

A. THESES

- **DUPONT (C.)**, *La participation de personnes privées à des opérations militaires : aspects juridiques*, Université de Strasbourg, thèse soutenue le 10 juin 2014 ;
- **FINCK (F.)**, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. Essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale*, Université de Strasbourg, thèse soutenue le 1^{er} Juin 2011 ;
- **MEGRET (F.)**, *L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : Vers un nouveau partage des compétences judiciaires ?* Université Paris I- Université de Genève, thèse soutenue le 14 octobre 2005 ;
- **QUEGUINER (J.-F.)**, *Le principe de distinction dans la conduite des hostilités : un principe traditionnel confronté à des défis actuels*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, thèse soutenue en 2006 ;

B. MEMOIRES

- **CORDIER (M.)**, *Certains aspects actuels de la définition de l'agression*, Mémoire de l'Institut des Hautes Etudes internationales (I.H.E.I.) de l'université de Paris II, 1973 ;
- **DRUETZ (T.)**, *La contractualisation de compagnies militaires privées dans la guerre : Retour à l'utilisation des mercenaires ou nouvelle configuration de l'exercice de la violence légitime ?* Mémoire de maîtrise en études internationales, Université Laval, 2009 ;
- **JACQUOT (C.)**, *Le statut des détenus de Guantanamo capturés en Afghanistan au regard du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : quelle protection dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » ?* Mémoire, Genève, 2011 ;
- **OKOKO (G.)**, *La coopération entre le système des Nations Unies et les Organisations internationales*, Université de Reims Champagne-Ardenne 2008-2009 ;
- **RAMBAUD (M.)**, *Le droit international humanitaire face au terrorisme : les prisonniers de Guantanamo*, Mémoire soutenu à l'Université de Lyon 2, Institut d'Etudes politiques, Lyon, 2007 ;

IV- ARTICLES SCIENTIFIQUES ET ARTICLES DE PRESSE

A. ARTICLES SCIENTIFIQUES

- **AGO (R.)**, « Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1971, vol. 2, New York, NU, pp. 103-38 ;
- **ALDRICH (G.)**, « The Taliban, al-Qaeda and the Determination of Illegal Combatants », *AJIL* Vol. 96, oct. 2002, p. 891;

- **ANDREANI (G.)**, « La guerre contre le terrorisme : un succès incertain et coûteux », *IFRI/PE*, 2011/2 Eté, p. 260 ;
- **ANDREANI (G.)**, « La guerre contre le terrorisme, le piège des mots », *AFRI*, vol. IV, 2003, pp. 102, 103 ;
- **ANDREANI (G.)**, « La guerre contre le terrorisme : un succès incertain et coûteux », *IFRI, PE*, 2011/2-Eté, p. 257 ;
- **ANDRIES (A.), DAVID (E.), VAN DEN WIJNGAERT (C.), VERHAEGEN (J.)**, « Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *RDPC*, 1994, pp. 1174-1175 ;
- **AZUBUIKE (L.)**, « Status of the Taliban, and Al-Qaeda Soldiers: Another Viewpoint », *CJIL*, 2003;
- **BASSIOUNI (C.)**, « Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability over Realpolitik », *CWRJIL*, vol. 35, n° 2, 2003, p. 204; pp. 191-204;
- **BASSIOUNI (C.)**, « Searching for Peace and Achieving Justice: The Need of Accountability », *LCP*, vol. 59, n° 4, 1996, p. 15.
- **BEERNAERT (M.-A.)**, « 10. Le décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme », *RIDP*, vol. 77, 2006/1, p. 2 ;
- **BOMANN-LARSEN (L.)**, « Licence to Kill? The Question of Just vs. Unjust Combatants », *JME*, vol. 3, 2004, p. 144;
- **BOSLY (S.), VAN RAVENSTEIN (M.)**, « L'harmonisation des incriminations », in *ADPE*, sous la direction de **FLORE (D.)**, dossiers de la *RDPC*. , n° 9, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 45 ;
- **BUHLER (P.)**, « Les Etats-Unis et le droit international », *Commentaire*, automne 2003, Vol. 26, N° 103, pp. 517-562 ;
- **CAINE (P.)**, « International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Planners and Instigators or Foot Soldiers », *IJPM*, vol. II, n° 3, 2009, pp. 345-357 ;
- **CAMPANA (A.)**, « La montée des tensions au Caucase du Nord après la prise d'otage de Beslan », *Sécurité mondiale, Programme paix et sécurité internationales*, n°13, novembre 2004, pp. 1-4 ;
- **CASSESE (A.)**, « The Martens clause: half a loaf or simply pie in the sky? », *EJIL*, vol. 11, n° 1, 2000, pp. 187-216;
- **CHAGNOLLAUD (J. P.)**, « Terrorisme et violence politique », *RCM*, n°20, hiver 1996-1997 ;

- **CHARNEY (J. I.)**, « International Agreements and the Development of International Customary Law », *WLR*, vol. 61, n° 3, 1986, pp. 971-996, p. 971;
- **CLAVET (S.)**, « Les enjeux du terrorisme international. L'impossible définition d'un phénomène protéiforme : le terrorisme international est-il révélateur des faiblesses de l'Etat de droit ? », *Equipe de recherche sur le terrorisme et l'antiterrorisme (ERTA)*, 2006, p. 1 ;
- **CLOVAR (J. S.)**, « Remember, We're The Good Guys »: *The Classification and Trial of the Guantanamo Detainees*, 45 *S. Tex. L. Rev.* 351, 2004;
- **CONDERELLI (L.)**, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP*, édition A. Pedone, Paris, 2001, p. 829 ;
- **CONDORELLI (L.)**, « L'imputabilité à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, (1984-VI), tome 189, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 71 ;
- **CONDORELLI (L.)**, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP*, 2001/4, pp. 829-848 ;
- **COSNARD (M.)**, « Observations à propos de l'arrêt rendu par la Haute Cour de Justice écossais dans l'affaire Lockerbie », *AFDI*, 2000, pp. 643-653, p. 646 ;
- **DAVID (E.)**, « La Cour pénale internationale », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 313, 2005, p. 369 ;
- **DE JONGE OUDRAAT (C.)**, « Conseil de sécurité de l'ONU et la lutte contre le terrorisme », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp. 116-117 ;
- **DE VARBRES (H. D.)**, « Le procès de Nüremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, vol. 70, Leiden, Sijthoff, 1947, p. 545 ;
- **DEGUZMAN (M. M.)**, « Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court », *MJIL*, vol. 33, 2011, pp. 265-319, pp. 271-274;
- **DELAS (O.)**, **TOUGAS (M.-L.)**, « Quelques réflexions entourant la participation de compagnies militaires privées aux conflits armés », *RQDI*, Hors-série, 2011 ;
- **DELMAS-MARTY (M.)**, « Violence et massacres : Entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSCDPC*, n° 1, 2009, pp. 59-68 ; p. 66 ;
- **DEYSINE (A.)**, « La Cour suprême des Etats-Unis. Droit, politique et démocratie », Paris, Dalloz, 2015, pp. 152 à 155 ;
- **DINSTEIN (Y.)**, « Unlawful Combatancy » (2002) 32 *IYHR*, 247;

- **DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, « Répression du terrorisme », éd. Bayard, *RIDC*, n° 4, Paris, 1973, p. 23;
- **DÖRMANN (K.)**, « The legal situation of “unlawful/unprivileged Combattants” », *IRRC* march, Vol. 85, N° 849, 2003, pp. 45;
- **DOUCET (G.)**, « Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes », *RIDP*, vol. 76, 2005/3, p. 1 ;
- **DOUCET (G.)**, « Terrorisme : violation grave du droit international », p. 25 (www.sos-attentats.org/publications/doucet.pdf);
- **DUPUIS (P.-M.)**, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, 1984-V, p. 21 ;
- **DUPUY (P.-M.)**, « Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States », *EJIL*, 1992, pp. 132;
- **FINAUD (M.)**, « L’abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au droit international humanitaire », *RGDIP*, 2006-4, p. 861 ;
- **FITZPATRICK (J.)**, « Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War or Terrorism », *AJIL*, 2002, p. 346;
- **FLETCHER (G. P.)**, « Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : *Hamdi, Padilla* et les détenus de Guantanamo Bay », *RTDH*, 2004, n° 60, pp. 841-859 ;
- **FLORE (D.)**, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : Genèse, principes et conséquences », *QADPPP*, 2005 ;
- **GLENNON (M. J.)**, « De l’absurdité du droit impératif (jus cogens) », *RGDIP*, vol. 110, n° 3, 2006, pp. 529-536 ;
- **GOFFI (E.)**, « Drones aériens de combat et morale. Survol et éléments de réflexion », in Centre de recherche de l’armée de l’air et centre d’études stratégiques aérospatiales (dir.), *Les drones aériens : passé, présent et avenir. Approche globale*, *La DF*, Paris, 2013, p. 359 ;
- **GUILLAUME (G.)**, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, vol. 215, 1989, pp. 287-416 ;
- **HAUPAIS (N.)**, « Les enjeux juridiques de la « Privatisation de la guerre », Paris, *AFDI*, LV-2009-CNRS Editions, p. 87 ;
- **HENCKAERTS (J.-M.)**, « Customary International Humanitarian Law : Taking Stock of the ICRC Study », *NJIL*, vol. 78, 2010, pp. 435-468;

