

Article paru dans "The Canadian Yearbook of international law", vol. 39, 2001

La «guerre contre le terrorisme», le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre

Marco Sassòli*

1. Introduction

Ceux qui ont commis les crimes inexcusables du 11 septembre 2001 les ont certainement considérés comme faisant partie de leur « guerre ». Le Président des États-Unis les a également immédiatement désignés comme des actes de « guerre ». La réaction américaine, souvent qualifiée de « guerre contre le terrorisme », n'a pas seulement pris la forme de poursuites pénales nationales et internationales, mais également, depuis le 6 octobre 2001, celle d'une « guerre » en Afghanistan. Dans son discours sur l'état de l'Union du 29 janvier 2002, le Président a utilisé le mot « guerre » à douze reprises, et a laissé entrevoir qu'après la victoire en Afghanistan, la « guerre » allait continuer contre des États comme l'Iran, l'Iraq et la Corée du Nord¹. Si on a beaucoup parlé de « guerre », on n'a, en revanche, pas beaucoup entendu parler de droit, et encore moins de droit international suite à ces événements, et ceci, bien que la réaction des États-Unis ait porté, le temps d'une journée, le nom de « justice immuable ». Pourtant, la « guerre » est un phénomène régi par le droit international, et ce à deux titres : les règles du *jus ad bellum* déterminant les situations dans lesquelles il est licite de recourir à la « guerre » et celles du *jus in bello*, réglant la conduite d'une « guerre ». Ces dernières comprennent en particulier le droit international humanitaire, protégeant les victimes de la « guerre ». Ce droit est aujourd'hui largement codifié dans les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949², auxquelles tous les États de la planète sont parties, et dans leurs Protocoles additionnels de 1977³, qui comptent 159 et 153 États Parties, respectivement, mais qui sont rejetés par les États-Unis et auxquels l'Afghanistan n'est pas partie.

* Professeur de droit international public à l'Université du Québec à Montréal. J'aimerais remercier mes assistants de recherche, Mme Marie-Louise Tougas et M. Alexis Demirdjian, d'avoir révisé un premier projet de cet article.

¹ White House, President George Bush, "President Delivers State of the Union Address", en ligne: White House, <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html>> (date d'accès: 30 janvier 2002).

² *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31, R.T.Can. 1965 n°20 (entrée en vigueur : 14 novembre 1965) [ci-après Ie Convention]; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85, R.T. Can. 1965 n°20 (entrée en vigueur : 14 novembre 1965) [ci-après Iie Convention]; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135, R.T. Can. 1965 n°20 (entrée en vigueur : 14 novembre 1965) [ci-après IIIe Convention]; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287, R.T. Can. 1965 n°20 (entrée en vigueur : 14 novembre 1965) [ci-après IVe Convention].

³ *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 R.T.N.U. 3, R.T.Can. 1991 n°2 (entrée en vigueur : 20 mai 1991) [ci-après Protocole I], et *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609, R.T.Can. 1991 n°2 (entrée en vigueur : 20 mai 1991) [ci-après Protocole II].

Il est donc justifié de vérifier si ce droit international humanitaire s'applique aux attaques contre New York et Washington et à leurs suites et comment il les qualifie. Ceci est d'autant plus indiqué que l'applicabilité et l'application de ce droit dans la « guerre contre le terrorisme » sont controversées, particulièrement en ce qui a trait au statut des personnes arrêtées par les États-Unis en Afghanistan et transférées sur leur base militaire de Guantánamo (Cuba).

Certains ont soutenu que le droit international humanitaire était dépassé (« outdated ») dans cette « guerre contre le terrorisme » et qu'il méritait d'être révisé⁴. Une éminente internationaliste fait valoir que les Conventions de Genève n'ont pas été négociées pour s'appliquer à de tels conflits⁵. Plus nuancés, des 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 s'appliquaient pas si facilement aux conditions actuelles⁶. Même des dirigeants du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), qui est pourtant le gardien des Conventions de Genève⁷, avancent que celles-ci « ne sont pas des tables de la loi faites pour l'éternité. [...] Avec Al-Qaeda, nous sommes en train d'entrer dans une zone grise du droit international humanitaire. Le droit devra s'ajuster à cette évolution de la nature de la guerre »⁸. Le Président G. W. Bush, quant à lui, a répondu à un journaliste qui lui posait la question, que les Conventions de Genève n'étaient pas dépassées⁹. Il a toutefois confirmé les dires de son secrétaire à la défense D. Rumsfeld, qui avait dès le début affirmé que les personnes détenues à Guantánamo n'étaient pas des prisonniers de guerre, mais des « combattants illégaux », tout en

⁴ Voir, par exemple, C. Rosett, « POWs. CUBA: The Red Cross needs to get real. », Wall Street Journal (23 janvier 2002) A33; H. Kamer, « Gulliver auf Guantánamo? », Neue Zürcher Zeitung (26/27 janvier 2002) 3; et certaines remarques du secrétaire américain à la défense D. RUMSFELD lors d'une conférence de presse du 8 février 2002, en ligne : U.S. Department of Defence,

<http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/t02082002_t0208sd.html> (date d'accès : 12 février 2002) 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/news/releases/2002/01/20020128-11.html>> (date d'accès : 29 janvier 2002).
⁵ 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 »)

⁶ Comme 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>>, (date d'accès : 5 février 2002).

⁷ Voir Y. Sandoz, *The International Committee of the Red Cross as Guardian of International Humanitarian Law*, Genève, CICR, 1998.

⁸ P. Hazan, « Pour Paul Grossrieder [qui est 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>> (date d'accès : 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/diario/internacional/index.html?d_date=20020131> (date d'accès : 13 février 2002).

⁹ White House, « President Meets with Afghan Interim Authority Chairman », en ligne: The White House <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020128-13.html>> (date d'accès: 29 janvier 2002).

promettant que les Conventions de Genève seraient, dans les faits, respectées¹⁰. Après certaines hésitations et divergences de vue au sein de son administration, le Président a finalement décidé, le 7 février 2002, que les Conventions de Genève s'appliquaient aux Talibans détenus, mais non pas aux membres d'Al-Qaïda. Malgré cette applicabilité des Conventions, les Talibans qui se trouvent sur la base de Guantánamo ne seraient, néanmoins, pas des prisonniers de guerre.¹¹

Nous sommes donc confrontés à un problème d'interprétation du droit existant (de la *lex lata*) et à la question de savoir si ce droit doit être modifié et dans quel sens il doit l'être (question relevant de la *lex ferenda*). Dans un ordre juridique comme le droit international, qui s'applique à une société décentralisée, dans laquelle les sujets sont en même temps les législateurs, la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* est moins stricte qu'en droit interne. Si tous les États estiment ou veulent que le droit soit changé, il est changé. Ceci est évident pour le droit international coutumier, mais cette affirmation est également valable pour des dispositions conventionnelles comme celles des Conventions de Genève. Une disposition conventionnelle peut tomber en désuétude ou recevoir une interprétation nouvelle en fonction de la pratique ultérieure des parties¹². Les mêmes considérations liées au but, à l'objet et au contexte qui sont invoquées en faveur d'une révision du droit servent également à interpréter le droit existant¹³. Malgré ce qui précède, nous déterminerons, dans un premier temps, si le droit international humanitaire existant s'applique aux attaques du 11 septembre 2001 et au conflit mené par les États-Unis et leurs alliés en Afghanistan. Nous analyserons ensuite les conséquences d'une telle applicabilité, vu l'actualité, à l'exemple des personnes détenues à Guantánamo. Dans un deuxième temps, nous aborderons la question plus fondamentale de savoir si le résultat de notre analyse du droit applicable démontre que les Conventions de Genève doivent être adaptées à la «guerre contre le terrorisme». Dans cet article, nous traiterons le droit, mais nous ne pourrons pas trancher sur les faits. Nous ne sommes ni dans le secret des dieux ni dans celui des services secrets (qui n'ont d'ailleurs pas donné l'impression d'être très au courant de la réalité dans toute cette affaire). Nous devons simplement assumer, pour les fins de cet article, qui est consacré à une discussion du

¹⁰ Conférences de presse du secrétaire à la défense des États-Unis du 11 et 22 janvier 2002, D. Rumsfeld, « DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace - Tuesday, Jan. 22, 2002 », en ligne : U.S. Department of Defense <http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/t01222002_t0122sd.html> (date d'accès 23 janvier 2002) 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/t01112002_t0111sd.html> (date d'accès 13 janvier 2002); 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>> (date d'accès: 6 février 2002).

¹¹ Voir « 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/n02072002_200202074.html> (date d'accès: 8 février 2002); conférence de presse du Secrétaire à la Défense D. Rumsfeld du 7 février 2002, en ligne: *ibid.*, <http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/t02072002_t0207sd.html> (date d'accès: 8 février 2002), ainsi que conférence de presse par le 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>> (date d'accès: 8 février 2002).

¹² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, art. 31 (3) (b).

¹³ *Ibid.*, art. 31 (1).

droit, certains faits ou alors discuter les conséquences juridiques de quelques situations factuelles possibles. De plus, comme c'est toujours le cas lorsque l'on traite de problèmes d'actualité, des faits et arguments supplémentaires risquent de s'être ajoutés au moment où ces lignes sortiront de presse.

2. Le droit international humanitaire et son indépendance absolue des règles relatives à la légalité du recours à la force

Le droit international humanitaire s'applique aux conflits armés et non seulement aux guerres, institution tombée en désuétude – dans la terminologie juridique tout au moins - depuis la seconde guerre mondiale¹⁴. Il limite l'usage de la violence dans ces conflits armés à ce qui est indispensable pour atteindre le but du conflit. Ce dernier peut être - indépendamment des causes au nom desquelles il est mené - uniquement celui d'affaiblir le potentiel militaire de l'ennemi. Le droit international humanitaire protège en particulier celles et ceux qui ne participent pas - ou ne participent plus - directement aux hostilités. La plupart de ses règles, y compris les quatre Conventions de Genève et le Protocole I, ne s'appliquent qu'aux conflits armés internationaux. Les conflits armés non internationaux sont couverts uniquement par des règles plus sommaires, prévues en particulier dans l'art. 3 commun aux Conventions et le Protocole II.

Le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique à une situation qui ne devrait pas exister si le droit international était respecté. En effet, le recours à la force armée dans les relations internationales est interdit par une règle impérative du droit international¹⁵ (le *jus ad bellum* s'est transformé en un *jus contra bellum*). Des exceptions à cette interdiction sont admises en cas de légitime défense individuelle ou collective¹⁶ et de mesures prises ou autorisées par le Conseil de sécurité¹⁷. Au moins l'une des parties viole donc le droit international du seul fait de l'usage de la force, même si elle respecte le droit international humanitaire. Même s'ils sont interdits, les conflits armés surviennent et le droit international doit faire face à cette réalité de la vie internationale, non seulement en la combattant, mais aussi en la réglementant pour garantir un minimum d'humanité dans une situation inhumaine. Pour des raisons pratiques, politiques et humanitaires, le droit international humanitaire doit être identique pour les deux belligérants : celui qui a recours légalement à la force et celui qui viole le *jus contra bellum*. Convaincre les belligérants de respecter le droit international humanitaire serait impossible sinon, car, au moins entre les belligérants, la question de savoir qui a eu recours à la force en conformité avec le *jus ad bellum* et qui l'a violé est toujours controversée. Or, le droit international humanitaire doit être appliqué pendant le conflit par ces belligérants. De plus, d'un point de vue humanitaire, les victimes du conflit nécessitent, de chaque côté, une protection identique. Ce ne sont d'ailleurs généralement pas elles qui sont responsables pour les éventuelles violations du *jus ad bellum* commises par "leur" partie.

