

## PRISONNIERS DE GUERRE AUX MAINS DE LEUR PUISSANCE D'ORIGINE : POUR UNE APPLICATION DES CONVENTIONS DE GENÈVE JUSQU'À LEUR « LIBÉRATION ET RAPATRIEMENT DÉFINITIFS »

Frédéric Gouin\*

*This paper assumes that at least some of the persons detained within the framework of the global confrontation against terrorism should have been granted the status of prisoners of war. This raises the question of what should be happening to these prisoners of war once they are transferred to their country of origin.*

*Persons deprived of freedom within the framework of the global confrontation against terrorism are considered as enemies by both the detaining authorities and the authorities from their country of origin. This is happening either because the latter changed between the moment they were made prisoners and the moment they were transferred (e.g. Afghanistan, Iraq) or because they have always been part of the opposition to their authorities. Being transferred to a country which should have offered them at least consular protection, and did not, means that they are once again jailed, abused, tortured, threatened, deprived of contacts with their family, etc.*

*This paper argues that prisoners of war should continue to benefit from this status if they are transferred to a country that will continue to detain them essentially because of their participation to an armed conflict, even if the receiving country is the prisoner of war's country of origin. This position is founded on three arguments: (1) the Geneva POW Convention specifies it continues to apply until "final release and repatriation"; (2) international obligations forbid transferring someone to a country where they fear persecution; (3) loyalty instead of nationality should be the basis to determine whether an individual is entitled to the protection of the Geneva POW Convention.*

*Dans cet article, on présume que le statut de prisonnier de guerre aurait dû être accordé à au moins certaines personnes détenues dans le cadre de la confrontation globale contre le terrorisme. Cela soulève la question à savoir ce qui devrait arriver à ces prisonniers de guerre une fois qu'ils sont transférés à leur pays d'origine.*

*Les personnes privées de leur liberté dans le cadre de la confrontation globale contre le terrorisme sont considérées comme des ennemis et par les autorités qui les détiennent et par les autorités de leur pays d'origine. Cela est le cas soit parce que celles-ci ont changé entre le moment qu'on en a fait des prisonniers et le moment de leur transfert (ex. l'Afghanistan, l'Irak) soit parce*

---

\* LL.M., Université du Québec à Montréal

*qu'ils ont toujours fait partie de l'opposition à leurs autorités. Le transfert à un pays qui aurait dû leur offrir au moins la protection consulaire, et ne l'a pas fait, signifie qu'ils sont encore une fois mis en prison, abusés, torturés, menacés, privés de contact avec leur famille, etc.*

*Dans cet article, on soutient que les prisonniers de guerre devraient continuer à bénéficier de ce statut si ils sont transférés à un pays qui va continuer à les détenir essentiellement à cause de leur participation à un conflit armé, même si le pays qui les reçoit est le pays d'origine du prisonnier de guerre. Cette position repose sur trois arguments : (1) la Convention de Genève sur les prisonniers de guerre précise qu'elle continue à s'appliquer jusqu'à «la libération et le rapatriement définitifs»; (2) les obligations internationales interdisent de transférer quelqu'un à un pays où il ou elle craint être persécuté; (3) la loyauté plutôt que la nationalité devrait être la base pour déterminer si un individu a droit à la protection de la Convention de Genève sur les prisonniers de guerre.*

## I. INTRODUCTION

Les attaques du 11 septembre 2001 ont produit une littérature considérable dans tous les domaines notamment le droit international humanitaire. Alors que beaucoup d'auteurs se sont attaqués à la question de la non-applicabilité du droit humanitaire aux soi-disant nouveaux conflits issus de la « guerre contre le terrorisme »<sup>1</sup>, d'autres s'obstinaient à démontrer la supposée obsolescence des *Conventions de Genève*<sup>2</sup>. Le droit humanitaire n'était pas, loin de là, la seule vic-

1 L'expression « guerre contre le terrorisme » est, juridiquement, une construction inexacte pour deux raisons. Premièrement, à la notion de « guerre », qui implique une déclaration formelle, s'est substituée la notion de « conflit armé », beaucoup plus flexible puisque basée sur une réalité objective. Deuxièmement, ni une guerre ni un conflit armé ne peut avoir lieu contre un phénomène comme le terrorisme : les conflits armés n'ont lieu qu'entre groupes armés ; qu'ils soient étatiques ou non n'y changeant rien. Plutôt que d'utiliser cette expression juridiquement incorrecte, ce texte emploie l'expression « lutte contre le terrorisme », qui, définie de manière extensive, englobe certains aspects qui font intervenir le droit international humanitaire. Voir notamment M. L. Satterthwaite, « Rendered meaningless: Extraordinary rendition and the rule of law » (2006) paper n°43 *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers* à la p. 56., en ligne : NELLCO Legal Scholarship Repository <<http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/43>> (date d'accès : 24 juillet 2009); H. P. Gasser, « Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law » (2002) 847 *Revue internationale de la Croix-Rouge* aux pp. 547, 549-550.