- **HENROTIN (J.)**, « Le drone, figure aérienne du mal ? », *DSI*, Hors série, n°30, juin-juillet, 2013, pp. 50, 52 ;
- **HOPPE (C.)**, « Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies », *EJIL*, 2008, pp. 889-1014, p. 991;
- **JEANGENE VILMER (J.-B.)**, « Légalité et égalité des drones armés », *PE*, 2013, p. 122 ;
- **JOSEPH (P.)**, *Al-Qaeda & Taliban Unlawful Combatants Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed conflict*, 55 A.F.L Rev. 1, 38, 2004;
- **KARACS (G.)**, **BRUNO (H.)** (dir.), « Le terrorisme et l'Union européenne », in *Közpolitika*, Budapest, 2002 ;
- **KELSEN (H.)**, « Théorie du droit international public », *RCADI*, tome 84, 1953, p. 85 ;
- **KIENLEN (P.)**, « International Justice v. Local Peace-Case Study of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Reconciliation Process in the Balkans », *VJICL*, vol. 5, n° 4, 2011, pp. 632-696-667-668;
- **KOLB (R.)**, « Sur l'origine du couple terminologique *ius ad bellum/ius in bello* », *CICR*, n°827, oct., 1997.
- **KONARNICKI (W.)**, « La définition de l'agression dans le droit international moderne », *RCADI*, 1949, II, pp. 5 ;
- **LABAYLE (H.)**, « Droit international et lutte contre le terrorisme », *AFDI*, 1986, p. 118 ;
- **LAMBERT (P.)**, « Dignité humaine et interrogatoires musclés de la police », *RTDH*, 1^{er} janvier 2000, p. 123 ;
- **LAPIDOTH (R.)**, « Qui a droit au statut de prisonnier de guerre ? », *RGDIP*, 1978, p. 190-199 ;
- **LAPOINTE (M.-E.)**, « Le droit international humanitaire, à la merci des entreprises militaires et de sécurité privées ? », *RQDI*, 24.1, 2011, p. 71 ;
- **LEVUE (H. S.)**, « Documents on Prisoners of War », *ILS*, vol. 60, p. 294-299;
- **MALLINDER (L.)**, « Can Amnesties and International Justice be Reconciled? », *IJTJ*, vol. 1, 2007, pp. 208-230; p. 214;
- **MASSA (A. S.)**, « NATO's Intervention in Kosovo and the Decision of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Not to Investigate: An Abusive Exercise of Prosecutorial Discretion », *BJIL*, vol. 24, n° 2, 2006, pp. 610-649;
- **MASTOR (W.)**, « La prison de Guantanamo : réflexions juridiques sur une zone de « non-droit », *AFDI*, vol. 54, 2008 ;

- **MAXWELL (M. D.), WATTS (S. M.)**, « Unlawful enemy combatant: Status, Theory of culpability, or Neither? », *JICJ*, vol. 5, n° 1, mars 2007, p. 19-25;
- **MERON (T.)**, « The Humanization of Humanitarian Law », *AJL*, vol. 94, 2004, pp. 239-278, p. 262;
- **MINNETRON (P.)**, « Rogue States Sponsors of Terrorism? », *GLJ*, vol. 3, n°9, 1^{er} Sept. 2002;
- **NAHLIK (S. E.)**, « L'extension du statut de combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977 », *RCADI*, 1979, vol. III, p. 182-185 ;
- **NEEL (L.)**, « Juridiction internationale des criminels de guerre : la solution aux violations graves du droit international humanitaire ? », *Criminologie*, vol. 33, n°2, 2000, p. 152 ;
- **NIEMINEN (K.)**, « The Rules of Attribution and the Private Military Contractors and Abu Ghraib: Private Acts or Public Wrongs? », *FYIL*, 2004;
- **ORENTLICHER (D. F.)**, « Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime », *YLJ*, vol. 100, n° 8, 1991, pp. 2537-2615;
- **PELLET (A.)**, « La terreur, la guerre, l'ONU-que faire des Nations Unies ? », *European Integration Studies, Miskolc, Volume 1. Number 1*, 2002, pp. 13-18 ; p. 14 ;
- **PELLET (S.)**, « De la raison du plus fort ou comment les Etats-Unis ont (ré)inventé le droit international et leur droit constitutionnel », *ADI*, 2002, pp. 5-6 ;
- **POMES (E.)**, « Etats-Unis/Pakistan « Assassinat ciblé » d'un membre d'Al-Qaïda par drone au Pakistan », *RGDIP*, mai 2010, Chronique des faits internationaux, Tome 115, N°1, 2011 ;
- **PRADEL (J.)**, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *RD*, 1987, Chronique, (pp. 39-50), pp. 40-41 ;
- **RAGAVAN (S.), MIRELES (M. S.)**, Jr. « *The Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts* », *ULR*, 2005: 619 No. 2, p. 619;
- **RAMBAUD (P.)**, « La définition de l'agression par l'Organisation des Nations Unies », *RGDIP.*, Tome LXXX, 1976, pp. 841-863 ;
- **ROBERTS (A.)**, « Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights », *AJI*, 2006, pp. 580, 622;
- **ROTH (K.)**, « Drawing the Line: War Rules and law Enforcement Rules in the Fight against Terrorism », *Human Rights Watch*, January 2004, p. 1;

- **SANDOZ (Y.)**, « Lutte contre le terrorisme et droit international », *RSDIDE*, 3/2002, p. 348 ;
- **SASSOLI (M.)**, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYIL*, vol. 39, 2001, pp. 11-12 ;
- **SASSOLI (M.)**, « The Status of Persons Held in Guantanamo under International Humanitarian Law », *JICJ*, 2004, p. 103;
- **SASSOLI (M.)**, *La définition du terrorisme et le droit international humanitaire*, *RQDI*, 2007, p. 29 ;
- **SCHARF (M.)**, « Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court », *CILJ*, vol. 32, n° 3, 1999, pp. 507-528; p. 516;
- **SCHMITT (C.)**, « Ethique de l'Etat et Etat pluraliste », *Parlementarisme et Démocratie*, 1930, p. 146 ;
- **SCHNINDLER (D.)**, « The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols », *RCADI*, vol. 163, 1979-II, p. 131;
- **SIMMA (B.)**, **ALSTON (P.)**, « The Sources of Human Rights Law: Custom, jus Cogens, and General Principle », *AYBIL*, vol. 12, 1988-1989, pp. 82-108; pp. 105-106;
- **SIVAKUMARAN (S.)**, « Re-envisaging the international Law of internal Armed conflit », *EJIL*, vol. 22, n°1, 2011, pp. 219-264, p. 238;
- **SOTTILE (A.)**, « Terrorisme international », *RCADI*, vol III, 1938, p. 97 ;
- **SPRINZAK (E.)**, « Fundamentalism, Terrorism and Democracy », *JSS*, mai 1987;
- **SPRINZAK (E.)**, «Brothers against Brothers», New York, *Free Press*, 1999;
- **STEWART (J.)**, « Unlawful Confinement as Applied in International Criminal Law », *JICJ*, 2006, pp. 20, 21;
- **STEYNE (J. V.)**, « Guantanamo Bay: The Legal Black Hole », *ICLQ*, 2004, n° 53, 1, pp. 9-10;
- **TIGROUDJA (H.)**, « Quel (s) droit (s) applicable (s) à la « guerre au terrorisme » », *AFDI*, vol. 48, 2002. p. 82 ;
- **VAN SCHAACK (B.)**, « The Killing of Asama Ben Laden and Anwar Al Awlaqi: Uncharted Legal Territory », *YIHL*, vol. 14, 2011, pp. 255-326;
- **VAN STEENBERGHE (R.)**, « Le pacte de non-agression et de défense commune de l'Union africaine : entre unilatéralisme et responsabilité collective », *RGDIP*, 2009-1, p. 139 ;
- **VERHOEVEN (J.)**, « Les étirements de la légitime défense », *AFDI*, 2002, p. 49-80 ;