¹⁴ Art. 2 (1) commun aux quatre Conventions de Genève; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 96-100.

¹⁵ *Charte des Nations-Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, paragraphe 4 de l'article 2.

¹⁶ Reconnu *ibid.*, art. 51.

¹⁷ Dans les formes prévues *ibid.* au Chapitre VII.

Le droit international humanitaire doit donc être respecté indépendamment de tout argument de *jus ad bellum*. Toutes les théories, passées, présentes ou futures de « guerre juste » ne peuvent concerner que le *jus ad bellum* et ne peuvent pas justifier (mais sont en fait souvent utilisées pour suggérer) que ceux qui se battent pour une cause juste aient plus de droits ou moins d'obligations que leurs ennemis. Cette séparation totale entre *jus ad bellum* et *jus in bello* a été reconnue par des dispositions conventionnelles, la jurisprudence et la doctrine¹⁸. Elle signifie que le droit international humanitaire s'applique à chaque fois qu'il y a *de facto* un conflit armé, quelle que soit sa qualification en termes de *jus ad bellum*. Elle implique également qu'un argument de *jus ad bellum* ne puisse pas être utilisé pour interpréter le droit international humanitaire. Ceci est particulièrement difficile, nous le verrons, lorsqu'il faut qualifier les parties d'un conflit pour déterminer s'il est international.

3. Le droit international humanitaire s'applique-t-il aux attaques du 11 septembre 2001 et à la réaction des États-Unis?

Un conflit armé est international s'il se déroule entre des « Hautes Parties contractantes »¹⁹. Les États-Unis et l'Afghanistan sont des États Parties aux Conventions de Genève. Il faut donc déterminer si les attaques du 11 septembre 2001 peuvent être considérées comme ayant été perpétrées par l'Afghanistan et si la réaction armée des États-Unis est dirigée contre cet État. Ce sont évidemment deux questions différentes par rapport aux faits, mais les réponses sont régies par certaines règles juridiques communes. En ce qui concerne les faits pertinents pour la première question, nous partirons de l'hypothèse que les attaques ont été exécutées par des membres du réseau Al-Qaïda qui se trouvaient aux États-Unis, mais dont le chef, Oussama Bin Laden, se trouvait en Afghanistan. C'est lui qui dirigeait ces attaques. Les Talibans étaient au courant de la présence de Oussama Bin Laden sur le sol afghan et du type d'activités de son groupe²⁰, mais pas nécessairement du plan des attaques du 11 septembre. Constatons qu'ils n'ont rien fait pour empêcher les activités de Oussama Bin Laden, malgré qu'ils aient eu la possibilité de le faire. D'un point de vue juridique, il faut donc déterminer si le comportement d'Al-Qaïda peut être attribué aux Talibans, et si le comportement de ces derniers peut être attribué à l'Afghanistan. Ces questions d'attribution d'un acte illicite à un État sont régies par les règles concernant la responsabilité internationale de l'État, qui définissent les modalités et les conséquences d'une violation du droit international. Après quarante ans de délibérations, la Commission du droit international (CDI) a adopté, le 26

¹⁸ Protocole I, para 5 du préambule; US Military Tribunal at Nuremberg dans le procès contre *Wilhelm List et autres*, The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, 34-76 (voir pour ce cas et d'autres références M. Sassòli et A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, Genève, CICR, 1999, pp. 83-87, 665, 681 et 682.); C. Greenwood, "The Relationship Between *jus ad bellum* and *jus in bello*", (1983) 9 *Review of International Studies* 221-234; R. Kolb, "Sur l'origine du couple terminologique *jus ad bellum/jus in bello*", (1997) 827 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 593; H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970.

¹⁹ Art. 2 commun des quatre Conventions.

²⁰ Voir *Résolution 1267* Doc. off. CS NU, 4051^{ème} séance, Doc. NU S/RES/1267 (1999)., citée *infra*, note 38.

juillet 2001, un Projet d'articles codifiant ce domaine des règles dites secondaires²¹. Selon la jurisprudence, ce sont également ces règles d'attribution d'un acte illicite qui déterminent si c'est le droit international humanitaire des conflits armés internationaux ou celui des conflits armés non internationaux qui s'applique aux actes commis lors d'un conflit donné²².

a. Les Talibans étaient-ils un organe de l'Afghanistan?

Traditionnellement, un État ne répond que du comportement de ses organes²³. Il n'est pas responsable du comportement d'acteurs non étatiques qui agissent sous sa juridiction et sur son territoire²⁴, sauf si ces acteurs sont habilités, par le droit de cet État, "à exercer des prérogatives de la puissance publique"²⁵. En principe et sous réserve des exceptions discutées ci-après, l'Afghanistan n'est donc pas responsable des actions d'Al-Qaïda. Se pose en revanche la question de savoir s'il 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 Émirats arabes unis. La plupart des autres États 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 État est responsable pour le comportement d'un tel gouvernement *de facto*²⁶.

b. Les membres de Al-Qaïda étaient-ils des agents *de facto* des Talibans?

Quant aux membres d'Al-Qaïda, le droit afghan ne leur donnait, à notre connaissance, pas un statut d'organe. L'Afghanistan pourrait toutefois répondre de leur comportement s'ils agissaient, en fait, suivant les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet

²¹ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État 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), aux pp. 60-391, en ligne : Organisation des Nations Unies <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>> (date d'accès : 2 décembre 2001)[ci-après *Rapport de la CDI*]. L'Assemblée générale de l'ONU a pris note de ce Projet dans sa résolution A/RES/56/83 du 12 décembre 2001.

²² *Procureur c. Dusko Tadic* (1999), Affaire n° IT-94-A (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), aux paras 103 et 104, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>> (date d'accès : 2 décembre 2001).

²³ *Projet d'articles*, *supra* note 21, art. 4 (1).

²⁴ *Rapport de la CDI*, *supra* note 21, aux pp. 83-84. Pour une revue exhaustive de la pratique, voir R. Ago, «Quatrième Rapport sur la responsabilité des États» dans *Annuaire de la Commission du droit international 1971*, vol. 2, New York, NU, aux pp. 103-138.

²⁵ *Projet d'articles*, *supra* note 21, art. 5.

²⁶ *Rapport de la CDI*, *supra* note 21, pp. 170-171; Pour la pratique voir, J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Cologne, Heymanns, 1968, p. 70 et 71; A. C. Bundu, «Recognition of Revolutionary Authorities : Law and Practice of States», (1978) 27 *International and Comparative Law Quarterly* 18 aux pp. 36-45, en particulier par exemple, les sentences arbitrales rendue dans les affaires *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims* (affaire Tinoco), (1923) *Recueil des sentences arbitrales* vol. I. 355 à la p. 386 (Nations Unies), et *G. W. Hopkins*, (1927) 21 *American Journal of International Law* aux pp. 164-165.

État, donc, en l'occurrence, des Talibans²⁷. Pour que cette exigence soit remplie, la Cour internationale de Justice requiert, dans l'affaire *Nicaragua c. États-Unis*, un contrôle *in concreto* du comportement contraire au droit international. Elle y écrit à propos des *contras*, un mouvement insurrectionnel ayant commis des actes terroristes, qui était soutenu par les États-Unis, que :

« même prépondérante ou décisive, la participation des États-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 États-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 États-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 États-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»²⁸.

En conséquence, la Cour a par la suite jugé les violations du droit international humanitaire commises par les *contras* selon les règles applicables aux conflits armés non internationaux²⁹. Il est peu probable que les attaques du 11 septembre 2001 aient été exécutées sous le contrôle effectif des Talibans. Selon l'arrêt *Tadic* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), il suffirait toutefois qu'un État dispose d'un contrôle global sur une entité non étatique pour lui attribuer les comportements de cette dernière.

« [I]l faut établir que [l'État] exerce un contrôle global sur le groupe, non seulement en l'équipant et le finançant, mais également en coordonnant ou en prêtant son concours à la planification d'ensemble de ses activités militaires. Ce n'est qu'à cette condition que la responsabilité internationale de l'État pourra être engagée à raison des agissements illégaux du groupe. Il n'est cependant pas nécessaire d'exiger de plus que l'État ait donné, soit au chef du groupe soit à ses membres, des instructions ou directives pour commettre certains actes spécifiques contraires au droit international»³⁰.

²⁷ *Projet d'articles*, supra note 21, art. 8.

²⁸ *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 1 au para. 115.

²⁹ *Ibid.*, para. 219.

³⁰ *Supra* note 22, paras 116-144, au para. 131. Voir également notre critique dans M. Sassòli et L. Olson, «Case Report, Judgment, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case n° IT-94-A, ICTY Appeals Chamber, 15 July 1999», (2000) 94 *American Journal of International Law* 571 à la p. 575.

Le TPIY a, en conséquence, jugé selon le droit international humanitaire des conflits armés internationaux des actes commis par des Serbes de Bosnie qui se trouvaient sous un contrôle global de la République fédérale de Yougoslavie. À notre connaissance les Talibans avaient des objectifs qui se limitaient à l'Afghanistan et ne s'intéressaient pas à la lutte planétaire contre les États-Unis et l'Occident, qui était celle d'Al-Qaïda. Dans ce cas, il est peu probable qu'ils aient coordonné ou prêté concours à l'ensemble des activités de Al-Qaïda.

c. Les Talibans ont-ils entériné les attaques ?

Ajoutons que selon les règles sur la responsabilité des États adoptées par la CDI, un État peut se voir attribuer ultérieurement un comportement d'une entité non étatique, dont il n'était pas responsable au moment de la commission, s'il le reconnaît et l'adopte comme étant le sien par la suite³¹. On peut douter qu'une telle responsabilité rétroactive corresponde effectivement à la pratique internationale. Le seul précédent pertinent est celui d'un État qui avait approuvé, suite à une succession territoriale, un comportement, en l'occurrence la rupture d'un accord de concession, des autorités antérieures et qui avait continué à profiter de ses conséquences, alors qu'il aurait dû rétablir la situation antérieure³². En tout état de cause, un simple appui, entérinement ou une approbation d'un comportement ne sont pas suffisants pour engager une telle responsabilité. Il faut que l'État «identifie et fasse sien le comportement en question»³³. Or, les Talibans se sont tout au plus réjouis des attaques du 11 septembre 2001.

d. Les attaques sont-elles attribuables aux Talibans en raison de leur violation du devoir de diligence?

Si nous partons des hypothèses factuelles qui précèdent, les attaques du 11 septembre 2001 ne peuvent pas être attribuées à l'Afghanistan et elles ne seraient, en conséquence, pas régies par le droit des conflits armés internationaux. Pour éviter tout malentendu sur la responsabilité des Talibans nous nous empressons d'ajouter quelques précisions sur la responsabilité de ceux-ci par rapport à ces attentats. Les comportements des Talibans, dont l'Afghanistan répond, comprennent les actions et les omissions de ceux-ci³⁴. L'État est responsable de veiller à ce que ses organes exercent la diligence voulue (la «due diligence») par rapport à des comportements non étatiques violant des droits ou des biens protégés par le droit international³⁵. Ce devoir a été précisé pour la première fois dans

³¹ *Projet d'articles, supra* note 21, art. 11.