2 *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 n° 20 (signé par le Canada : 8 décembre 1949, entrée en vigueur : 21 octobre 1950, ratifié par le Canada : 14 mai 1965) [ci-après *Convention de Genève I*]; *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 n° 20 (signé par le Canada : 8 décembre 1949, entrée en vigueur : 21 octobre 1950, ratifié par le Canada : 14 mai 1965) [ci-après *Convention de Genève II*]; *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 n° 20 (signé par le Canada : 8 décembre 1949, entrée en

time de ces attaques : qu'on se rappelle seulement les horribles démonstrations sur la torture *light*, l'emploi « mesuré » de la force et les spéculations ridicules autour de la théorie de la bombe qui fait tic-tac ! Il aura fallu attendre un certain temps avant qu'un peu de raison et de bon sens juridique ne reviennent. Bon nombre d'articles ont contribué au débat sur la question du statut des personnes détenues dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et, plus particulièrement, celles détenues par les forces multinationales en Afghanistan et en Irak ainsi que par les États-Unis à Guantanamo et dans d'autres lieux.

Par contre, peu se sont penchés sur la protection dont peuvent se prévaloir les détenus qui sont soi-disant libérés et rapatriés, de gré ou de force, vers leur pays de nationalité. On se réfère ici en outre, aux situations qui découlent de la lutte contre le terrorisme où des personnes ont été arrêtées dans le cadre d'opérations militaires alors qu'elles participaient aux hostilités contre des forces armées ennemies. On pense, en particulier, aux personnes capturées sur le champ de bataille pendant le conflit armé international entre les États-Unis et l'Afghanistan (2001)<sup>3</sup> ou à celles capturées lors du conflit avec l'Irak (2003)<sup>4</sup>. On présume, ici, que parmi elles, certaines personnes remplissent les critères prévus par le droit international pour être considérées comme des combattants<sup>5</sup> et que, de ce seul fait, elles ont droit au statut de prisonnier de guerre<sup>6</sup>.

Or, les personnes, privées de libertés dans ces circonstances, ont le malheur d'être considérées comme des ennemis, à la fois par la Puissance détentrice et les autorités de leur pays d'origine, soit parce que ces dernières ont changé, à l'instar de l'Afghanistan ou de l'Irak, soit parce que ces personnes se sont toujours opposées à celles-ci. Cette situation politique singulière crée des conditions relatives à leur statut pour le moins particulières à leur égard : de retour dans le pays dont

---

vigueur : 21 octobre 1950, ratifié par le Canada : 14 mai 1965) [ci-après *Convention de Genève III*]; *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 n° 20 (signé par le Canada : 8 décembre 1949, entrée en vigueur : 21 octobre 1950, ratifié par le Canada : 14 mai 1965) [ci-après *Convention de Genève IV*]. Lorsque nous nous référons aux quatre instruments : [ci-après *Conventions de Genève*].

- 3 Ce conflit a débuté le 6 octobre 2001 et ne s'est pas terminé avant la signature des Accords de Bonn (5 décembre 2001) et la mise en place du gouvernement intérimaire (22 décembre 2001). À partir du moment où le gouvernement afghan (intérimaire ou transitoire) approuve la présence des États-Unis sur son sol, il n'y a plus de conflit armé international entre les États-Unis et l'Afghanistan, mais un conflit armé non international entre les États-Unis et des groupes rebelles afghans. Les combattants capturés pendant un conflit armé international ont droit au statut de prisonnier de guerre (*Convention de Genève III*, art. 4), alors que ceux capturés dans le cadre d'un conflit armé non international n'ont droit qu'à être « [traités] avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue » (*Conventions de Genève*, art. 3, para. 1, al. 1).
- 4 Pour ce qui est du droit au statut de prisonnier de guerre pour ces personnes « tombées aux mains de l'ennemi », voir D. Weissbrodt et A. Bergquist, « Extraordinary rendition and the humanitarian law of war and occupation [draft] » (2007) 47 *Virginia Journal of International Law* 295.
- 5 Voir notamment *Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de la Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, B.T.S. 1910/9, art. 1 (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).
- 6 *Ibid.*, art. 3; *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 4.