- **VERINE (S.)**, « La coopération internationale en matière de lutte contre le terrorisme », *PE*, N°4, 1986, p. 979 ;
- **VROOM (C.)**, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux », *Communication-Etats-Unis, AIJC*, 2002, vol. XVIII, pp. 189-191 ;
- **WANLESS (W. C.)**, « Corporate Liability for International Crimes Under Canada's Crimes against Humanity and war Crimes Act », *7 JICJ* 201, 2009;
- **WATKIN (K.)**, « Combatants, unprivileged belligerents and conflicts in the 21st century », *IDFLR*, Vol. I, 2003, pp. 81-84 ;
- **WATKIN (K.)**, « Warriors without Rights? Combattants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy », *HPCR*, Occasional Paper Series, Harvard University, Hiver 2005, numéro 2, p. 26;
- **WECKEL (P.)**, « L'institution d'un Tribunal pénal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI*, 1993, pp. 232-261 ;
- **WECKEL (P.)**, « Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo », *RGDIP*, 2002-2, p. 364 ;
- **WEIGEND (T.)**, « Societas Delinquere Non Potest? A German Perspective », *6 JICJ* 927, 2008, p. 928;
- **WIGFALL GREEN (A.)**, « The military commission », *AJIL*, 1948, p. 831-848;
- **ZOUREK (J.)**, « Enfin une définition de l'agression », *AFDI*, vol. XX, 1974, pp. 10-19 ;
- **ZOUREK (J.)**, « La définition de l'agression et le droit international. Développement de la question », *RCADI*, 1957, II, pp. 755 et s ;

B. ARTICLES DE LA PRESSE FRANÇAISE ET ETRANGERE

- **BERNS (D.)**, « L'incroyable pari néoconservateur », *Le soir*, 28 avril 2003 ;
- **BURNS (J. F.)**, « Hussein Rallies Iraqi Defenders in Speech », *The New York Times*, 25 mars 2003;

- **CHAMAYOU (G.)**, « La chasse à l'homme, une nouvelle doctrine de guerre », *Libération*, 3 mai 2011 ;
- **COLOMBANI (J.-M.)**, « Nous sommes tous Américains ! », *Le Monde*, 13 sept. 2001.
- **CORNELLIER (M.)**, *Le Devoir*, 7 fév. 2002, pp. 1-8 ;
- **De la GORCE (P.-M.)**, « Washington et la maîtrise du monde », in *Le Monde diplomatique*, avril 1992 ;
- **FABRICE (R.)**, « Les contaminés du World Trade Center », *Libération* du 21 oct. 2003 ;
- **FIFE (R.)**, « Ottawa proposes detainee deal », *National Post*, 5 févr. 2002;
- **GOLDEN (T.)**, **SCHMITT (E.)**, « A Growing Afghan Prison Rivals Blead Guantanamo », *New York Times*, 26 fév. 2006;
- **GOLUB (P. S.)**, « Rêves d'Empire de l'Administration américaine », *Le Monde diplomatique*, Juil. 2001 ;
- **GREY (V. S.)**, « Les Etats-Unis inventent la délocalisation de la torture », *Le Monde diplomatique*, avril 2005 ;
- **HABERMAS (J.)**, « Qu'est-ce que le terrorisme », *Le Monde diplomatique*, fév. 2004, p. 17 ;
- **HAZAN (P.)**, « Pour Paul GROSSRIEDER (qui est le directeur général du CICR), de la Croix-Rouge, il faut compléter les Conventions de Genève ». « Le droit humanitaire doit s'adapter », *Libération*, 30 janv. 2002 ;
- **HERSH (S.)**, « Torture at Abu Ghraib », *New Yorker*, 10 mai 2004 ;
- **HODGSON (M.)**, « US censured for waterboarding », *The Gardian*, 7 février 2008, « UN Blasts White House on Waterboarding », *Associated Press*, 6 fév. 2008;
- **HUGUEUX (V.)**, « Les nouveaux chiens de guerre », Paris, *L'Express*, 2 mai 1996 ;
- **IGNACIO (R.)**, « Les Etats-Unis entre hyperpuissance et hyper hégémonie : le nouveau visage du monde », *Le monde diplomatique*, déc. 2001, pp. 1, 10, 11 ;
- *International Herald Tribune*, 9 sept. 2004 ;
- **JARREAU (P.)**, « Les Etats-Unis et la France sont au bord d'une crise diplomatique », *Le Monde*, 11 mars 2003 ;
- **JAY LIFTON (R.)**, « Haditha: In an "Atrocity-Producing Situation"-Who Is to Blame?», *Editor & Publisher*, 4 juin 2006;
- **JEHL (D.)**, **JOHNSTON (D.)**, « Rule Change Lets C.I.A Freely Send Suspects Abroad to Jails », *New York Times*, 6 mars 2005;

- **JURGEN (H.)**, « Qu'est-ce que le terrorisme », in *Le Monde diplomatique*, fév. 2004, p. 17 ;
- **KAMER (H.)**, « Gulliver auf Guantanamo? », *Neue Zürcher Zeitung* (26/27 janv. 2002) 3;
- **KANSTROOM (D.)**, « Unlawful Combatants in the United States-Drawing the Fine Line between Law and War », *American Bar Association Human Rights Magazine*, hiver 2003;
- **KNICKMEYER (E.)**, « Haditha, Memories of a Massacre », *The Washington Post*, 27 mai 2006, p. 1;
- **KORTE (G.)**, **VANDEN BROOK (T.)**, « White House: At least 64 to 116 civilians killed in drone strikes since 2009 », *USA Today*, 1^{er} juil. 2016;
- **LAFARGUE (F.)**, « Ceux qui ont fabriqué les taliban », *Libération*, 17 sept. 2001;
- **LACINA (N. P.)**, « Monitoring Trends in Global Combat: A New Dataset of Battle Deaths », *EJP*, 2005, n°21, p. 162;
- *L'Histoire*, « Les guerres du pétrole », n° 279, sept. 2003, p. 46 ;
- *Le Figaro*, « Irak, objectif Bagdad », hors-série, 12 mars 2003, p. 3 ;
- *Le Monde* du 10 déc. 2003, pp. 1, 4 ;
- *Le Monde*, « Le dernier soldat américain a quitté l'Irak », déc. 2011 ;
- *Le Monde*, 19 nov. 2002 ;
- *Le Monde*, 2 nov. 2002 ;
- *Le Monde*, 23 janv. 2001 ;
- *Le Monde*, 21 et 22 mai 2003. Points de presse du Quai d'Orsay du 7 novembre 2003 et du 20 fév. 2004 ;
- *Le New York Times*, 20 mai 2005;
- *Le New York Times*, « Patterns of Abuse », 23 mai 2005;
- **LESER (E.)**, « Simulacres d'interrogatoires à Guantanamo », *Le Monde*, 3 mai 2005.
- **MANDELA (N.)**, « Toute action (militaire et totale) serait aussi impopulaire que celle des terroristes », *Le Monde*, 28 sept. 2001 ;
- **MARGUIN (J.)**, « Privatisation des forces armées, une évolution inéluctable? », *L'Armement*, n° 69, mars 2000, p. 2 ;
- **MAYER (J.)**, « The Risks Of A Remote-Controlled War », *NPR*, oct. 21, 2009;
- **MAZZETTI (M.)**, « Military Memo: War's Risks Include Toll on Training Values », *The News York Times*, 4 juin 2006, p. 10;

- **MONGE (Y.)**, « A los talibanes detenidos se les trata como prisioneros de guerra-Jakob Kellenberger, Président del CICR », *El Pais*, 31 janvier 2002 ;
- **NAGEL (T.)**, « War and Massacre », *Philosophy and Public Affairs*, 1 (2), hiver 1972, p. 140;
- *Paris Match*, 3 Fév. 2011 ;
- **PELLET (A.)**, *Le Monde*, 21 sept. 2001 ;
- **PRIEST (D.)**, « CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons », *Washington Post*, 2 nov. 2005;
- **RAMONET (I.)**, « Buts de guerre », *Le Monde diplomatique*, nov. 2001, p. 1 ;
- **ROBERTSON (G.)**, *The Times*, 18 sept. 2001;
- **ROSETT (C.)**, « POWs. CUBA: The Red Cross needs to get real. », *Wall Street journal* (23 janvier 2002);
- **SAVAGE (C.)**, **SHANE (S.)**, « U. S. Reveals Death Toll From Airstrikes Outside War Zones », *New York Times*, 1^{er} juil. 2016;
- **SCHMIDT (E.)**, **CLOUD (D. S.)**, « General Faults Marine Response to Iraq Killings: Calls Officers Negligent », *The New York Times*, 8 juil. 2006, p. 1;
- **SEMPLE (K.)**, « Iraqi Says Immunity for Soldats Fosters Crime », *The News York Times*, 6 juil. 2006, p. 8;
- **SINGER (P. W.)**, *Le Temps*, 30 avril 2004 ;
- **SMITH (S.)**, « Le sommet de Paris donne une résonance africaine au discours français sur l'Irak », *Le Monde*, 22 fév. 2003 ;
- *The Washington Post*, « Three Detainees Commit Suicide at Guantanamo », 11 juin 2006;
- **THOMAS (A. K.)**, « The news mercenaries and the Privatization of Conflict », *Parameters*, 1999;
- *Time Magazine*, «the second American century», New York, 29 déc. 1999;
- **TOUREILLE (J.)**, « Les périls stratégiques et moraux du recours aux drones », *Chronique Etats-Unis*, 27 oct. 2009, p. 1 ;
- **TREAN (C.)**, « Le premier ministre défend la "légitimité" d'une riposte américaine », *Le Monde* du 5 oct. 2001, p. 3 ;
- **VAÏSSE (J.)**, « La croisade des néoconservateurs », *L'Histoire*, fév. 2004 ;