³² *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 États-Unis à Téhéran*, [1980] C.I.J. Rec. 3 au para. 74, également citée par la CDI pour appuyer la règle, la République islamique de l'Iran avait déjà été responsable par rapport au comportement non étatique en raison d'une violation du devoir de diligence, le comportement, une prise d'otages, constituait une violation continue, et l'attribution du comportement à l'Iran après qu'il l'avait entériné n'avait donc pas nécessairement, pour la Cour, un effet rétroactif.

³³ *Rapport de la CDI, supra* note 21, à la p. 128.

³⁴ *Projet d'articles, supra* note 21, art. 2.

³⁵ Pour de nombreuses références à la doctrine, voir dans *Annuaire de la Commission de droit international 1975*, vol. 2, New York, NU, à la p. 87 ; L. Condorelli, «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite», (1984) 188 Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye 10 aux pp. 105-116 ;

l'affaire de l'*Alabama* en 1871. Le Royaume-Uni a été tenu responsable d'avoir permis, sur son territoire, à des acteurs privés d'équiper des navires de guerre sudistes pendant la guerre de Sécession américaine. Ces navires ont ensuite coulé ceux des États-Unis³⁶. Corollaire de sa souveraineté territoriale, interdisant à d'autres États d'y agir pour défendre leurs droits, chaque État a l'obligation de veiller avec la diligence voulue à ce que son territoire ne soit pas utilisé aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États³⁷. En découle l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour prévenir de tels actes et de punir ou d'extrader ceux qui les commettent. Les Talibans étaient prévenus du type d'activités d'Al-Qaïda par une résolution du Conseil de Sécurité qui avait condamné, en 1999 déjà, «le fait que des terroristes continuent d'être accueillis et entraînés, et que des actes de terrorisme soient préparés, en territoire afghan» et déploré «que les Taliban continuent de donner refuge à Usama bin Laden et de lui permettre [...] de se servir de l'Afghanistan comme base»³⁸. Or, les Talibans n'ont rien fait.

L'Afghanistan a donc violé le droit international en hébergeant Oussama Bin Laden et son groupe. À notre avis, cette violation flagrante du devoir de diligence ne constitue toutefois pas des hostilités qui, elles seules, peuvent déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux. Personne n'a estimé que le Royaume-Uni était en guerre contre les États-Unis en raison de l'affaire de l'*Alabama*. Les attaques du 11 septembre 2001 ne pourraient être considérées comme des hostilités entre l'Afghanistan et les États-Unis uniquement si Oussama Bin Laden agissait sous la direction ou le contrôle de cet État, étant ainsi son organe *de facto*³⁹. Un manque délibéré de la part de l'Afghanistan à son devoir de diligence concernant Oussama Bin Laden ne suffit pas. Considérer ce manque de diligence comme des hostilités déclenchant l'applicabilité du droit des conflits armés internationaux équivaldrait à un retour à une théorie prévalant dans la pratique arbitrale du 19^e siècle, qui estimait que l'État ne remplissant pas son devoir de diligence par rapport à des actes privés commis sur son

R. Pisillo-Mazzeschi, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", (1992) 35 *German Yearbook of International Law* 9 et R. Pisillo-Mazzeschi, *Due diligence 'e responsabilità internazionale degli stati*, Milan, Giuffrè, 1989. Notons que G. A. Christensen, «Attribution issues in State Responsibility» (Panel Discussion) dans *American Society of International Law, Proceedings, 83rd Annual meeting*, Washington, ASIL, 1989, pp. 51-59, estime que la jurisprudence devient de plus en plus réticente à reprocher à un État d'avoir manqué à son devoir de diligence par rapport à des acteurs privés, ce qui semble effectivement être le cas pour le «U.S.-Iran Claims Tribunal».

³⁶ A. De la Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, 2^e éd., Paris, Éditions internationales, 1957, vol. II, pp. 713 ss. et 965 ss.

³⁷ Voir dans ce sens la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du détroit de Corfou*, *Fond*, [1949] C.I.J. Rec. 4 à la p. 22, et M. Huber en tant qu'arbitre dans l'*Affaire de l'Île de Palmas*, (1949) 2 *Recueil des sentences arbitrales* 829 à la p. 839 (Nations Unies).

³⁸ *Supra* note 20. Elle poursuit en notant «qu'Oussama bin Laden et ses associés sont poursuivis par la justice des États-Unis d'Amérique», notamment pour les attentats de Nairobi et Dar es-Salaam et pour complot visant à tuer des citoyens américains se trouvant à l'étranger, et demande que les Taliban remettent Oussama Bin Laden «aux autorités compétentes soit d'un pays où il a été inculpé, soit d'un pays qui le remettra à un pays où il a été inculpé, soit d'un pays où il sera arrêté et effectivement traduit en justice».

³⁹ Voir la partie 3.b ci-dessus, et I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 370-372.

territoire en était complice⁴⁰. Aujourd'hui, la pratique et la doctrine considèrent que l'État « est responsable d'avoir enfreint, non pas l'obligation internationale avec laquelle l'action de la personne privée pouvait être en contradiction, mais l'obligation générale ou spéciale mettant à la charge de ses organes un devoir de protection »⁴¹. L'État qui n'a pas empêché un privé de tuer un diplomate ne contrevient pas à l'inviolabilité de la personne du diplomate, mais à son devoir de protéger le diplomate. L'Afghanistan, en n'empêchant pas Oussama Bin Laden de planifier, sur son territoire, des attaques contre les États-Unis ne s'est pas engagé dans des hostilités, mais a violé son devoir de diligence.

e. Les attaques constituent-elles un conflit armé non international sur le territoire des États-Unis?

Si les attaques ne s'inscrivent pas dans un conflit armé international, elles peuvent constituer un conflit armé non international. Elles sont sans aucun doute marquées d'un degré de violence suffisant pour les qualifier d'hostilités. On peut toutefois se demander si un seul acte concerté de très grande violence constitue à lui seul un conflit armé. Le *Commentaire* publié par le CICR, qui plaide pourtant en faveur d'un champ d'application très large de l'art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève exige « des ' hostilités ' mettant aux prises des ' forces armées »⁴². Même si Al-Qaïda pouvait être considéré comme une force armée, nous avons de grandes réticences à considérer les 19 membres suicidaires impliqués dans ces attaques comme agissant en tant que « force armée ».

f. Les attaques auraient violé le droit international humanitaire s'il avait été applicable

Si on estimait que le droit international humanitaire s'appliquait aux attaques du 11 septembre 2001, celles-ci le violeraient à tous les égards. Même dans une lutte pour la cause la plus légitime, le droit international humanitaire des conflits armés internationaux et des conflits armés non internationaux interdit des attaques contre des civils ainsi que des actes ou menaces dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile⁴³. Il oblige, en outre, les combattants à se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque⁴⁴. Même le Pentagone, qui peut être considéré comme un objectif militaire, ne peut pas être attaqué par un acte de perfidie, en feignant d'être des civils, en utilisant un avion civil et en tuant inévitablement les civils passagers

⁴⁰ *Annuaire de la Commission du droit international 1975*, vol. 2, New York, NU, aux pp. 79-80, et R. Ago, « Quatrième Rapport sur la responsabilité des États » dans *Annuaire de la Commission du droit international 1972*, vol. 2, New York, NU, aux pp. 109-114.

⁴¹ *Annuaire de la Commission du droit international 1975*, vol. 2, New York, NU, à la p. 87, avec références.

⁴² J. S. Pictet, dir., *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, vol. 3, Genève, CICR, 1958 à la p. 43.

⁴³ Art. 51 (2) du Protocole I et 13 (2) du Protocole II, qui correspondent à des règles coutumières; voir M. Sassòli, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht - mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1990, pp. 387-392, 396-402.

⁴⁴ Art. 44 du Protocole I et, pour plus de détails, voir ci-dessous la partie 4. e.

de l'avion⁴⁵. C'est d'ailleurs une définition possible de l'acte terroriste qui évite la vieille critique selon laquelle les terroristes des uns sont les héros des autres : est terroriste tout acte, commis en temps de guerre ou de paix, qui serait interdit, par les règles du droit international humanitaire protégeant les civils, même à des combattants en temps de guerre⁴⁶.

g. La réaction des États-Unis aux attaques du 11 septembre 2001 constitue-t-elle un conflit armé international?

Depuis le 6 octobre 2001, la réaction des États-Unis aux attaques du 11 septembre 2001 n'est pas uniquement pénale, mais également militaire. 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 Talibans⁴⁷. Pour cette dernière raison, tout au moins, ces hostilités doivent être qualifiées de conflit armé international. Le fait que les États-Unis n'aient pas reconnu les Talibans comme gouvernement de l'Afghanistan n'a pas d'importance, aussi longtemps, du moins, que les Talibans luttent pour un État, l'Afghanistan, dont ils étaient le gouvernement *de facto*. Les États-Unis ont d'ailleurs justifié ces hostilités sous le *jus ad bellum* à titre de légitime défense, justification qui est nécessaire uniquement s'ils font usage de la force contre un État sans l'accord du gouvernement de ce dernier. Ils n'ont jamais fait valoir qu'ils avaient l'accord du gouvernement Rabbani et de l'Alliance du Nord, accord qui pourrait justifier une participation à un conflit armé non international qui se déroule dans un pays tiers. Étant donné que les Talibans constituaient le gouvernement effectif de l'Afghanistan, non seulement ils engageaient la responsabilité de cet État⁴⁸, mais étaient les seuls qui auraient pu donner un consentement valable à une intervention militaire⁴⁹. Notons que, dans l'intérêt de leurs forces armées, le gouvernement et les tribunaux des États-Unis ont traditionnellement adopté une interprétation extensive de la notion de conflit armé international déclenchant l'applicabilité de la IIIe Convention de Genève. C'est ainsi que le général Manuel Antonio Noriega, évincé du pouvoir au Panama par une intervention

⁴⁵ Voir, outre les dispositions citées, art. 37 (1) (c) du Protocole I.

⁴⁶ M. Sassòli, "International Humanitarian Law and Terrorism", dans : Wilkinson et Steward (éds), *Contemporary Research on Terrorism*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1987, p. 466, aux pp. 469-470; The International Law Association, «Report of the Committee on International Terrorism at the 1984 Paris Conference of the International Law Association», Report of the Sixty-fifth Conference, Paris, 1984, p.313 à la p. 317.

⁴⁷ E. David, *supra* note 14, pp. 120 et 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'État territorial ne donne pas son accord. Voir dans ce sens également l'arrêt *Al Nawar c. Minister of Defence* de la Cour suprême d'Israël (dans Sassòli et Bouvier, *supra* note 18, pp. 819-823).

⁴⁸ Voir *supra* note 26.

⁴⁹ Voir pour l'intervention des États-Unis à Grenade D.F. Vagts, «International Law under Time Pressure : Grading the Grenada Take-Home Examination», (1984) 78 *American Journal of International Law* 169 à la p. 171; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 115.; E. Gordon et al., « International Law and the United States Action in Grenada, A Report », (1984) 18 *The International Lawyer* 331 aux pp. 369-370, et la position du conseiller juridique du Département de l'État des États-Unis, D. R. Robinson, *ibid.* 381 aux pp. 382-383. Tous ces auteurs discutent l'aspect de la légitimité d'un usage de la force sous le *jus ad bellum* en cas d'invitation par les autorités locales, mais il nous semble que si une invitation n'est pas valable en *jus ad bellum*, le droit des conflits armés internationaux est nécessairement applicable.

militaire des États-Unis en 1989, accusé et condamné pour trafic de drogues, a été reconnu comme prisonnier de guerre, malgré le fait que les États-Unis ne l'aient nullement considéré comme un représentant légitime du Panama⁵⁰.