elles étaient en droit d'attendre la protection consulaire, elles se retrouvent incarcérées à nouveau, torturées, abusées, menacées, privées de contacts avec leurs familles, etc.<sup>7</sup>

Cet article soumet que le droit positif, à la lumière de la jurisprudence, de la pratique et d'une interprétation fondée sur des considérations essentielles d'humanité, spécifie qu'une personne qui a droit au statut de prisonnier de guerre doit continuer à bénéficier de ce statut lorsqu'elle est transférée vers un État où sa détention doit se poursuivre pour des motifs essentiellement politiques, liés, par exemple, à sa participation au conflit, même dans l'hypothèse où il s'agit de l'État de sa nationalité.

Cette position se fonde sur trois arguments. Le premier est lié à l'interprétation de l'expression « libération et rapatriement définitifs », expression qui est employée notamment dans les *Conventions de Genève* et leur premier Protocole additionnel<sup>8</sup> mais aussi dans divers autres traités de droit humanitaire (II). Le second invoque les obligations internationales en matière de non-refoulement, la pratique des États et du Comité internationale de la Croix-Rouge (CICR) dans les cas où un prisonnier de guerre n'est pas rapatrié dans son pays de nationalité par craintes d'y subir des persécutions (III). Enfin, le troisième argument réfute les objections basées sur le critère de nationalité en invoquant un critère de « loyauté », plus à même de garantir aux personnes vulnérables la protection prévue par les Conventions (IV).

Cet article se limite à traiter de la situation des personnes qui ont *a priori* droit au statut de prisonnier de guerre. Par conséquent, ne sont pas abordées ici les questions relatives au droit pour un gouvernement de détenir, hors du cadre judiciaire et en cas de situation d'urgence, des personnes qui sont soupçonnées de constituer une menace à la sécurité de l'État<sup>9</sup>.

## II. LIBÉRATION ET RAPATRIEMENT DÉFINITIFS

Un des principes fondamentaux de la *Convention de Genève III* veut que les prisonniers de guerre sont au bénéfice de la Convention dès leur capture et qu'ils le demeurent jusqu'au moment de leur libération et rapatriement définitifs<sup>10</sup> et

7 Voir notamment la description de leur situation par des citoyens russes rapatriés de Guantanamo vers la Russie contre leur gré. Les garanties diplomatiques exigées par les autorités américaines et fournies par les autorités russes ne les ont, semble-t-il, pas protégés contre divers mauvais traitements : Human Rights Watch, « The "Stamp of Guantanamo" : The Story of Seven Men Betrayed by Russia's Diplomatic Assurances to the United States » (mars 2007) 19 no. 2(D), en ligne : Human Rights Watch <<http://www.hrw.org/reports/2007/russia0307/russia0307webcover.pdf>> (date d'accès : 24 juillet 2009).

8 *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, R.T. Can. 1991 n° 2, (signé par le Canada : le 12 décembre 1977, entrée en vigueur : 7 décembre 1978, ratifié par le Canada : 20 novembre 1990) [ci-après *Protocole additionnel I*].

9 Pour une revue des principes applicables à la détention administrative, voir J. Pejic, « Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence » (2005) 858 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 375.

10 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 5, al. 1.

ce, même en cas de doute quant à leur statut<sup>11</sup>. Cette obligation de rapatriement, qui est apparue aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, est progressivement devenue une obligation coutumière<sup>12</sup>.

De même, les dispositions finales des *Conventions de Genève* prévoient qu'une dénonciation ne produira aucun effet « aussi longtemps que les opérations de libération et de rapatriement des personnes protégées par la présente Convention ne seront pas terminées. »<sup>13</sup> Le *Protocole additionnel I* va dans le même sens et prévoit que certaines personnes continuent à bénéficier des dispositions pertinentes des Conventions et du Protocole « jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement »<sup>14</sup>. La *Convention de Genève IV*, quant à elle, spécifie que les personnes protégées restent au bénéfice de la Convention jusqu'au moment de leur libération, rapatriement ou établissement<sup>15</sup>. La Convention sur les armes classiques (CACC) précise qu'une dénonciation ne prend effet qu'à la fin « des opérations de libération définitive, de rapatriement ou d'établissement des personnes protégées »<sup>16</sup>. En comparaison, d'autres traités, plus anciens, ne se réfèrent qu'à la seule notion de rapatriement, sans mention d'une nécessaire libération<sup>17</sup>.