- **WEDGEWOOD (R.)**, « Personal View: Prisoners of a different war: The Geneva Convention applies to conventional soldiers, not to the terrorists being held at Camp X-Ray », *Financial Times*, 30 janv. 2002;
- **WORTH (R. F.)**, « U.S. Military Braces for Flurry of Criminal Cases in Iraq », *The New York Times*, 9 juil. 2006, p. 10;

V- ACTES D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A. CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES

- Résolution 2170 (2004), S/RES/2170 (2014).
- Résolution 1378 du 14 décembre 2001 relative à la réorganisation de l'Afghanistan après la défaite du régime taliban.
- Résolution 1378 du 14 novembre 2001, adoptée par le Conseil de Sécurité à sa 4415^e séance.
- Résolution du 20 déc. 2001 (S/RES/1386 (2001)), voyons également les résolutions adoptées la même année : 1378 et 1383.
- Résolutions 1373 et 1566 du CS des NU successivement (28 septembre 2001 et 8 octobre 2004).
- Résolution 1566 du CS des NU, du 8 oct. 2004.
- Résolutions 687 (1991) et 748 (1992) du CS des NU, en vertu desquelles l'Etat iraquien est directement condamné pour des actes de terrorisme.
- Résolution 748 du CS des NU (1992).
- Résolutions 1044 (1996), 1054 (1996) et 1070 (1966) du CS. Dans ces différentes résolutions, le CS sanctionne le Soudan pour son manque de coopération à la suite de l'attentat terroriste contre le Président égyptien en Ethiopie le 6 juin 1995.

- Résolutions 1267 (1999), 1540 (2004) du CS des NU.
- Résolution 1267 Doc. Off. CS NU, 4051^{ème} séance, Doc. NU S/RES/1267 (1999).

B. ASSEMBLEE GENERALE

- La résolution 67/1 de l'Assemblée générale du 24 septembre 2012.
- Résolution 49/60 par. 3 de l'AG des NU (1994).
- Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, voir *United Nations Audiovisual Library of international Law*, 2008.
- Résolution 51/210 de l'AG des NU du 16 janv. 1997, visant à éliminer le terrorisme international.
- Le principe 18 de la résolution 1989/65 du 24 mai 1989 du Conseil économique et social intitulée « Prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions ».
- La résolution 44/34 du 4 décembre 1989 de l'AGNU. En effet, deux textes relatifs aux mercenaires furent adoptés avant cette date méritent d'être signalés. Il s'agit notamment de l'article 47 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, et la Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique, adoptée par l'Organisation de l'union africaine (OUA), à Libreville, le 3 juil. 1977.
- La résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale du 18 décembre 1971 intitulée « Question du châtimeut des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité » ; résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale du 3 décembre 1973 sur les « Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtimeut des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ».
- Résolution 2840, *Question du châtimeut des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité*, AG des NU (2025^{ème} séance), 18 déc. 1971.

- Résolution 3074, *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*, AG des NU (2187^{ème} séance), 3 déc. 1973.
- Résolution AG 2625 (XXV), Doc. Off. AG NU, 25^e sess., annexe, point 85, Doc. NU A/8082 (1970) 132 (*Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*).
- Résolution 2312, Déclaration sur l'asile territorial, art. 1 § 2, AG des NU, 22^{ème} session, 14 déc. 1967.
- La résolution 95 (1), *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg*, AG des NU (55^{ème} séance), 11 déc. 1946.

VI- COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE

- CICR, « *Droit international humanitaire et terrorisme : questions et réponses* », 1 janv. 2011 ;
- CICR, « *Le droit humanitaire et des défis posés par les conflits armés contemporains* », *Rapport soumis à la XXXI^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge* (CI/11/5. 1. 1), Genève, CICR, 28 nov. – 1^{er} déc. 2011 ;
- CICR, *Méthodes et moyens de guerre*, 29 octobre 2010 ;
- CICR, « *Le rôle des Etats dans la répression des violations du droit international humanitaire* », interview du 27 octobre 2010;
- **FLORENT (J.-L.)**, directeur adjoint des affaires juridiques au Ministère des affaires étrangères, son intervention lors des 5 à 7 du CICR consacré à l'anniversaire des CG, « *Le droit international humanitaire est-il encore pertinent ?* », 7^e éd., 2009 ;
- **SANDOZ (Y.)**, son intervention lors des 5 à 7 du CICR consacré à l'anniversaire des CG, « *Le droit international humanitaire est-il encore pertinent ?* », 7^e éd., 2009 ;

- **VITE (S.)**, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *RICR*, N° 873, 2009 ;
- **ROSS (J.)**, « Sévices infligés à des prisonniers : la réponse légale apportée par les Etats-Unis à la question de la torture depuis le 11 septembre 2001 », *RICR*, N° 867, 2007 ;
- **ROSS (J.)**, « Black letter abuse: the US legal response to torture since 9/11 », *IRRC*, Vol. 89, N° 867, sept. 2007;
- **HENCKAERTS (J.-M.)**, **DOSWALD-BACK (L.)**, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, CICR, Vol. I : Règles, 2006 ;
- **CANNIZZARO (E.)**, « Contextualizing Proportionality: *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Lebanese War », *IRRC*, vol. 88 N° 864, déc. 2006;
- CICR, *La pertinence du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme*, Déclaration, du 27 juil. 2005 ;
- **PFANNER (T.)**, « Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire », *RICR*, vol. 87, N° 857, Mars 2005 ;
- **BALGUY-GALLOIS (A.)**, « Protection des journalistes et des médias en période de conflit armés », *RICR*, 2004;
- *Droit international humanitaire : questions et réponses*, CICR, 15 mai 2004;
- CICR, « Droit international humanitaire et terrorisme : questions et réponses », 14 mai 2004 ;
- **RONA (G.)**, « Quand une "guerre" n'est-elle pas une "guerre" ? Le droit des conflits armés et la « guerre internationale contre le terrorisme » », *CICR*, 16 mars 2004 ;
- CICR, « *Le droit international humanitaire et les défis que posent les conflits armés contemporains* », un rapport préparé pour la XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2-6, déc. 2003 ;
- **DÖRMANN (K.)**, « The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants" », *The International Review of the ICRC*, march, Vol. 85, N° 849, 2003;
- **SASSOLI (M.)**, **BOUVIER (A.)**, *Un droit dans la guerre ?* Genève, CICR, 2003 ;
- **NAQVI (Y.)**, « Doubtful Prisoner-of-War Status », *RICR*, vol. 84, sept. 2002;
- **BUGNION (F.)**, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », *RICR*, sept. 2002, vol. 84, n° 847;
- CICR, *La répression pénale des violations aux règles du droit international humanitaire*, 19 octobre 2002, p. 3, (Sur la base d'un article paru dans la revue : « Le Comité

- international de la Croix-Rouge et la mise en œuvre du système de répression des infractions aux règles du droit international humanitaire », *RICR*, n° 807, mai-juin, 1994 ;
- **CONDORELLI (L.)**, « La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits : outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire ? », *IRRC*, vol. 83, n° 842, juin 2001 ;
 - **LAUCCI (C.)**, « Juger et faire juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire », *CICR*, vol. 83, N° 842, 2001 ;
 - *CICR, Afghanistan : Le CICR demande à toutes les parties au conflit de respecter le droit international humanitaire*, Communication à la presse 1/47, 844 CICR, 24 oct. 2001 ;
 - **BUGNION (F.)**, « Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits de notre temps », *RICR*, 1999 ;
 - **SANDOZ (Y.)**, *The international Committee of the Red Cross as Guardian of international humanitarian law*, Genève, CICR, 1998;
 - *CICR, Commentaire de l'article 44 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977 ;
 - Doc. ONU A/CONF. 169/ONG/CICR/1, Neuvième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (Le Caire, 1995), *Déclaration du CICR*, 30 avril 1995 ;
 - **DOSWALD-BECK (L.)**, **VITE (S.)**, « Le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *RICR*, n° 800, 1993 ;
 - **GASSER (H.-P.)**, *International Humanitarian Law : an Introduction*, in : *Humanity for All : the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. HAUG (ed.), Berne, Paul Haupt Publishers, 1993;
 - **DRAPER (G. I. A. D.)**, « La contribution de l'Empereur Açoka MAURYA au développement des idéaux humanitaires de la conduite de la guerre », *RICR*, n° 812, mars-avril 1985 ;
 - **SANDOZ (Y.)**, **SWINARSKI (C.)**, **ZIMMERMANN (B.)**(dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, La Haye, Martinus Nijhoff, CICR, 1986, § 1679 ;
 - **CONDORELLI (L.)**, **BOISSON DE CHAZOURNES (L.)**, « Quelques remarques à propos de l'obligation de "en toutes circonstances" » in **SWINARSKI (C.)**, (dir.), *Etudes et essais*

sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet, Genève, CICR, 1984;