Considérant ce qui précède, 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. Selon des sources canadiennes, depuis le début de l'engagement en Afghanistan, il n'y aurait d'ailleurs eu aucun doute sur cette question entre les forces américaines, britanniques et canadiennes⁵¹. Au commencement des hostilités, le CICR a rappelé aux parties du conflit, y compris aux États-Unis, leurs obligations en vertu du droit international humanitaire. Selon son communiqué de presse, il a également affirmé : «Les combattants capturés par les forces ennemies dans le conflit armé international entre les Taliban et la coalition dirigée par les États-Unis doivent être traités conformément aux dispositions de la IIIe Convention de Genève et les civils détenus par une partie dont ils ne sont pas des ressortissants doivent être traités en conformité avec la IVe Convention de Genève»⁵². Il semble que les États-Unis aient refusé d'accepter ce rappel, mais non pas parce que le droit international humanitaire des conflits armés internationaux ne serait pas applicable, mais parce que le CICR aurait fait état de l'interdiction de l'emploi d'armes nucléaires, interdiction que les États-Unis contestent⁵³.

4. Quel est le statut et le traitement, selon le droit international humanitaire, des personnes détenues à Guantánamo?

Au cours des opérations militaires en Afghanistan, un grand nombre d'Afghans, un certain nombre de nationaux de pays tiers et un ressortissant des États-Unis ayant rejoint le groupe Al-Qaïda sont tombés au pouvoir des États-Unis. Certains ont été arrêtés et transférés sur la base militaire de Guantánamo, où se trouvent également des personnes arrêtées dans des pays tiers. Le secrétaire à la défense D. Rumsfeld a indiqué qu'il s'agissait de Taliban et de membres d'Al-Qaïda et que toutes ces personnes n'étaient pas des prisonniers de guerre, mais des «combattants illégaux»⁵⁴. Cette qualification a été confirmée par le Président Bush, malgré le fait qu'il ait décidé que les Conventions de Genève s'appliquaient aux Taliban⁵⁵.

a. Arguments invoqués pour ne pas accorder le statut de prisonnier de guerre aux personnes détenues à Guantánamo

⁵⁰ *U.S. v. Manuel Antonio Noriega*, United States District Court for the Southern District of Florida, 808 F. Supp. 791 (1992), partiellement reproduit dans Sassòli et Bouvier, *supra* note 18, pp. 932-942.

⁵¹ Voir S. Thorne, « Canada, Allies Press Americans to Explain PoW Process in Afghanistan », *National Post* (6 février 2002), en ligne : <<http://www.nationalpost.com>> (date d'accès : 6 février 2002).

⁵² Comité international de la Croix-Rouge, *Afghanistan : le CICR demande à toutes les parties au conflit de respecter le droit international humanitaire*, Communication à la presse 01/47 du 24 octobre 2001, en ligne : <<http://www.icrc.org/fre>> (date d'accès : 30 janvier 2002), également reproduite dans (2001) 844 *Revue internationale de la Croix-Rouge*, pp. 1178-1179.

⁵³ L. Condorelli, « Éditorial, Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », à publier, (2001) 105:4 *Revue générale de droit international public* à la note 12.

⁵⁴ Voir *supra* note 10.

⁵⁵ Voir *supra* note 11.

Celles et ceux qui s'opposent à la qualification des personnes détenues à Guantánamo de prisonniers de guerre, invoquent deux ordres d'arguments⁵⁶. Tout d'abord, ils expliquent pourquoi ce statut ne serait pas applicable en faisant valoir qu'Al-Qaïda n'est pas un État, que les Talibans n'étaient pas reconnus par les États-Unis comme gouvernement légitime de l'Afghanistan, que les détenus sont des assassins et des terroristes, qu'ils auraient violé le droit international humanitaire et qu'il s'agirait d'une nouvelle forme de guerre. Aucun détenu n'aurait la nationalité d'un pays contre lequel les États-Unis seraient en guerre. L'administration américaine prétend, en outre, que les personnes détenues à Guantánamo n'auraient porté ni d'uniformes ni d'armes ouvertement, mais confirme qu'ils auraient tiré avec des armes à feu en Afghanistan.

Dans un deuxième ordre d'idées, on énumère les conséquences fâcheuses d'une qualification de prisonniers de guerre de ces personnes. On a affirmé que s'ils avaient ce statut, il deviendrait plus difficile de les poursuivre pour des attaques contre des objectifs militaires comme le navire de guerre « USS Cole » et des baraquements militaires des États-Unis en Arabie saoudite. En tant que prisonniers de guerre, ils devraient être rapatriés à la fin des hostilités ou poursuivis pour un crime. Ils ne pourraient pas être interrogés sur les réseaux terroristes. Le détenteur serait obligé de respecter leurs convictions et leurs droits personnels. On invoque ensuite de possibles problèmes de sécurité. Ils ne pourraient pas être enfermés. Ils auraient le droit de correspondre librement avec leurs familles et d'avoir en leur possession certains objets comme des ciseaux, des peignes, des rasoirs, des aiguilles et des canifs. Dans un esprit plus pointilleux, on fait valoir qu'en tant que prisonniers de guerre, les détenus de Guantánamo auraient droit à des rations de tabac, des instruments musicaux et à des avances de solde.

Quant aux arguments niant l'applicabilité du droit international humanitaire, nous avons déjà traité de celui voulant que les Talibans n'aient pas la qualité de partie d'un conflit armé international avec les États-Unis. Il nous reste à discuter ceux qui se rapportent au statut de prisonnier de guerre et au traitement qui serait réservé aux détenus s'ils avaient ce statut.

b. Le droit international humanitaire s'applique également aux conflits armés dirigés contre des États « terroristes »

Il y a cinquante ans déjà, un auteur nous expliquait que le statut de prisonnier de guerre était en danger dans toute « guerre-croisade »⁵⁷. Pourtant, en raison de la séparation absolue entre *jus ad bellum* et *jus in bello*, tout argument lié à la légitimité de la cause des

⁵⁶ Nous tirons les arguments qui suivent de conférences de presse données le 28 janvier 2002 par le Président BUSH (*supra* note 9), le même jour par son porte-parole (*supra* note 4) ainsi que par le secrétaire à la défense des États-Unis D. RUMSFELD les 11 et 22 janvier 2002 (*supra* note 10), le 7 février 2002 (*supra* note 11) et le 8 février 2002 (*supra*, note 4), du témoignage de ce dernier du 5 février 2002 devant le Sénat (*supra* note 10) ainsi que des articles de ROSETT, KAMER (*supra* note 4) et WEDGEWOOD (*supra* note 5).

⁵⁷ W. Flory, «Vers une nouvelle conception du prisonnier de guerre», (1954) 58 *Revue générale de droit international public* 53 à la p. 56.

États-Unis et à l'illégitimité de celle de leurs ennemis n'a pas d'incidence juridique sur la qualification et la protection des individus en droit international humanitaire⁵⁸. Quant à l'argument selon lequel il s'agirait d'une nouvelle forme de guerre, il n'implique pas nécessairement que le droit existant ne s'y applique pas, si ce droit la couvre selon son texte, but, objet et contexte⁵⁹. Adolf Hitler et Oussama Bin Laden estimaient tous deux s'être engagés dans une nouvelle forme de guerre à laquelle les vieilles règles ne s'appliquaient pas. Le « terrorisme » n'est d'ailleurs pas un concept juridique utile en droit international⁶⁰. Celui-ci interdit plutôt les actes de terrorisme⁶¹ et il organise et prescrit leur poursuite⁶². Il faudra revenir sur la question de savoir si une personne perd la protection offerte par le droit international humanitaire en raison de violations de ce droit commises par elle-même ou par les forces armées auxquelles elle appartient. Au-delà de cette question technique, l'on peut écarter tout argument lié aux crimes, non pas des personnes détenues elles-mêmes, mais directement ou indirectement attribués à leur groupe ou l'entité à laquelle elles appartiennent. Fort heureusement, les Alliés 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. À 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? Étant donné que les parties des conflits actuels se considèrent souvent mutuellement comme criminelles, il est essentiel pour la survie du droit international humanitaire et conforme à sa lettre et à son esprit de reconnaître son applicabilité juridique dans un tel cas. Des soldats américains risquent également de tomber un jour au pouvoir de forces armées qui considèrent les États-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 ».

c. Toutes les personnes qui tombent au pouvoir de l'ennemi au cours d'un conflit armé international sont protégées par le droit international humanitaire

Des personnes qui tombent pendant un conflit armé international au pouvoir de la partie adverse sont ou bien des combattants - et elles deviennent des prisonniers de guerre protégés par la IIIe Convention- ou elles ne le sont pas – et elles deviennent des civils

⁵⁸ Voir ci-dessus, partie 2.

⁵⁹ C'est ce qu'a affirmé à juste titre le ministre des affaires étrangères canadien B. Graham, *supra* note 6, qui est également professeur de droit international.

⁶⁰ L. Henkin, «General Course on Public International Law», (1989) 216:4 Recueil des Cours 9 à la p. 159.

⁶¹ Voir ci-dessus, partie 3. f.

⁶² Voir M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Genève, Helbing&Lichtenhahn, 2000, pp. 287-288, 294-298, 314-321, ainsi que la *Résolution 1373*, Doc.off. CS, 4385^{ème} séance, Doc. NU S/RES/1373 (2001), du 28 septembre 2001 qui décrète un petit code pénal international de la lutte contre le terrorisme.

protégés selon la IV^e Convention⁶³. Ainsi que le résume le *Commentaire* publié par le CICR : « Il n'y a pas de statut intermédiaire ; aucune personne se trouvant aux mains de l'ennemi ne peut être en dehors du droit »⁶⁴. Des civils qui participeraient directement aux hostilités perdent toutefois la protection prévue par le droit humanitaire *pendant la durée* de cette participation⁶⁵. Dès qu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi, ils sont de nouveau protégés par la IV^e Convention, ce qui n'exclut pas qu'ils puissent être punis pour leur participation directe aux hostilités, pour des crimes de guerre ou d'autres crimes. Mentionnons pour terminer qu'une des premières réactions du Président Bush aux attaques du 11 septembre 2001, celle de déclarer Oussama Bin Laden « wanted dead or alive » est difficilement compatible avec le droit international humanitaire. Comme le reconnaît le Manuel militaire des États-Unis, même en temps de guerre, il est interdit d'offrir une récompense pour la capture d'un ennemi « mort ou vivant »⁶⁶.

d. Qui a droit au statut de prisonnier de guerre?

Sont des combattants, les membres des forces armées d'une partie à un conflit international. L'article 43 (1) du Protocole I a adopté une notion large de «forces armées», en y incluant «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. » La disposition précise que «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. » La III^e Convention utilise, dans son article 4 (A) (1), une notion plus restrictive de «membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que [...] membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées», auxquels elle accorde le statut de prisonnier de guerre sans d'autre exigence quant à leur comportement⁶⁷. Elle étend toutefois, par son article 4 (A) (2), le statut de combattant à des membres d'autres groupes armés appartenant à une partie au conflit, à condition qu'un tel groupe soit soumis à une personne responsable pour ses subordonnés, porte un signe distinctif fixe et

⁶³ Art. 4 (4) de la IV^e Convention. C'est peut-être en vue de cette disposition que le Président Bush affirme dans sa déclaration du 7 février 2002 (*supra* note 11) que les Talibans détenus de Guantánamo ne sont pas des prisonniers de guerre, mais que les Conventions de Genève s'appliquent. Le secrétaire D. Rumsfeld mentionne toutefois trois catégories possibles : les combattants, les civils et les «combattants illégaux» (Témoignage du secrétaire D. Rumsfeld devant le Sénat américain, *supra* note 10)

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Art. 51 (3) du Protocole I, qui correspond à une règle coutumière (voir Sassòli, *supra* note 43, pp. 393-396).