Par conséquent, la question qui se pose, en l'occurrence, est de savoir ce qu'il faut comprendre par libération et rapatriement définitifs. Selon le commentaire de la *Convention de Genève III*, libération et rapatriement définitifs « indique que le prisonnier de guerre ne doit pas perdre son statut avant d'être replacé dans sa situation, telle qu'elle existait avant la captivité. »<sup>18</sup> De la même façon, au sujet

11 *Ibid.* art. 5, al. 2.

12 J. Quigley, « Iran and Iraq and the obligations to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities » (1989) 5 *American University Journal of International Law and Policy* aux pp. 73, 74. Voir aussi J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1 « Rules », Genève et Cambridge, CICR et Cambridge University Press, 2005, règle 128 A, p. 451.

13 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 142, al. 3. Voir aussi : *Convention de Genève I*, *supra* note 2, art. 63, al. 3 ; *Convention de Genève II*, *supra* note 2, art. 62, al. 3.

14 *Protocole additionnel I*, *supra* note 8, art. 3 (b), 75 (6) et 99 (1).

15 *Convention de Genève IV*, *supra* note 2, art. 6, al. 4. Voir aussi *Convention de Genève IV*, *supra* note 2, art. 158, al. 3.

16 *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 10 octobre 1980, R.T. Can. 1994 n° 19, art. 9 (2) (signé par le Canada : 10 avril 1981, entrée en vigueur : 2 décembre 1983, ratifié par le Canada : 24 juin 1994).

17 Voir notamment *Convention (II) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 29 juillet 1899, B.T.S. 1901/11, art. 20 (entrée en vigueur : 4 septembre 1900); *Convention (IV) de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, art. 20; *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, 27 juillet 1929, R.T. Can. 1933 n° 5, art. 96, al. 3 (signé par le Canada : 27 juillet 1929, ratifié par le Canada : 20 février 1933, entrée en vigueur pour le Canada 20 août 1933). Voir aussi *Projet de Convention internationale concernant la condition et la protection des civils de nationalités ennemie qui se trouvent sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par lui*, XV<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge du 20 au 29 octobre 1934, dans *Compte rendu*, Tokyo, 1934, art. 32, al. 4, aux pp. 262-268.

18 J. de Preux et al. « Commentaire de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 », dans J. Pictet, dir., *Commentaires des Conventions de*

de l'obligation de libération et rapatriement des prisonniers de guerre, le commentaire précise que le « rapatriement constitue, pour les prisonniers de guerre, le retour à une situation normale »<sup>19</sup>, c'est-à-dire, le rétablissement « dans la situation où ils se trouvaient lorsqu'ils ont été capturés »<sup>20</sup>. En d'autres termes, par leur libération et leur rapatriement, « les prisonniers de guerre retombent sous l'autorité militaire dont ils dépendaient au moment de leur capture »<sup>21</sup>. Dans le même esprit, le commentaire de la *Convention de Genève IV* se réfère au retour des personnes protégées à une existence normale<sup>22</sup>. Le commentaire du *Protocole additionnel I* au sujet des garanties fondamentales, tout en invitant à ignorer les différences de rédaction entre la *Convention de Genève IV*, qui se réfère à la « libération »<sup>23</sup>, et le *Protocole additionnel I*, qui se réfère à la « libération définitive »<sup>24</sup>, insiste que « l'intention des auteurs est claire : il faut une libération complète. »<sup>25</sup> Le commentaire du *Protocole additionnel I*, au sujet de la fin de son application, précise :

'Libération définitive' s'entend de la fin de la captivité, de la détention ou d'autres mesures restrictives de liberté résultant du conflit armé ou de l'occupation; 'rapatriement' s'entend du retour dans le pays dont on a la nationalité ou, le cas échéant, dans lequel on avait sa résidence habituelle; 'établissement' s'entend de l'installation dans un autre pays, pour quelque raison que ce soit<sup>26</sup>.

Si la libération et le rapatriement définitifs des prisonniers de guerre doivent signifier que les prisonniers retombent sous l'autorité militaire dont ils dépendaient au moment de leur capture, qu'en est-il lorsque cette autorité militaire n'existe plus ? Le cas des personnes combattant pour le gouvernement des Talibans ou celui de M. Saddam Hussein illustre bien cette problématique. Ceux d'entre eux qui ont été faits prisonniers au moment du conflit armé international avec les États-Unis se trouvent dans cette situation où l'autorité militaire dont

---

*Genève du 12 août 1949. Volume III*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1958, art. 5, à la p. 83 [ci-après *Commentaire de la Convention III*].