- **DIALLO (Y.)**, *Traditions africaines et droit humanitaire, similitudes et divergences*, Genève, CICR, 1976 ;
- L'exposé de **NAURU** écrit sur l'avis demandé par l'organisation mondiale de la santé (OMS), (Traduit par le CICR) ;
- L'intervention de Jean-Luc FLORENT, (Ministère des affaires étrangères—Quai D'Orsay), « Débat 5 à 7 du CICR 4/12 : le droit international humanitaire est-il encore pertinent ? », les soixantième ans des Conventions de Genève ;
- **MAURER (P.)**, « Les drones armés doivent être utilisés dans le respect des lois », *CICR* ;
- **PICTET (J.)**,(dir.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1959 ;
- **PICTET (J.)**,(dir.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1959 ;
- **PICTET (J.)**,(dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, vol. III, 1958 ;
- **PICTET (J. S.)**,(dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, Convention de Genève relative à la protection des personnes civils en temps de guerre*, Genève, CICR, Vol. 4, 1956 ;
- **PICTET (J.)**, *Commentaire de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, CICR, 1952 ;
- **HUBER (M.)**, « Le droit des gens et l'humanité », *CICR*, août 1952 ;

VII- CONVENTIONS

- Charte des Nations Unies, Statut de la Cour internationale de Justice, éd. Paris, A. Pedone, 2008 ;
- Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ;

- Conventions de Genève de 1949 ;
- Convention pour la répression du financement du terrorisme, adoptée le 9 déc. 1999, entrée en vigueur le 10 avr. 2002 ;
- Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, du 15 déc. 1997 ;
- Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, du 9 déc. 1994 ;
- Convention de Montréal sur le marquage des explosifs plastiques aux fins de détection, du 1^{er} mars 1991 ;
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1984 ;
- Convention contre la prise d'otages, du 17 déc. 1979 ;
- Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, du 14 déc. 1973 ;
- Convention de Montréal sur la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, du 23 septembre 1971, complétée le 24 fév. 1988 par un protocole relatif à certains actes de violence commis dans les aéroports ;
- Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 déc. 1970 ;
- Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord d'aéronefs, 14 sept. 1963 ;

VIII- PRATIQUES NATIONALES

A. CONSTITUTION

- Constitution américaine de 1787.

B. LEGISLATIONS INTERNES

1- La législation américaine

- Loi du 17 octobre 2006, *Military Commission Act (MCA)* ;
- *Military Commission Order No. 1, Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*, march, 21 2002;
- *Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizen in the War Against Terrorism*, 66 FR 57833 (November 16, 2001), Secrétariat d'Etat à la Défense;
- *U.S. Army Field Manual 27-10, The Law of Land Warfare*, 1956 révisé en 1976, chap. 1, section 1, § 2;
- *Supreme Court of the United States, Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942);
- Le Code des Etats-Unis, §§ 2241-2243 ;
- *Laws of War: General Orders 100* (Connu sous le nom de « Lieber Codes »).

2- La législation Française

- Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, *journal officiel de la République française*, 10 sept. 1986 ;

3- La législation allemande

- Section 129 a) du Code pénal de la République fédéral d'Allemagne ;

4- La législation Belge

- La loi belge sur les infractions graves du 16 juin 1993—*Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocole additionnel I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions* (16 juin 1993), in *Moniteur belge*, 5 août 1993 ;

IX- JURIDICTIONS INTERNATIONALES

A. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1- Avis

- CIJ, Avis du 9 juil. 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, paragraphe 139 (La CIJ dans son avis sur le mur en territoire palestinien, rappelle que l'article 51 suppose une agression armée d'un Etat contre un autre Etat) ;
- CIJ, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* du 8 juillet 1996, § 9 ;

2- Arrêts

- CIJ Recueil 2012, p. 422, p. 422 à 443. La Cour ajoute que les Etats parties à la Convention contre la torture ont « [e]n raison des valeurs qu'ils partagent, [...] un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité » (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 449, par. 68). La Cour réaffirme que l'objet et le but de la Convention sont « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture, en évitant l'impunité des auteurs de tels actes » (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 451, § 74,75) ;
- CIJ, , arrêt du 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro)*, §§ 396 et ss ;
- CIJ, *Activités armées sur l territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 173 ;
- CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, [1986] CIJ rec. 114 au § 220 ;
- CIJ., *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique/Iran)*, Arrêt du 24 mai 1980, Rec. 1980, pp. 28-37, § 56-79 ;
- *L'Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power company, Limited*, (deuxième phase) — Belgique c. Espagne, 1970, CIJ, rec. 3 ;

- CIJ, 9 avril 1949, *Affaire dite du Déroit de Corfou* ;

B. COUR PÉNALE INTERNATIONALE

- CPI, *Procureur c. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 542.

C. TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

- TPIY, *Procureur c. Naletilic et Martinovic*, IT-98-34, 31 mars 2003, para. 211 ;
- *Procureur c. Kunarac et al.* (Affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A), jugement, 12 juin 2002, § 98 ;
- TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Kupreskic et consorts*, n° IT-95-16-T, jugement, 14 janv. 2000, § 520 ;
- TPIY, Chambre de première instance, *arrêt Furundzija* du 10 déc. 1998, § 183 ;
- TPIY, Chambre de première instance, *Procureur c/ Anto Furundzija*, aff. n° IT-95-17/1-T, 10 déc. 1998, § 153 ;
- TPIY, jugement du 16 novembre 1998, *Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21-T, § 271 ;
- *Procureur c. Tadic* (Case n° IT-94-1-T), opinion et jugement, 7 mai 1997, § 645 ;
- TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'Appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-A, 2 octobre 1995, § 70 ;
- TPIY, *Procureur c. Tadic*, IT-94-AR 72, 2 octobre 1995, § 70 ;
- TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'Appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-A, 2 oct. 1995, § 70 ;

- CPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 oct. 1995 ;
- TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic alias « Dule » : Opinion séparée du Juge ABI-SAAB relative à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 oct. 1995, affaire n°IT-94-1-AR72 ;

D. TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR LE RWANDA

- TPIR, Chambre de 1^{er} instance I, *Le Procureur c/ Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, n° 96-3-T, jugement et sentence, 6 déc. 1999, § 46 ;
- TPIR, Chambre de jugement, 2 septembre 1998, *Procureur c. Akayesu*, ICTR 96-4, § 633 ;

E. SENTENCE ARBITRALE

- *L’Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* (Espagne c. Royaume-Uni), la sentence arbitrale rendue dans cette affaire par le juriste Max HUBER, donne à lire qu’il « ne saurait être d’avis que les actes commis par la troupe ou par des soldats isolés ne puissent en aucun cas engager la responsabilité internationale de l’Etat. L’article 3 de la Convention du 18 octobre 1907 relative aux lois de la guerre sur terre établit le principe de pareille responsabilité précisément pour l’éventualité la plus importante », sentence arbitrale du 1^{er} mai 1925, R.S.A., Vol. II ;

F. TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL DE NÜREMBERG

- Tribunal militaire international de Nüremberg, jugements des 30 septembre et 1^{er} octobre 1946, doc. Off. Vol. I ;

X- RAPPORTS ET DISCOURS

A. RAPPORTS

- Le Rapport remis par Christof HAYNS à l'AG des NU (document de l'AG des NU A/68/382 du 13 sept. 2013), §13 ;
- Rapport de la 63^{ème} session (26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011) de la Commission du droit international pour plus de développement sur l'historique de ces travaux portant sur cette question et des interrogations qu'elle suscite, doc. ONU, A/66/10, Chapitre 10;
- CDI, 63^{ème} session, quatrième rapport du Rapporteur spécial de la CDI sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre, 63^{ème} session, 2011, doc. ONU, A/CN. 4/648, 31 mai 2011, § 91;
- **ALSTON (P.)**, *Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted Killings*, 28 may 2010, 14th session ;
- Amnesty International, Rapport annuel 2005, Etats-Unis d'Amérique ;
- Troisième Rapport du Rapporteur spécial de la CDI sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*Aut dedere aut judicare*), **GALICKI (Z.)**, 60^{ème} session, 2008, doc. ONU, A/CN.