⁶⁶ 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 (éd.), *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 États-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).

⁶⁷ Voir toutefois Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann, dir., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, pp. 519-520.

reconnaissable à distance et ses armes ouvertement et se conforme aux lois et coutumes de la guerre. Son article 4 (A) (3) précise que «les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice» bénéficient également du statut de prisonnier de guerre. Si les Talibans étaient, comme nous l'avons vu, le gouvernement de fait de l'Afghanistan, nous ne voyons pas comment l'on pourrait soutenir que leurs combattants n'appartenaient pas à leurs « forces armées » ou à des « milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ».

En tout état de cause, si l'on voulait appliquer les exigences du Protocole I⁶⁸ ou de l'art. 4 (A) (2) de la IIIe Convention, il faudrait prendre en considération le fait que les Talibans étaient suffisamment organisés et disciplinés pour contrôler pendant des années la majorité du territoire afghan et pour mener efficacement le conflit contre l'Alliance du Nord. À notre connaissance, ni les États-Unis ni l'Alliance du Nord ne leur reprochent de ne pas s'être suffisamment distingués de la population civile. Cette condition fait référence à la situation de la guerre de guérilla. Les hostilités menées par les Talibans n'étaient pas une guerre de guérilla, vu qu'ils contrôlaient le territoire. Quant à la condition de respecter le droit international humanitaire, il est certain que beaucoup de ses règles ont été violées pendant des années en Afghanistan, tout autant par les Talibans que par l'Alliance du Nord. Les États-Unis n'ont, en revanche, à notre connaissance, jamais reproché aux Talibans un non-respect généralisé du droit international humanitaire à leur égard, pendant les hostilités en Afghanistan. L'exigence du respect ne doit pas faire réapparaître, en droit international humanitaire, la condition de réciprocité, selon laquelle le respect ne serait pas dû à un ennemi qui ne le respecte pas. Cette réciprocité n'est pas applicable aux engagements de droit international humanitaire⁶⁹. La pratique des États, y compris des États-Unis, est d'ailleurs à juste titre réticente à priver des prisonniers de guerre de leur statut pour la seule raison des violations commises par leurs forces ou leur partie. C'est ainsi que les États-Unis n'ont, à notre connaissance, jamais contesté ce statut pendant la Seconde Guerre mondiale aux soldats allemands, dont les forces armées étaient pourtant responsables d'exactions inouïes contre les populations civiles. La Commission internationale de Juristes mentionne dans une lettre adressée aux autorités américaines les manuels militaires d'États comme l'Argentine, la Hongrie, l'Italie, le Kenya, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, la Russie, l'Espagne et la Suisse comme preuves d'une pratique générale consistant à considérer tous ceux qui luttent en faveur d'une partie à un conflit international comme combattants, sans faire de distinction entre des forces armées régulières et irrégulières⁷⁰. Précisons enfin que la nationalité d'un combattant n'a pas d'importance pour sa qualification de prisonnier de guerre, qui dépend uniquement de son appartenance aux forces armées ennemies. C'est seulement

⁶⁸ Qui réserve, en tout état de cause, à son art. 44 (6) le droit de tous ceux qui auraient été considérés comme prisonniers de guerre sous la IIIe Convention.

⁶⁹ Voir art. 60 (5) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 12; art. 1 commun aux quatre Conventions (l'obligation de respecter « en toutes circonstances », voir *infra* note 133); J. De Preux, «Les Conventions de Genève et la réciprocité», (1985) 751 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 24.

⁷⁰ Voir lettre de la Commission internationale de Juristes au Secrétaire d'État américain du 7 février 2002, en ligne : Commission internationale de Juristes <<http://www.icj.org/press/press02/English/powell02.htm>> (date d'accès: 12 février 2002).

s'il a la nationalité du capteur qu'il ne bénéficie, de l'avis de la doctrine dominante, pas du statut de prisonnier de guerre⁷¹.

En ce qui concerne les membres d'Al-Qaïda, les États-Unis les rattachent apparemment à l'Afghanistan. Autrement ils n'auraient pas pu, suite aux attaques effectuées par des membres de ce groupement, diriger leur légitime défense contre l'Afghanistan. Objectivement et considérant les faits, il peut tout de même être difficile de qualifier Al-Qaïda de force armée afghane, même au sens large. Nous ignorons si les membres de ce groupe qui agissaient en Afghanistan avaient été intégrés aux forces talibanes⁷² ou s'ils étaient tout au moins subordonnés à l'Afghanistan, comme l'exigent les dispositions précitées de la IIIe Convention pour qu'ils soient des prisonniers de guerre⁷³. Vu les déclarations de leur chef, on peut exprimer de sérieux doutes quant à savoir s'ils disposent du minimum de volonté de respecter le droit international humanitaire qu'on doit exiger malgré tout ce qui précède⁷⁴. Ses membres seraient alors plutôt des civils protégés par la IVe Convention, mais ayant participé illégalement au conflit. Dans ce sens uniquement, ils pourraient être considérés comme «combattants illégaux». La distinction faite par le Président Bush dans sa décision du 7 février 2002, entre les Talibans et les membres d'Al-Qaïda, est donc tout à fait soutenable. Il est, en revanche, étonnant que le Président n'explique pas pourquoi ces derniers ne seraient pas protégés par la IVe Convention, même lorsqu'ils ont été capturés en Afghanistan.

e. Dans quelles circonstances et selon quelle procédure perd-on le statut de combattant et de prisonnier de guerre?

Les combattants des Talibans, tout au moins, sont donc, à notre avis, protégés par la IIIe Convention. Même s'ils avaient commis des crimes de guerre ou d'autres crimes, ils garderaient leur statut de prisonniers de guerre, y compris en cas de condamnation⁷⁵. Seuls les combattants qui tombent au pouvoir de l'ennemi *alors* qu'ils ne se distinguent pas de la population civile, bien qu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque, perdent leur statut⁷⁶. C'est dans ce contexte que la Cour suprême des États-Unis a utilisé en 1942 la qualification de «combattants illégaux» et refusé le traitement de prisonniers de guerre à des saboteurs, membres des forces

⁷¹ H. Lauterpacht, dir., *Oppenheim's International Law, Disputes, war and neutrality*, 7e éd., London, Longmans, vol. 2, 1952, à la p. 268; Flory, *supra* note 57, à la p. 81; R. C. Hingorani, *Prisoners of War*, 2e éd., New Delhi, 1982, aux pp. 31-32. *Contra*: R.-J. Wilhelm, «Peut-on modifier le statut des prisonniers de guerre?», (1953) 35 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 516 aux pp. 685-688.

⁷² Ce n'est pas exactement la question que nous avons analysée ci-dessus, soit si les membres d'Al-Qaïda impliqués dans les attentats du 11 septembre 2001 étaient en droit ou de fait des organes des Taliban (voir ci-dessus, partie 3. b). En effet, on pourrait imaginer que les combattants à l'intérieur de l'Afghanistan étaient contrôlés par les Taliban, mais non pas ceux qui se trouvaient à l'extérieur du pays. Les considérations que nous y avons faites nous amènent toutefois ici également à de forts doutes quant à leur «attribution» à l'Afghanistan.

⁷³ Art. 4 (A) (1) et (2) de la IIIe Convention.

⁷⁴ *Supra* note 67.

⁷⁵ Art. 85 de la IIIe Convention.

⁷⁶ Art. 44 (4) et (5) du Protocole I. Le Protocole I a relâché les exigences quant à la manière de se distinguer (*cf.* art. 44 (3)), ce qui fut critiqué par les États-Unis. Sur les exigences du Protocole I voir David, *supra* note 14, pp. 388-403.

armées allemandes, qui s'étaient déguisés en civils aux États-Unis⁷⁷. Il est peu probable que *tous* les membres des Talibans transférés à Guantánamo avaient été capturés dans une telle situation.

En tout état de cause, ce n'est pas au Président des États-Unis de faire cette détermination collectivement pour tous les prisonniers, mais à un tribunal de le faire individuellement pour chacun. En effet, la III^e Convention prescrit que « s'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent »⁷⁸. Le Protocole I statue, qui plus est, qu'il y a doute dès qu'une personne revendique elle-même le statut de prisonnier de guerre⁷⁹. La notion d'acte de belligérance ne fait d'ailleurs pas référence à la légitimité de l'acte (en *jus ad bellum* ou même en *jus in bello*), mais vise « le principe au nom duquel les intéressés ont agi »⁸⁰. Pendant la guerre du Vietnam, les États-Unis ont institué de tels tribunaux⁸¹. Dans le cas du général Manuel Antonio Noriega, arrêté par les États-Unis lors de leur invasion du Panama en 1989, un juge de district américain s'est déjà reconnu compétent pour reconnaître à une personne le statut de prisonnier de guerre contre l'avis du gouvernement⁸².

Les États-Unis faisaient dans un premier temps valoir que concernant les détenus à Guantánamo, il n'existait pas de doute⁸³. Vu ce qui précède et le fait que plusieurs États, le CICR et de nombreux experts soient d'un autre avis, nous croyons qu'il y a doute. Plus récemment, les États-Unis ont prétendu que l'exigence d'une décision par un tribunal est satisfaite par l'enquête que des agents du département de la défense, de la justice et de la CIA feraient sur place, en Afghanistan, avant d'envoyer un détenu à Guantánamo⁸⁴. Il est vrai que la Convention ne spécifie pas la nature du « tribunal » et les travaux préparatoires nous indiquent que par ce terme, les États ne voulaient pas désigner exclusivement le tribunal pénal compétent pour juger une participation directe aux hostilités⁸⁵, chef d'accusation inadmissible dans les cas où l'accusé bénéficie du statut du prisonnier de guerre⁸⁶. Il nous semble tout de même que le terme « tribunal » fait référence à un organe judiciaire, qui doit avoir un minimum d'indépendance et être distinct des fonctionnaires ou soldats qui font le premier tri lorsque des personnes tombent au pouvoir d'un État. Si ces derniers pouvaient être considérés comme un tribunal, l'exigence que seul un tribunal peut trancher en cas de doute perdrait son effet utile. C'est donc à juste titre que le CICR

⁷⁷ *Ex Parte Quirin et al.*, 317 U.S. 1 (1942), reproduit dans Sassòli et Bouvier, *supra* note 18, pp. 689-691.

⁷⁸ Art. 5 (2). Cette règle est confirmée dans le règlement 190-8 de l'armée américaine (voir témoignage du secrétaire D. Rumsfeld devant le Sénat américain du 5 février 2002, *supra* note 10.).

⁷⁹ Art. 45 (1) du Protocole I.

⁸⁰ Pictet, vol. 3, *supra* note 42, p. 86.

⁸¹ David, *supra* note 14, p. 414.

⁸² *U.S. v. Manuel Antonio Noriega*, *supra* note 50.

⁸³ Voir témoignage du secrétaire D. Rumsfeld devant le Sénat américain du 5 février 2002, *supra* note 10.

⁸⁴ Voir les affirmations du secrétaire à la défense D. RUMSFELD lors de sa conférence de presse du 8 février 2002, *supra* note 4.

⁸⁵ Pictet, vol. 3, *supra* note 42, à la p. 86.

⁸⁶ Voir ci-dessous, partie 4. f.

a mentionné, suite à la décision rendue par le Président Bush le 7 février 2002, que la seule divergence qui subsistait entre les États-Unis et lui était la question relative aux procédures à appliquer pour déterminer que les personnes détenues n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre⁸⁷. Notons enfin que ce n'est pas parce que le gouvernement actuel de l'Afghanistan semble être d'accord qu'il ne s'agit pas de prisonniers de guerre, que les Talibans perdent leur statut⁸⁸.

f. Des prisonniers de guerre peuvent être poursuivis pour des crimes qu'ils auraient commis

Si on reproche à des prisonniers de guerre des crimes individuellement commis (et non simplement leur appartenance à un groupe dont d'autres membres auraient commis des crimes), ils peuvent être jugés devant les tribunaux militaires de la puissance détentric⁸⁹. En vertu de leur compétence territoriale ordinaire, les États-Unis peuvent sans aucun doute poursuivre des personnes soupçonnées d'être impliquées dans les attaques du 11 septembre 2001. Ils sont en outre compétents, en vertu du principe de la compétence universelle, pour poursuivre des personnes pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité⁹⁰. Concernant d'autres délits commis en Afghanistan, ils ne sont, en revanche, pas nécessairement compétents. Les poursuites se déroulent selon la même procédure que celle qui serait applicable à des soldats américains⁹¹. Le cas du général Manuel Antonio Noriega constitue un précédent lors duquel les États-Unis ont poursuivi une personne qu'ils reconnaissent comme prisonnier de guerre, même pour des crimes non liés au conflit armé au cours duquel elle a été capturée⁹². En revanche, puisqu'il est un combattant, un prisonnier de guerre ne peut pas être poursuivi pour le seul fait d'avoir participé aux hostilités contre les États-Unis, s'il a respecté le droit international humanitaire. Des hostilités contre les forces des États-Unis en Afghanistan ne seraient donc pas punissables. Les attaques contre le navire « USS Cole » et les baraquements en Arabie saoudite ne se sont, en revanche, pas produites pendant un conflit armé entre l'Afghanistan et les États-Unis. Si le droit international humanitaire avait été applicable, elles l'auraient violé, même si elles visaient des objectifs militaires. En effet, les attaquants ont feint d'avoir le statut de civils, ce qui est un acte de perfidie⁹³. Des prisonniers de guerre pourraient, en conséquence, être poursuivis pour avoir pris part à ces attaques⁹⁴.

⁸⁷ CICR, Communication à la presse no 02/11, du 9 février 2002, en ligne : CICR, <<http://www.icrc.org/icrcfre.nsf/c1256212004ce24e4125621200524882/c91ae8379fb6e215c1256b5b0036e3e9?OpenDocument>> (date d'accès : 9 février 2002).

⁸⁸ Voir «Afghan Agrees With Bush on Prisoners», New York Times, 30 janvier 2002, en ligne : <http://www.nytimes.com/2002/01/30/international/asia/30DETA.html> (date d'accès : 30 janvier 2002) et art. 6 de la IIIe Convention : « Aucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des prisonniers, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde ».

⁸⁹ Art. 84 de la IIIe Convention.

⁹⁰ Art. 49 (2), 50 (2), 129 (2) et 146 (2), respectivement, des quatre Conventions et art. 85 (1) du Protocole I; HENZELIN, *supra* note 62.

⁹¹ Art. 102 de la IIIe Convention.

⁹² *U.S. v. Manuel Antonio Noriega et al.*, United States District Court for the Southern District of Florida, 746 F. Supp. 1506 (1990), partiellement reproduit dans Sassòli et Bouvier, *supra* note 18, pp. 923-932.

⁹³ Art. 37 (1) (c) du Protocole I.

⁹⁴ Contrairement à ce que craint R. Wedgewood, *supra* note 5.

Contrairement à ce que certains ont cru comprendre, la règle générale selon laquelle un prisonnier de guerre n'est tenu de déclarer que ses nom, prénoms et grade, sa date de naissance et son numéro matricule⁹⁵ n'interdit pas d'autres questions et ne s'applique pas à une enquête pénale. Lors d'une telle enquête, toutes les questions qui pourraient être posées à un soldat américain sont admissibles⁹⁶, mais aucune contrainte physique ou morale ne peut être exercée sur le prévenu pour qu'il se reconnaisse coupable⁹⁷.

g. Le traitement des prisonniers de guerre

Les prisonniers de guerre peuvent être internés en dehors de l'Afghanistan. Il est normal de les interner en pays ennemi, mais l'ennemi peut établir un camp de prisonniers de guerre sur tout autre territoire qu'il contrôle. Il est vrai que les prisonniers de guerre doivent avoir une certaine liberté de mouvement dans leur camp et qu'ils ne peuvent pas être détenus dans des pénitenciers ni enfermés, à l'exception de ceux qui sont soumis à des poursuites pénales⁹⁸. Les règles très détaillées sur leur traitement sont différentes pour les prisonniers de guerre ordinaires⁹⁹ et pour ceux qui se trouvent en détention préventive¹⁰⁰. Elles ont été élaborées par des experts militaires, tenant compte des besoins de sécurité de la puissance détentrice. Cette dernière établit en particulier les règlements, donne les ordres et assure la discipline¹⁰¹. Le CICR a le droit de visiter les prisonniers de guerre dans leur lieu d'internement selon ses modalités de visite traditionnelles pour vérifier leurs conditions de détention¹⁰².

Les prisonniers doivent être autorisés à correspondre avec leur famille, mais la censure et des limitations s'appliquent à cette correspondance¹⁰³. Ils doivent également être autorisés à recevoir des instruments musicaux dans le cadre d'envois de secours¹⁰⁴, mais il est clair que de tels envois peuvent faire l'objet de tous les contrôles de sécurité nécessaires. Le tabac doit être autorisé, mais non fourni¹⁰⁵. Les ciseaux, les peignes, les rasoirs, les aiguilles et les canifs ne sont pas mentionnés dans la IIIe Convention, mais il est vrai que le *Commentaire* du CICR énumère ces articles parmi ceux qui devraient pouvoir être achetés par des prisonniers de guerre dans leur cantine¹⁰⁶. À notre avis une

⁹⁵ Art. 17 de la IIIe Convention.

⁹⁶ *Ibid.*, art. 102.

⁹⁷ *Ibid.*, art. 99 (2). Notons que le 5^e amendement de la Constitution des États-Unis et l'art. 14 (3) (g) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T.Can.1976 n°47 (entrée en vigueur : 19 août 1976), vont bien plus loin en ce qui concerne ce droit de se taire.

⁹⁸ Art. 21 et 22 de la IIIe Convention.

⁹⁹ *Ibid.*, art. 25-29.

¹⁰⁰ *Ibid.*, art. 103 (3), 97 et 98.

¹⁰¹ *Ibid.*, art. 39-42.

¹⁰² *Ibid.*, art. 126 (4).

¹⁰³ *Ibid.*, art. 71.

¹⁰⁴ *Ibid.*, art. 72 (1).

¹⁰⁵ *Ibid.*, art. 26 (3).

¹⁰⁶ Pictet, *supra* note 42, à la p. 203, concernant l'art. 28 de la IIIe Convention. R. Wedgewood (*supra* note 5) écrit: « The treaty guarantees them utensils including "razors, combs (and) nail scissors", as well as

puissance détentrice est malgré ce passage du *Commentaire* en droit d'interdire, pour des raisons de sécurité, la vente, dans la cantine, d'objets qui sont interdits aujourd'hui à tout passager de l'aviation civile, mais elle doit évidemment garantir autrement que les prisonniers puissent satisfaire leurs besoins hygiéniques. Il est en revanche vrai qu'une puissance détentrice doit verser à des prisonniers de guerre une avance de solde équivalant à huit Francs suisses (ce qui correspond à environ huit dollars canadiens) par mois¹⁰⁷. Finalement, les prisonniers de guerre doivent être rapatriés à la fin des hostilités actives, à l'exception de ceux qui seraient sous le coup d'une poursuite pénale ou qui purgeraient une peine¹⁰⁸. Pour l'instant, la fin des hostilités entre les États-Unis et les Talibans n'est pas encore arrivée. On ne pourra toutefois pas attendre jusqu'à la fin de la « guerre contre le terrorisme », qui peut être longue, surtout si on assimile au terrorisme tout ce que les États-Unis perçoivent comme les maux du monde.

h. Des civils protégés par le droit international humanitaire ne pourraient pas être détenus à Guantánamo

Toutes les personnes capturées par les États-Unis en Afghanistan, qui ne sont pas des combattants selon ce qui précède, sont des civils tombés au pouvoir de l'ennemi dans un territoire occupé¹⁰⁹. À l'exception de nationaux des États-Unis, elles sont protégées par la IVe Convention, indépendamment de ce qu'on leur reproche¹¹⁰. Leur détention n'est admissible qu'en vue d'un procès régulier ou pour d'impérieuses raisons de sécurité¹¹¹. Si elles sont appréhendées en tant qu'espion ou saboteur ou parce qu'elles ont fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de s'être livrées à une activité préjudiciable à la sécurité des États-Unis, elles peuvent, dans les cas où la sécurité militaire l'exige absolument, être privées des droits de communication prévus par la IVe Convention¹¹². Elles aussi peuvent être visitées par le CICR en vue de vérifier leurs conditions de détention¹¹³. Des tribunaux militaires peuvent être constitués par les États-Unis afin de les juger pour des violations du droit international, par exemple en cas de participation (illégal pour des civils) à des hostilités, mais uniquement *en Afghanistan*¹¹⁴. Quant à leur lieu de détention, la Convention prescrit que les personnes protégées inculpées, condamnées ou internées pour des raisons de sécurité doivent être détenues dans le pays occupé¹¹⁵.

Des personnes arrêtées en Afghanistan qui ne seraient pas des prisonniers de guerre ne pourraient donc pas être détenues à Guantánamo. Il est étonnant que ni les États-Unis ni

"needles" and "pen-knives". Elle énumère ces objets entre guillemets comme s'ils apparaissaient dans le texte de la Convention et comme si la puissance détentrice devait les fournir aux prisonniers de guerre.

¹⁰⁷ Art. 60 de la IIIe Convention.

¹⁰⁸ *Ibid.*, art. 118 et 119 (5).

¹⁰⁹ Voir ci-dessus, partie 4. b.

¹¹⁰ Art. 4 (1) de la IVe Convention : «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».

¹¹¹ *Ibid.*, art. 76 et 78, respectivement.

¹¹² *Ibid.*, art. 5 (2).

¹¹³ *Ibid.*, art. 143 (5).

¹¹⁴ *Ibid.*, art. 66.