4/603, 10 juin 2008, § 98, CDI (60^{ème} session), *L'obligation d'extrader ou de poursuivre (Aut dedere aut judicare), Observations et informations reçues des gouvernements*, doc. ONU, A/CN. 4/612, 26 mars 2009, § 19, 33;

- **TAGUBA (A.)**(préface), Physicians for Human Rights, Broken Laws, *Broken Lives : Medical Evidence of Torture by US Personnel and Its Impact*. TAGUBA est l'auteur d'un rapport d'enquête sur les abus commis à l'encontre d'Irakiens aux mains des soldats américains dans la prison d'Abou Ghraïb. (« *Que l'Administration ait commis des crimes de guerre ne fait plus aucun doute. La seule question désormais est de savoir si ceux qui les ont ordonnés en seront rendus responsables* », Major-général Antonio TAGUBA, juin 2008) ;

- « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session » (Doc. NU A/56/10), dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. II, partie II, New York/Genève, NU, 2007, (A/CN.4/SER.A/2001/Add.1(Part 2), p. 40;

- Rapport de Human Rights Watch, *Enduring Freedom*, mars 2004, 59 pages;

- Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), *Rapport d'analyse portant sur l'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité*, N° 429, oct. 2005 ;

- **KOUFA (K. K.)**, *Terrorisme et droits de l'Homme*, Deuxième rapport intérimaire, Conseil économique et social, voir document des Nations Unies E/CN. 4/Sub. 2/2002/35 ;

- Procès-verbal de la conférence de presse de Mary ROBINSON, Haut-Commissaire aux droits de l'homme, 25 sept. 2001 ;

- *US President, Military Order on Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*, 13 nov. 2001;

- Nations Unies, *Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de Sécurité*, 13 février 1995, Doc. ONU S/1995/134, § 12 ;

- Doc. ONU S/25704, *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, 3 mai 1993, § 37 ;

- Le Rapport confidentiel du Pentagone datant de 1992, intitulé *Defense Policy Guidance 1992-1994* ;

- Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 du Conseil de Sécurité, 13 mai 1993 ;

- Rapport de la *CDI* sur les travaux de sa 28^e session, *Ann. CDI* 1976, vol. II, 2^e partie;
- **EMMERSON (B.)**, *Report of the special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, Conseil des droits de l'homme, 25^e Session, point 3 de l'ordre du jour (A/HRC/25/59) ; (ci-après « Ben EMMERSON, Rapport final »), § 39-69 ;
- « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session », (Doc. NU A/9610/Rev1), *Annuaire de la Commission du droit international* 1974, vol. II, partie I, New York, 1975, (A/CN/SER.A/1974/Add. 1), p. 293, par. 17;
- « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats » (Doc. NU A/CN.4/217/Add.2), *ACDI*, 1971, New York, NU, vol. II, partie I, 1973;
- Le Rapport de la Commission du droit international (2^{ème} session, 5 juin-29 juillet 1950), doc. ONU, AG, documents officiels, 5^e session, supplément n° 12, (A/1316);
- Le Rapport de **TAYLOR** (Brigadier General, U.S.A., Chief of Counsel for War Crimes), *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Under Control Counsel Law N°10*, 15 august 1949;

B. DISCOURS

- **HOLLANDE (F.)** : « Le terrorisme, nous lui faisons la guerre », Vœux au corps diplomatique, 16 janvier 2015 ;
- Discours tenu en Janvier 2011, au lendemain de l'enlèvement suivi de l'assassinat de deux français, Vincent **DELORY** et Antoine **De LEOCOUR**, au Niger par Al-Qaïda au Maghreb islamique (AQMI) ;
- **WAXMAN (M.)**, *Discours d'ouverture au Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Genève, Suisse, 17 juillet 2006 ;
- George W. BUSH, *Discours sur l'état de l'Union*, 29 janvier 2003;
- Discours à la nation de George W. BUSH, demandant le 17 mars 2003 à Saddam **HUSSEIN** de quitter le pouvoir dans les 48 heures ;

- Discours du Président BUSH au Congrès le 20 septembre 2002 : « *Notre guerre contre le terrorisme commence par Al-Qaïda mais ne se termine pas là. Elle ne se terminera que lorsque chaque groupe terroriste capable de frapper à l'échelle mondiale aura été repéré, arrêté et vaincu.* » ;
- Discours sur l'état de l'Union du 29 décembre 2002. L'expression fut de toute évidence créée par le rédacteur des discours de George W. BUSH, David FRUM ;
- Le Président George W. BUSH, Discours à West Point, june 1st 2002 ;
- Discours sur l'état de l'Union du 29 janvier 2002, le Président George W. BUSH désignait l'Iran, l'Irak et la Corée du Nord comme membres d'un « Axe du Mal » ;
- Discours du Président George W. BUSH devant le Congrès, 20 septembre 2001, le Monde, 1^{er} octobre 2001 ;
- *Discours du Président Georges W. BUSH sur l'état de l'Union*, Le Capitole des Etats-Unis, Washington, 29 janvier 2002, Consulté le 29 juin 2001 ;
- Maximilien de Robespierre, *Discours à la Convention* du 5 février 1794 ;
- **DUBOIS-CRANCE (E. L. A.)**, Discours prononcé devant l'Assemblée nationale française, le 12 décembre 1789 ;

XI- DECLARATIONS, CONFERENCES DE PRESSE ET COMMUNIQUES

A. DECLARATIONS

- Déclaration du Secrétaire général de l'ONU Ban KI-Moon, de passage à Islamabad, Université nationale pour les Sciences et les technologies, le 13 août 2013 ;
- **ARBOUR (L.)**, Commissaire des NU aux droits de l'homme, a déclaré qu'elle n'aurait « aucun problème à définir (*le waterboarding*) comme tombant sous l'interdiction de la

torture ». « UN says waterboarding should be prosecuted as torture », *Reuters*, 8 février 2008;

- Déclaration de D. DE VILLEPIN au Conseil de Sécurité des Nations Unies, le 14 février 2003 ;

- Déclaration de M. ROBINSON, Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, le 16 janvier 2002 à Genève ;

- ANNAN (K.), Déclaration prononcée le 12 septembre 2001 ;

- Déclaration de David SCHEFFER, ambassadeur des Etats-Unis et chef de la délégation américaine, faite le 23 juillet 1998 devant le Comité des affaires étrangères du Sénat faisant suite à la Conférence de Rome ;

- Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies, Doc. Off. AG NU A/Rés. 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, premier principe, 9^e al., troisième principe, 2^e al. ;

B. CONFERENCES DE PRESSE

- Conférence de presse du Président George W. BUSH à Panama le 7 novembre 2005 : « *Nous ne torturons pas, et donc nous travaillons avec le Congrès afin de faire en sorte que nous pourrions à l'avenir accomplir notre tâche* » (« *We do not torture and therefore we're working with Congress to make sure that as we go forward, we make it more possible to do our job.* ») ;

- Conférence de presse du Président George W. BUSH du 7 fév. 2002 ;

- Conférence de presse du Secrétaire à la Défense des Etats-Unis du 11 et 22 janvier 2002, Donald RUMSFELD, "DoD News Briefing—Secretary RUMSFELD and Gen. PACE—Tuesday, Jan. 22, 2002 ;

- Conférence de presse du Secrétaire à la Défense des Etats-Unis du 11 et 22 janvier 2002, D. RUMSFELD and Gen. Pace-Tuesday, Jan. 22, 2002 »;

- Conférence de presse du Secrétaire à la Défense Donald RUMSFELD du 8 fév. 2002;

- George W. BUSH, « Remarks by the President on Iraq », october 7th 2002;
- La conférence de presse du Porte-Parole de la Maison Blanche, Ari Fleischer, dans White House, « Press Briefing by Ari Fleischer » du 28 janv. 2002, en ligne : The White House;
- La Conférence de presse du Secrétaire américain à la Défense, Donald RUMSFELD, du 8 fév. 2002, en ligne : U. S. Department of Defense ;
- La *Conférence de presse* tenue au Pentagone le 21 mars 2002 par le Secrétaire d'Etat à la Défense, en l'occurrence D. RUMSFELD;

C. COMMUNIQUE DE PRESSE

- Communiqué du Ministère de la Défense, « Briefing with Brieg. Gen. CAMPBELL from Bagdad, Iraq », 2 juin 2006;
- Communiqué de presse de la Maison-Blanche, « Statut des détenus de Guantanamo », 7 février 2002 ;