¹¹⁵ *Ibid.*, art. 76 (1) et 49 (1).

le CICR n'aborderont publiquement ce problème. Pour l'administration américaine, la question du respect de la IV^e Convention de Genève se pose toutefois inévitablement en ce qui concerne les Talibans, étant donné qu'elle reconnaît que les Conventions les protègent, mais leur nie le statut de prisonnier de guerre. Nous avons vu qu'elle prétend que le tri par un « tribunal compétent » se fait déjà en Afghanistan¹¹⁶. Or, si cette enquête avait déterminé qu'une personne n'est pas un prisonnier de guerre, cette personne ne pouvait pas être transférée à Guantánamo. Si la décision du « tribunal » ne survient qu'à Cuba, la personne concernée doit être renvoyée en Afghanistan, pour rétablir la situation antérieure au transfert qui s'est révélé contraire au droit international¹¹⁷.

5. Le droit international humanitaire devrait-il être révisé pour tenir compte de la « guerre contre le terrorisme » ?

Après chaque guerre majeure, le droit international humanitaire a été révisé pour l'adapter aux réalités militaires et technologiques changeantes et surtout pour couvrir de nouveaux problèmes humanitaires et de nouvelles catégories de victimes¹¹⁸. Ces dernières années, on a en particulier tenté de renforcer les mécanismes de mise en œuvre par l'établissement de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et d'une Cour pénale internationale (CPI), à interdire complètement certaines armes et à rapprocher, par la jurisprudence et dans certains traités, le droit des conflits non internationaux à celui des conflits armés internationaux¹¹⁹. Tout processus de révision implique toutefois le risque que les États en profitent pour élargir leur liberté d'action au lieu de renforcer la protection des victimes. Le résultat en forme de traité doit ensuite être accepté par chaque État pour le lier. Les États-Unis ne sont pas très coopératifs dans ce domaine. Ils n'ont même pas encore accepté la dernière grande vague de révisions, celle des Protocoles additionnels de 1977¹²⁰, ils rejettent l'interdiction des mines anti-personnelles¹²¹ et s'opposent farouchement à l'établissement d'une Cour pénale internationale¹²². Considérant cette réticence du membre le plus influent du Conseil de sécurité, on ne pourra pas non plus utiliser ce qui semble être devenu la nouvelle voie rapide de législation internationale, celle d'une résolution du Conseil de Sécurité qui vient de révolutionner, par exemple, le droit international pénal en matière de lutte contre le

¹¹⁶ Voir *supra* note 84.

¹¹⁷ Voir Projet d'articles, *supra* note 21, art. 35.

¹¹⁸ T. Meron, «The Humanization of Humanitarian Law», (2000) 94 *American Journal of International Law* 239.

¹¹⁹ Voir pour un panorama des développements récents du droit international humanitaire et des principales questions ouvertes Y. Sandoz, «Le demi-siècle des Conventions de Genève», (1999) 834 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 241.

¹²⁰ G. Roberts, "The New Rules for Waging War: The Case Against Ratification of Additional Protocol I" (1985) 26 *Virginia Journal of International Law* 109; A. Sofaer, "Agora: The US Decision not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims, The Rationale for the United States Decision", (1988) 82 *American Journal of International Law* 784.

¹²¹ Sandoz, *supra* note 119, pp. 251-253.

¹²² M. Leigh, «The United States and the Statute of Rome», (2001) 95 *American Journal of International Law* 124.

terrorisme¹²³. Abstraction faite des difficultés liées à l'élaboration et à l'acceptation de nouvelles règles dans la société internationale actuelle, reste la question de fond à savoir si et comment le droit pouvait être adapté pour mieux couvrir une attaque terroriste comme celle du 11 septembre 2001 et la « guerre contre le terrorisme » que les États-Unis ont déclenchée en réaction.

a. Des règles pour « humaniser » la « guerre » de Al-Qaïda?

Les attaques terroristes, nous l'avons vu, sont clairement interdites dans la mesure où le droit international humanitaire s'applique. Pourrait-on imaginer des règles de ce droit qui s'adaptent à cette « nouvelle forme de guerre »? Pour ce faire, elles devraient, comme le fait le droit international humanitaire traditionnel, permettre aux protagonistes d'atteindre leur objectif, à Al-Qaïda donc d'attaquer les États-Unis, tout en leur imposant un minimum d'humanité, en évitant des souffrances « non nécessaires » ou « collatérales ». Nous ne croyons pas que de telles règles puissent être élaborées tout en restant humanitaires. Si elles prévoyaient un minimum d'humanité, il est peu probable qu'elles seront acceptées et encore moins imaginable qu'elles seront respectées par de tels groupes. Une possibilité d'« adhésion » de la part de tels groupes à ces règles rencontrerait d'ailleurs une réticence de la part des États craignant certainement qu'elle puisse donner un certain statut et une certaine légitimité à ces groupes. Certes, on pourrait imaginer un « code de conduite » adopté par les États ou des organisations humanitaires pour de tels groupes, mais il est peu probable que ces derniers se sentiraient liés par un tel document. On créerait d'ailleurs inévitablement une nouvelle catégorie, avec un seuil d'application et un contenu différents de ceux que le droit actuel prévoit pour les conflits internationaux et non internationaux, avec tous les risques d'abus et toutes les controverses de qualification que cela implique.

b. Le droit international est-il inadéquat pour la « guerre contre le terrorisme »?

La « guerre contre le terrorisme », quant à elle, doit se traduire surtout en la recherche, la poursuite et la punition des responsables, mais également en toutes sortes de mesures de défense sociale destinées à éradiquer les injustices, les inégalités, la pauvreté, les souffrances et les frustrations qui constituent un terrain fertile, parfois même la cause, mais jamais une justification pour des actes terroristes. Ce n'est pas le droit international humanitaire, mais les droits de la personne civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, qui s'appliquent et qui facilitent une telle défense sociale. Notons toutefois qu'un respect scrupuleux de la IV^e Convention de Genève par Israël dans les territoires qu'il occupe serait certainement une contribution à faire tarir les sources dont des groupes tels qu'Al-Qaïda se nourrissent.

Si la « guerre au terrorisme » prend la forme d'hostilités avec des groupes armés organisés, nous l'avons vu, le droit international humanitaire s'applique. Si ces groupes contrôlent et

¹²³ *Résolution 1373*, *supra* note 62, qui décrète un petit code pénal international de la lutte contre le terrorisme. Pour quelques questions concernant cette étonnante nouvelle forme de législation, voir Condorelli, *supra* note 53, chiffre 3.

représentent, légitimement ou non, un État, c'est même le droit des conflits armés internationaux qui doit être respecté – par les deux parties. Notre analyse n'a révélé aucune disposition de la IIIe ou de la IVe Convention de Genève qui ne pourrait pas être respectée dans une telle « guerre ». L'ennemi peut être défait, les responsables peuvent être traduits en justice, les terroristes peuvent être détenus et la sécurité à Guantánamo peut être garantie. Après analyse des différents arguments pratiques contre un respect intégral de la IIIe Convention de Genève, seule l'obligation de payer des avances de solde apparaît comme une conséquence fâcheuse d'une applicabilité de la IIIe Convention. Une telle dépense de huit Francs suisses par détenu et par mois nous semble toutefois être un inconvénient mineur dans une guerre qui coûte un milliard de Dollars américains par mois.

c. Comment définir le champ d'application de nouvelles règles pour la « guerre contre le terrorisme » ?

Si on voulait élaborer de nouvelles règles pour une nouvelle forme de guerre, il faudrait également définir les situations auxquelles elles s'appliqueraient. Selon les États-Unis, ce n'est pas seulement la « guerre » contre Al-Qaïda, mais aussi celle contre les Talibans qui tombe dans cette catégorie. Les États-Unis ont annoncé qu'ils ne feraient pas de distinction entre les terroristes et ceux qui les hébergent ou les soutiennent¹²⁴. Est-ce également vrai pour les règles humanitaires qui devraient être applicables? La poursuite de la guerre contre l'Iraq, l'Iran et la Corée du Nord est annoncée¹²⁵. Ces conflits tomberont-ils également sous les nouvelles règles? Ou alors considérera-t-on que le régime de Saddam Hussein est plus légitime que celui des Talibans? Il est sûr que dans les faits, le régime iraquien ne contrôle pas une portion supérieure du territoire iraquien à celle que les Talibans contrôlaient, le 11 septembre 2001, du territoire afghan. Et si la Russie de Putin ne s'était pas démonstrativement ralliée aux États-Unis après le 11 septembre, mais opposée à toute opération en Asie centrale, une guerre contre la Russie serait-elle également tombée sous ces nouvelles règles? Certes, une ligne de partage peut être trouvée. Encore doit-elle être acceptée, y compris par ceux contre qui la guerre tombera sous des règles révisées. Les nouvelles règles qui offriront, par hypothèse, une protection moindre aux prisonniers, s'appliqueront-elles des deux côtés d'une « guerre contre le terrorisme » ou propose-t-on d'abandonner le principe de l'égalité des belligérants devant le droit international humanitaire? Dans ce dernier cas, qui croît que ces règles seront respectées par ceux qui sont qualifiés de « terroristes » ?

d. Quelles nouvelles règles humanitaires pour la « guerre contre le terrorisme » ?

¹²⁴ Voir Public Law 107-40, 107th Congress, Joint Resolution To authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States, 18 septembre 2001, S.J. Res. 23, en ligne : <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d107:s.j.res.00023> (date d'accès: 4 février 2002) : « That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons. »

¹²⁵ Voir *supra* note 1.

Une fois le domaine d'application du nouveau droit défini, il faudra se mettre d'accord sur son contenu. Faut-il créer une brèche entre la IIIe et la IVe Convention de Genève avec une catégorie de « combattants illégaux » qui bénéficieraient de moindres garanties humanitaires? Qui procéderait à la qualification nécessaire? Comment éviter que dorénavant chaque belligérant considère son adversaire comme « terroriste » et qualifie les prisonniers qu'il détient de « combattants illégaux »? Ceux qui risquent de devenir des « combattants illégaux » aux mains de l'ennemi, respecteront-ils encore moins le droit international humanitaire qu'ils ne le font actuellement? Qui veut permettre la torture pour démanteler des réseaux terroristes? Interdire toute correspondance entre des « terroristes » et leurs familles? Faut-il rendre des Talibans luttant en Afghanistan en portant leurs armes ouvertement punissables s'ils attaquent un char américain? Est-ce indispensable dans la « guerre contre le terrorisme » que des civils accusés de terrorisme puissent être détenus et jugés sur une île des Caraïbes et non pas là où ils ont été arrêtés pendant la guerre?

Certes, théoriquement les États peuvent adopter de nouvelles réponses à toutes les questions qui précèdent. Un nouvel ensemble de règles du droit international humanitaire serait né. Constituerait-il vraiment un progrès pour toutes les victimes des nombreux conflits armés dans le monde ou tout au moins pour la plupart d'entre eux? Le nouveau droit devra inévitablement s'appliquer à tous les conflits. Vu les difficultés de qualification, il serait pratiquement impossible de garder les vieilles règles pour les conflits qui ne tomberaient pas dans la catégorie des « nouveaux conflits ». À l'image de la société des États à laquelle il s'applique, le droit international reste marqué par la décentralisation, la coordination et, surtout, *l'auto-application* des règles. Les quelques éléments précurseurs d'un ordre international de subordination et d'institutionnalisation, tels que l'organisation des Nations Unies et la Cour pénale internationale n'ont pas la faveur des États-Unis. Une résolution du Conseil de Sécurité décidant qu'un certain conflit tombe sous les nouvelles règles n'impressionnera pas beaucoup la partie adverse. Le Conseil de Sécurité devrait d'ailleurs être utilisé pour décider, légitimer et conduire la guerre contre le terrorisme, mais il serait alors partie et donc mal placé pour émettre une qualification. La Cour pénale internationale, quant à elle, n'interviendra qu'après le conflit, tandis que les règles applicables du droit international humanitaire devraient être claires et respectées *pendant* le conflit.

e. Faut-il attendre un monde meilleur avant d'adopter un droit humanitaire pour les « actions de police internationale »?

Précisons, pour terminer, que nous aussi souhaitons ardemment qu'un jour un nouveau droit international humanitaire, complètement différent de celui que nous connaissons, pourra être adopté, parce qu'il correspondra, ce jour-là, à la réalité d'une société internationale de 200 États qui sera devenue une communauté internationale de 6 milliards d'êtres humains. D'autres ont souhaité, dans le même esprit, « la fin du droit international humanitaire »¹²⁶. Ce jour-là, le monde sera régi par la primauté du droit, il disposera d'une police internationale qui la met en œuvre et les États (même Unis) ne

¹²⁶ Sandoz, *supra* note 119, pp. 258-259.

seront plus souverains. Ce jour-là, la séparation entre *jus ad bellum* et *jus in bello* n'aura plus de raison d'être et l'égalité des belligérants devant le droit international humanitaire pourra finalement prendre sa retraite bien méritée dans l'histoire du droit international. Les guerres seront alors effectivement devenues des actions d'application de la loi, dans lesquelles il faudra prescrire des « *temperamenta belli* », des restrictions allant bien au-delà de celles du droit international humanitaire actuel et qui s'adresseront à la police internationale¹²⁷. Comme le droit international des droits de la personne le prescrit actuellement pour les opérations de police, l'usage de la force devra être proportionnel et une mesure subsidiaire même à l'égard de ceux qui prendraient part à des hostilités et qu'on pourra qualifier de « criminels internationaux ». Il est vrai que ces derniers ne pourront plus être liés aux mêmes règles (ou même par n'importe quelle règle). Comme dans les droits internes, il n'y aura plus de règles qui statueront comment ceux qui s'opposent à la police peuvent lutter contre la police. Il est évident que ce jour là, les statuts de combattant et de prisonnier de guerre n'auront plus de raison d'être. Tous ceux qui s'opposeront à la légalité internationale seront des « combattants illégaux » qui devront faire face à la justice.

De ce nouveau monde qui exige un nouveau droit international humanitaire, nous y sommes encore bien loin. Le soussigné se demande même si nous ne nous sommes pas éloignés de ce monde meilleur depuis le 11 septembre 2001. En effet, ce monde nécessitera des institutions fortes et crédibles et ne pourra tolérer l'unilatéralisme, l'auto-protection et la légitime défense qu'en dernier ressort. Or, indépendamment de la question de savoir si les États-Unis pouvaient invoquer la légitime défense contre un acteur non étatique et pour justifier une opération militaire contre des États hébergeant cet acteur¹²⁸, nous regrettons que les États-Unis aient préféré cette voie unilatérale à la voie institutionnelle de mesures contre des menaces à la paix et la sécurité internationales décidées par le Conseil de Sécurité. C'est d'autant plus regrettable que les États-Unis avaient main libre dans cet organe et qu'ils auraient pu prendre toutes les mesures effectivement prises jusqu'à fin janvier 2002 à titre de réponse institutionnelle des Nations Unies (ou avec une autorisation des Nations Unies¹²⁹). Les Nations Unies et leur

¹²⁷ Pour Grotius, les restrictions des « *temperamenta belli* » s'adressaient également uniquement à la partie qui mène une guerre juste, et non pas à leur ennemi, voir P. Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, en particulier pp. 597-605.

¹²⁸ Voir à ce sujet quelques réflexions de Condorelli, *supra* note 53, chiffre 4; des remarques critiques lors d'un débat sur le site Internet de l'*European Journal of International Law*, en ligne : <http://www.ejil.org/forum_WTC/index.html> (date d'accès : 5 février 2002) auquel ont participé les Professeurs A. Pellet, P.-M. Dupuy, G. Gaja et A. Cassese; voir aussi J. I. Charney, « The Use of Force Against Terrorism and International Law, Editorial Comment », (2001) 95 *American Journal of International Law* 835 à la p. 836. Dans la doctrine antérieure voir les vues restrictives de A. Cassese, « Article 51 », dans J.P. Cot et A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, 2^e éd., Paris, Economica, 1991, p. 771, aux pp. 780-784; Schachter, *supra* note 49 aux pp. 164-169; Henkin, *supra* note 60 aux pp. 161-162. Pour une défense de la légalité des actions américaines voir W. M. Reisman « In Defense of World Public Order, Editorial Comment », *ibid.*, pp. 833-835, et T. M. Franck, « Terrorism and the Right of Self-Defense, Editorial Comment », *ibid.*, pp. 839-843.

¹²⁹ Suivant les constatations de Condorelli, *supra* note 53, chiffre 4, les différentes résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité depuis le 11 septembre 2001 (voir en particulier la *Résolution 1368*, Doc. off. CS, 4370^{ème} séance, Doc. NU S/RES/1368 (2001) et la *Résolution 1373*, *supra* note 62) et les débats à l'Assemblée générale et au Conseil de Sécurité peuvent être considérées comme exprimant une *opinio juris*

Conseil de sécurité en particulier peuvent certes être critiqués à maints égards. Leur composition, leur réglementation juridique, leur pratique sélective et leur faiblesse sont loin de ce qu'on souhaiterait d'un organe pour faire prévaloir la primauté du droit international. Il s'agit toutefois du seul embryon fragile représentant la communauté internationale institutionnalisée dont nous disposons. Même les États-Unis, seule superpuissance, auraient un intérêt à renforcer la crédibilité de ces institutions au lieu de montrer, sans réelle nécessité, qu'elles n'ont pas de véritable importance dans le domaine pour lequel elles ont été créées : le maintien de la paix¹³⁰.

En attendant ce monde meilleur, dont certains craignent qu'il ne s'éloigne, gardons le droit international humanitaire qui est adapté aux réalités du monde actuel. Malgré les débuts fragiles d'institutionnalisation à travers les Nations Unies, notre monde consiste encore en une société d'États souverains et égaux. Le droit international humanitaire actuel traitant les belligérants d'un conflit international sur un pied d'égalité et prévoyant les statuts de combattant et de prisonnier de guerre (tout en exigeant la punition des individus qui commettent des crimes) correspond à cette réalité.

6. Conclusion

Nous n'avons pas de soucis quant au traitement des personnes détenues à Guantánamo. Nous sommes convaincus que les États-Unis les traitent humainement et le CICR est présent pour le vérifier. D'autres, en particulier les personnes détenues dans le conflit entre forces afghanes, auxquels le droit des conflits armés internationaux ne s'applique pas, courent sans aucun doute des risques bien supérieurs à cet égard. Notre souci est la survie du droit international humanitaire, et donc le traitement des victimes des conflits futurs. Est-ce « devenir les défenseurs des terroristes »¹³¹? Faisons-nous partie de « poches isolées d'*hyper ventilation internationale* »¹³²? Si un État de droit comme les États-Unis invoquait largement des arguments liés à la légitimité de sa lutte pour qualifier ses ennemis de « combattants illégaux », un précédent dangereux serait créé. Nous nous réjouissons donc de la décision du Président américain du 7 février 2002 qui reconnaît l'applicabilité des Conventions de Genève. Le Canada, engagé aux côtés des États-Unis, était en droit de leur rappeler leurs obligations, allant dans ce sens, en vertu du droit international humanitaire. C'est ainsi qu'il a rempli, premièrement, son obligation, prévue à l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève, de non seulement respecter, mais également « faire respecter » ces Conventions « en toutes circonstances »¹³³. Un tel

des États sur l'admissibilité de l'invocation de la légitime défense par les États-Unis. Cette attitude presque générale des autres États ne modifie toutefois pas la nature unilatérale et non institutionnelle de la réaction américaine.

¹³⁰ Voir dans ce sens également A. Pellet, « Malaise dans la guerre : à quoi sert l'ONU ? », *Le Monde*, 15 décembre 2001, et Charney, *supra* note 128, pp. 836-839.

¹³¹ Comme le Premier ministre Chrétien l'a 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 (voir M. Cornellier, « Le Bloc défend les terroristes, dit Chrétien », *Le Devoir*, 7 février 2002, pp. 1 et 8).

¹³² Le secrétaire à la défense D. RUMSFELD a parlé lors de sa conférence de presse du 8 février 2002, *supra* note 4, de « isolated pockets of international hyperventilation ».

¹³³ L. Condorelli et L. Boisson De Chazournes, « Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en toutes circonstances », *Studies and Essays*

rappel était, deuxièmement, dans l'intérêt des soldats canadiens, qui eux aussi ont tout intérêt à ce qu'aucun ennemi ne puisse jamais les qualifier de « combattants illégaux » pour les priver de certaines protections. Troisièmement, lorsque des personnes protégées par la IIIe Convention tombent au pouvoir des forces canadiennes déployées en Afghanistan, le Canada est responsable de leur traitement. Il ne peut les transférer aux États-Unis qu'après s'être assuré que ceux-ci sont « désireu[x] et à même d'appliquer la Convention »¹³⁴.

Nous espérons qu'au moment où ces lignes sortiront de presse, les États-Unis auront également mesuré les conséquences, décrites dans cet article, de l'applicabilité des Conventions de Genève. Pour les personnes détenues à Guantánamo et tombées au pouvoir des États-Unis en *Afghanistan* l'applicabilité du droit international humanitaire implique qu'elles doivent ou bien être reconnues comme prisonniers de guerre, ou alors des arguments liés au comportement de chacune d'elles au moment de leur capture doivent les faire apparaître, à un tribunal institué par les États-Unis, comme n'ayant pas droit au statut de prisonnier de guerre. Elles seront alors protégées par la IVe Convention de Genève et devront être détenues en Afghanistan. Dans les deux cas, l'applicabilité du droit international humanitaire à la « guerre contre le terrorisme » serait réaffirmée et les voix réclamant une révision du droit à cet effet seront reléguées à l'oubli. Ce droit s'applique à cette « guerre ». Il n'empêche pas, nous l'avons vu, de la poursuivre. Certains estimeront, qui plus est, que son respect facilitera la victoire, étant donné qu'il montrera à l'ennemi et surtout à ses sympathisants potentiels la nature véritable des sociétés occidentales. La primauté du droit se manifeste toujours par le fait qu'elle s'applique surtout et particulièrement dans la lutte contre ceux qui s'y opposent. Nous comprenons que pour les victimes des attaques du 11 septembre 2001 l'idée que les soldats américains et les Talibans sont égaux devant le droit international humanitaire est choquante. À notre avis, la séparation stricte entre *jus ad bellum* et *jus in bello* et l'égalité des belligérants devant le droit international humanitaire reste toutefois la clef de voûte de cette branche face aux réalités de notre monde, et sa seule chance de survie.

on *International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, The Hague, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 17-35; L. Condorelli et L. Boisson De Chazournes, « Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited : Protecting Collective Interests », (2000) 837 *Revue internationale de la Croix-Rouge*, pp. 67-87; N. Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par le H.P.C. de 'faire respecter' les conventions humanitaires" dans F. Kalshoven et Y. Sandoz, dir., *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 263-296; U. Palwankar, "Mesures auxquelles peuvent recourir les États pour remplir leur obligation de faire respecter le droit international humanitaire", (1994) 805 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 11.

¹³⁴ Art. 12 (2) de la IIIe Convention.