XII- SITES INTERNET

<http://nationalpost.com>

<http://www.afri-ct.org>

<http://www.amnesty.fr>

<http://www.cairn.info>

<http://www.defenselink.mil>

<http://www.elpais.es>

<http://www.icrc.org>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

<http://www.lapresse.ca>

<http://www.lemonde.fr>

<http://www.lexpress.fr>

<http://www.monde-diplomatique.fr>

<http://www.monde-diplomatique.fr>

<http://www.nato.int>

<http://www.oxforddictionaries.com>

<http://www.un.org>

<http://www.un.org>

<http://www.whitehouse.gov>

www.lefigaro.fr

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Adoption.....8 ; 135
Al-Qaïda.....10 ; 11 ; 14
« Agression armée ».....89 ; 103
Applicable.....21 ; 22 ; 201
Application.....24 ; 204
Applicabilité.....22 ; 103 ; 173
Armes de destruction massive..115 ; 121
Attentats.....44
« Axe du Mal ».....109 ; 233 ; 272

B

Belligérant.....75
« bellicisation de la lutte contre le terrorisme ».....85

C

Combattant.....163 ; 280
« Combattants irréguliers ».....139;157 ;
« Combattants illégaux ».....168 ; 250
Conceptualisation.....195
Conflit armé.....21 ; 23
Crime de guerre.....366 ; 370
Crime contre l'humanité.....368
Corpus juridique.....156 ; 159 ; 367
Consensuelle.....55 ; 128
Constitution américaine...141 ; 144 ; 148

D

Définition universelle.....41
Détérioration.....424
Djihad.....12 ; 171 ; 172
« Doctrine bush ».....232 ; 260
Durabilité.....424

E

« Ennemi combattant ».....141
Etat sans Etat.....24
« Etats voyous ».....109

F

Féroce.....295
Frénétique.....13
Fusionner.....10

G

Globalisation du terrorisme10
Guerre fragmentée.....10
Guerre.....10
« Guerre injuste ».....53
« Guerre juste ».....30 ; 31
« Guerre préventive ».....120; 121
« Guerre contre le terrorisme ».....14

H

<i>Habeas corpus</i>	141 ; 145 ; 146 ; 147
Humanité.....	12 ; 414 ; 417
Harmonique.....	424
Humanisation la guerre.....	33

I

Implacablement.....	418
Injustifiable.....	54
Islamiste.....	12
Intrinsèque.....	416
Investi.....	10

J

Justiciabilité.....	146
<i>Jus cogens</i>	91
<i>Jus ad bellum</i>	87
<i>Jus in bello</i>	87

L

Les attentats du 11 septembre 2001...89	
Le droit de Genève.....	184
<i>Lex specialis</i>	30 ; 106

M

Menace mondialisée	35
« Mentalité playstation ».....	221
« Mentalité virtuelle ».....	221
Militarisation de la lutte contre le terrorisme.....	68

N

Non-combattant.....	222
Notion de terrorisme.....	50

O

Objectif militaire.....	413
Obligation de poursuivre.....	342
Organisation internationale.....	9

P

Participation directe aux hostilités....	208
« <i>pacta sunt servanda</i> ».....	374

R

<i>Realpolitik</i>	422
Régime juridique.....	211
Rationaliser.....	414

S

« Stratégie englobante ».....	215
Suprématie.....	12

T

Terreur.....	51
« Terrorisme d'état ».....	19
Terrorisme international.....	59

U

Universalité.....	418
Universellement.....	45 ; 55
Usage de la force.....	9

V

Violation.....	296
Violence.....	57

Violence collective.....	418
« Violence légitime ».....	40

TABLE DES MATIÈRES

Avertissement	1
Dédicaces	2
Remerciements	3
Sigles et abréviations	4
Sommaire	6
Introduction générale	7

PREMIERE PARTIE : DE L'APPLICABILITE A L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE.....67

Titre I : De l'applicabilité du droit international humanitaire.....74

Chapitre I : De la qualification des attentats du 11 septembre 2001.....77

Section I : De la qualification juridique des actes de terrorisme international..... 79

Paragraphe I : Les attaques du 11 septembre 2001 : actes de terrorisme international..... 79

Paragraphe II : La « guerre contre le terrorisme » : une militarisation de la lutte contre le terrorisme 83

Section II : De la position controversée de l'Administration Bush 89

Paragraphe I : Les attaques du 11 septembre 2001 : une « agression armée »..... 89

Paragraphe II : La « guerre contre le terrorisme » : une « guerre » classique..... 89

Chapitre II : De l'existence d'un conflit armé.....	103
Section I : De la nature du conflit armé.....	105
Paragraphe I : De la guerre en Afghanistan : un conflit armé international.....	107
Paragraphe II : De l'invasion de l'Irak suivie de son occupation : un conflit armé international.....	113
Section II : De la détermination du statut des personnes tombées au pouvoir des Etats-Unis	134
Paragraphe I : De la remise en cause du statut des personnes arrêtées puis détenues par les Etats-Unis.....	137
Paragraphe II : De l'antagonisme entre l'exécutif américain et la Cour suprême des Etats-Unis concernant le traitement des personnes détenues.....	140
1- Le traitement des combattants ressortissants américains : un droit reconnu par l'exécutif américain et la Cour suprême des Etats-Unis.....	140
2- Le traitement des combattants ressortissants étrangers : un droit refusé par l'exécutif américain mais accepté par la Cour suprême des Etats-Unis	144
Titre II : De l'application du droit international humanitaire	151
Chapitre I : De l'absence d'équité dans l'application du droit international humanitaire	155
Section I : De l'établissement de la discrimination entre combattants taliban et membres d'Al-Qaïda	160

Paragraphe I : Le statut de prisonnier de guerre accordé aux combattants taliban : juridiquement justifié en vertu des dispositions pertinentes des Conventions de Genève	161
Paragraphe II : Le statut de « combattants illégaux » attribué aux membres d'Al-Qaïda : une interprétation jugée discriminatoire au regard des Conventions de Genève	168
Section II : Du refus des Etats-Unis à garantir certaines normes de protection internationale et nationale	175
Paragraphe I : L'incertitude concernant le statut juridique des prisonniers de Guantanamo : une véritable « zone de non-droit »	176
Paragraphe II : L'ambiguïté entourant le concept de « combattant illégal » : une notion inexistante en droit international humanitaire	181
Chapitre II : De l'application du droit international humanitaire aux entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) ainsi qu'au déploiement des drones armés	192
Section I : De l'encadrement juridique des employés des entreprises militaires et de sécurité privée dans leur participation aux hostilités.....	204
Paragraphe I : Le statut juridique des employés des entreprises militaires et de sécurité privée.....	204
Paragraphe II : Le régime juridique applicable aux employés des entreprises militaires et de sécurité privée	211
Section II : De la mise en place du déploiement massif des drones armés sur le champ de bataille.....	216
Paragraphe I : Les bases juridiques permettant la détermination du statut juridique des drones armés	216

Paragraphe II : Les règles définissant le cadre légal relatif à l'utilisation des drones armés sur et au-delà du champ de bataille220

1- L'utilisation des drones armés sur le champ de bataille : un champ d'application ample et imprécis.....220

2- Le déploiement des drones armés hors du champ de bataille : une absence totale d'approche universelle.....224

DEUXIEME PARTIE : DE LA COMMISSION D'INFRACTIONS GRAVES AU DROIT INTERNATIONALE HUMANITAIRE IMPLIQUANT L'OBLIGATION DE POURSUIVRE.....231

Titre I : De la constatation d'infractions graves au droit international humanitaire conduisant à l'établissement de la responsabilité internationale.....239

Chapitre I : De l'identification d'infractions graves aux règles du droit international humanitaire commises par les organes des Etats-Unis.....244

Section I : De l'attribution des infractions graves du droit international humanitaire aux Etats-Unis248

Paragraphe I : Les infractions graves au droit international humanitaire commises par l'armée américaine248

1- La substitution des règles du droit international humanitaire par la pratique de la torture : de Bagram à Abou ghraïb249

2- La continuation de la pratique de la torture sur la base navale de Guantanamo : un véritable « laboratoire de la torture »	254
Paragraphe II: Les infractions graves au droit international humanitaire orchestrées par la <i>Central Intelligence Agency</i> (CIA)	259
1- Le transfert clandestin des prisonniers de guerre	260
2- La création clandestine des prisons secrètes	266
Section II : De la perspective d'une détention indéfinie en violation des droits fondamentaux de la personne humaine.....	271
Paragraphe I : La multiplicité d'entraves à la poursuite des procédures judiciaires engagées sur le territoire américain et étranger	274
1- Les difficultés à juger les détenus de Guantanamo Bay sur le territoire américain.....	275
2- Les difficultés à juger les détenus de Guantanamo sur un territoire étranger	280
Paragraphe II : La violation par les Etats-Unis des obligations que leur impose le droit international	288
1- L'ineffectivité du droit à un procès équitable pour les détenus de Guantanamo Bay	288
2- L'amplification des exécutions extrajudiciaires au nom de la « guerre contre le terrorisme ».....	291
 Chapitre II : L'établissement de la responsabilité internationale des Etats-Unis et de celle des Entreprises militaires et de sécurité privée	296
 Section I : De l'étendue de la responsabilité internationale des Etats-Unis.....	301
.....	301

Paragraphe I : La responsabilité internationale des Etats-Unis pour infractions graves au droit international humanitaire.....	302
1- La responsabilité internationale des Etats-Unis pour le fait des entreprises militaires et de sécurité privée	303
2- La responsabilité internationale des Etats-Unis en vertu des règles du droit international humanitaire	314
Paragraphe II : La responsabilité pénale individuelle des autorités américaines	317
1- La responsabilité pénale individuelle des autorités politiques américaines ..	317
2- La responsabilité pénale individuelle des autorités militaires américaines ...	322
Section II : De la responsabilité pénale internationale des entreprises militaires et de sécurité privée et de leurs employés.....	329
Paragraphe I : La responsabilité pénale internationale des entreprises militaires et de sécurité privée.....	330
Paragraphe II : La responsabilité pénale individuelle des employés des entreprises militaires et de sécurité privée	337
Titre II : De l'obligation de poursuivre conduisant à l'application des sanctions pour violations graves du droit international humanitaire...	341
Chapitre I : De l'exigence de l'obligation de poursuivre contre les auteurs de violations graves du droit international humanitaire.....	343
Section I : De l'existence de l'obligation de poursuivre incarnée par le droit international humanitaire à sa consécration par la coutume internationale....	

.....	346
Paragraphe I : L'obligation de poursuivre incarnée par le droit international humanitaire.....	346
Paragraphe II : L'obligation de poursuivre consacrée par l'émergence progressive de la coutume internationale.....	351
Section II : Des obstacles susceptibles d'entraver la mise en œuvre de l'obligation de poursuivre	359
Paragraphe I : L'obligation de poursuite restreinte par l'interprétation <i>stricto sensu</i> des Conventions de Genève.....	359
Paragraphe II : L'absence évidente d'une <i>lex specialis</i> encadrant l'obligation de poursuivre.....	363
 Chapitre II : De la mise en œuvre des sanctions pour infractions graves au droit international humanitaire.....	366
 Section I : De l'avancée répressive accomplie par des juridictions pénales en matière de crimes internationaux.....	370
Paragraphe I : L'incorporation dans les législations pénales des Etats des sanctions pour les crimes de guerre	371
1- L'implication des juridictions nationales dans la poursuite des auteurs des crimes de guerre.....	371
2- L'apport des sanctions imposées par la jurisprudence des tribunaux nationaux en matière de répression de crimes de guerre	377
Paragraphe II : L'accomplissement des juridictions pénales internationales dans la répression des crimes de guerre.....	381
1- La primauté accordée aux tribunaux internationaux <i>ad hoc</i> sur les juridictions nationales dans le cadre de la répression pénale	381

2- La complémentarité entre la Cour pénale internationale (CPI) et les juridictions nationales en matière de répression pénale.....	386
Section II : De l'universalité de la répression universelle des infractions graves au droit international humanitaire.....	391
Paragraphe I : L'obligation de l'effectivité de la répression internationale en matière d'infractions internationales.....	391
1- L'affaiblissement de la coopération dans le cadre de l'extradition et de l'entraide judiciaire en matière répressive.....	396
2- L'échec de la compétence universelle en matière de répression internationale.....	400
Paragraphe II : L'insuffisance du système de répression internationale.....	402
1- L'inefficacité de la répression internationale en cas d'infractions graves au droit international humanitaire.....	402
2- L'impunité avérée des auteurs d'infractions internationales au droit international humanitaire.....	406
Conclusion générale	412
Bibliographie	427
Index alphabétiques	477

THESE DE DOCTORAT

Ghislain OKOKO

LA « GUERRE CONTRE LE TERRORISME INTERNATIONAL » ET LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE AU LENDEMAIN DES ATTENTATS DU 11 SEPTEMBRE 2001

Résumé

Qualifiées d'« actes de guerre », les attaques du 11 septembre 2001 ont permis au Président George W. BUSH de justifier ses interventions militaires déclenchées contre les Etats qu'il désignait comme étant l'« Axe du Mal » en référence à l'« Empire du Mal » dénoncé par Ronald REAGAN. Le 18 septembre 2001, le Congrès américain confortait cette militarisation de la lutte contre le terrorisme en votant presque unanimement l'« *Authorization for Use of Military Force* ». La réaction des Etats-Unis se résume en quatre mots bien précis : « guerre contre le terrorisme » (« *War on Terrorism* ») ou « guerre contre la terreur » (« *War on terror* »). Dès le 6 octobre 2001, cette « guerre » prend la forme d'un conflit armé international en Afghanistan et en Irak. L'objectif principal des Etats-Unis était d'éradiquer le terrorisme en détruisant l'organisation terroriste Al-Qaïda dont son leader Oussama BEN LADEN, que George W. BUSH voulait « mort ou vif » (« *Wanted dead or Alive* ») en référence à la justice expéditive du *Far West*. Ces conflits armés ont conduit à la capture des combattants taliban et membres d'Al-Qaïda sur de différents champs de bataille. C'est sur la base du *Military Order* du Président américain, qu'ils seront pour la plupart d'entre eux détenus à la base navale américaine de Guantanamo bay, qualifiés de « combattants illégaux », puis privés du statut de prisonnier de guerre. La pratique quotidienne de la torture par des soldats américains fera de Guantanamo une véritable « zone de non-droit ». Les détenus se sont retrouvés dans un « trou noir juridique » du fait de l'incertitude créée autour de leur statut juridique. Pourtant, la guerre est réglementée par le droit international humanitaire à travers les règles du *jus ad bellum* déterminant les situations dans lesquelles il est licite de recourir à la force, et le *jus in bello* réglementant la conduite d'une guerre. Ce corpus juridique est aujourd'hui largement codifié par les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977. Mais, la « guerre contre le terrorisme » est incontestablement une nouvelle forme de « guerre » qui n'avait pas été envisagée lors de l'adoption des Conventions de Genève. Une lecture attentive de ces conventions peut laisser penser que ces dispositions ne s'appliquent pas aux terroristes qui s'engagent dans des activités totalement contradictoires au droit de Genève. Si bien que, l'applicabilité et l'application de ce droit dans cette « guerre » semblent controversées, notamment en ce qui concerne le statut des personnes arrêtées puis détenues par les Etats-Unis. Toutefois, la constante du droit international humanitaire veut qu'il soit applicable dès qu'une situation de violence se transforme en conflit armé.

Mots clés

« Guerre contre le terrorisme »-Droit international humanitaire-11septembre 2001-Terrorisme-Terrorisme-international-guerre-Conflit armé-applicabilité-application-Conventions de Genève-Protocole additionnel-Entreprises militaires et de sécurité privée-Drone armé-Combattants-« Combattants illégaux »-détenus-prisonnier de guerre.

Abstract

Described as "acts of war", the attacks of 11 September 2001 enabled President George W. BUSH to justify his military interventions against the states he designated as the "Axis of Evil" "Empire of Evil" denounced by Ronald REAGAN. On September 18, 2001, the US Congress reinforced the militarization of the fight against terrorism by almost unanimously voting the "Authorization for Use of Military Force". The reaction of the United States can be summed up in four very specific words: "War on Terrorism" or "War on Terror". As early as 6 October 2001, this "war" took the form of an international armed conflict in Afghanistan and Iraq. The main objective of the United States was to eradicate terrorism by destroying the terrorist organization al-Qaeda, including its leader Oussama BEN LADEN, whom George W. BUSH wanted "dead or alive" Reference to the expeditious justice of the Far West. These armed conflicts have led to the capture of Taliban fighters and al-Qaeda members on different battlefields. It is on the basis of the US President's Military Order that most of them will be detained at the US naval base in Guantanamo bay, described as "illegal combatants", and then deprived of prisoner-of-war status. The daily practice of torture by American soldiers will make Guantanamo a true "no-law zone". The detainees found themselves in a "legal black hole" due to the uncertainty created around their legal status. Yet war is regulated by international humanitarian law through the rules of *jus ad bellum*, which determine the situations in which it is lawful to resort to force, and *jus in bello* regulating the conduct of a war. This corpus of law is today largely codified by the Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols of 1977. But the "war on terror" is undoubtedly a new form of "war" which was not envisaged The adoption of the Geneva Conventions. A careful reading of these conventions may suggest that these provisions do not apply to terrorists who engage in activities that are totally contradictory to Geneva law. Thus, the applicability and application of this right in this "war" seem controversial, particularly with regard to the status of those arrested and then detained by the United States. However, the constant of international humanitarian law is that it should be applicable as soon as a situation of violence turns into an armed conflict.

Key Words

"War on Terrorism" -International Humanitarian Law-September 11, 2001-Terrorism-Terrorism-international-war-Armed conflict-applicability-enforcement-Geneva Conventions-Additional Protocol-Military and Private Security Companies-Armed Drone-Combatants- "Unlawful Combatants" Prisoners of war.