19 *Ibid.*, art. 118, à la p. 576.

20 *Ibid.* Voir aussi R.-J. Wilhelm, « Peut-on modifier le statut des prisonniers de guerre ? » (1953) 34 *Revue internationale de la Croix-Rouge* aux pp. 516, 526.

21 *Commentaire de la Convention III supra* note 18, art. 118, à la p. 578.

22 O. Uhler, H. Coursier et al., « Commentaire de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 », dans J. Pictet, dir., *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume IV*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1956, art. 6, à la p. 71 [ci-après *Commentaire de la Convention IV*].

23 *Convention de Genève IV, supra* note 2, art. 6, al. 4.

24 *Protocole additionnel I, supra* note 8, art. 3 (b) et 75 (6).

25 C. Pilloud, Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann, « Commentaire du Protocole I » dans *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 1986, art. 75, au para. 3129, à la p. 911 [ci-après *Commentaire du Protocole I*].

26 *Ibid.*, art. 3, au para. 158, aux pp. 68-69.

ils dépendaient n'existe plus et a été substituée par une autorité qui leur est désormais hostile et les considère comme des ennemis. Dans ces circonstances, vers quelle destination doivent-ils être rapatriés? Il sera question, plus loin, du droit des prisonniers de guerre à exprimer leur volonté<sup>27</sup>. Qu'il suffise pour l'instant de préciser que, hormis les cas de réinstallation dans un pays tiers, la destination « normale » d'un rapatriement devrait être le pays de résidence habituelle ou le pays (ou l'un des pays) de nationalité<sup>28</sup>.

Celles qui, parmi ces personnes, auraient, par ailleurs, droit au statut de prisonnier de guerre, doivent continuer à être sous l'égide de la *Convention de Genève III* si, après avoir été rapatriées, elles continuent à subir des mesures restrictives de liberté pour des motifs essentiellement politiques, c'est-à-dire liées à leur participation au conflit armé. Dans le cas, par exemple, du transfert par les États-Unis de M. Saddam Hussein aux autorités irakiennes, au-delà de la question de savoir si l'autorité sur le détenu a véritablement été transférée, il suffit de constater que M. Hussein était, à ses yeux, toujours au pouvoir de l'ennemi. Ainsi, dans les cas comme celui-ci, il n'y a pas eu de retour à la normale, ces personnes n'ont pas été replacées dans la situation telle qu'elle existait avant leur captivité. On ne peut prétendre qu'il y a libération définitive ou complète si la personne continue à être privée de liberté, si les motifs de privation de liberté sont fondamentalement politiques et si la seule modification apportée à sa situation tient au changement de nationalité des gardiens. Cette interprétation n'empêche nullement d'ailleurs l'État détenteur de punir son ressortissant pour les violations du droit interne qui auraient pu être commises. « [Elle] a simplement pour résultat de conférer à celui-ci les garanties d'ordre judiciaire et pénitentiaires prévues par la Convention »<sup>29</sup>. La *Convention de Genève III* est très claire à ce sujet et prévoit qu'un prisonnier de guerre qui serait condamné pour des actes commis avant sa capture demeure au bénéfice de la Convention<sup>30</sup>.

27 *Infra*, p. 17. (?)

28 Quant au droit pour un national d'entrer dans son pays de nationalité, ainsi que l'obligation en droit international pour un État de laisser entrer ses nationaux sur son territoire, voir R. Higgins, « The right in international law of an individual to enter, stay in and leave a country » (1973) 49 *International Affairs* 341.

29 R. J. Wilhelm, « Peut-on modifier le statut des prisonniers de guerre ? » (1953) 35 *Revue internationale de la Croix-Rouge* aux pp. 681, 686.

30 *Convention de Genève III, supra* note 2, art. 85. Voir toutefois les réserves formulées à cet article par les États suivants : Albanie, République démocratique d'Allemagne, Biélorussie, Bulgarie, République populaire de Chine, République démocratique de Corée, Hongrie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Ukraine, URSS, République populaire du Viêt-Nam. Ces réserves vont toutes dans le sens de la réserve formulée par l'URSS :

« L'Union des Républiques Socialistes Soviétiques ne se considère pas tenue par l'obligation, qui résulte de l'article 85, d'étendre l'application de la Convention aux prisonniers de guerre, condamnés en vertu de la législation de la Puissance détentrice conformément aux principes du procès de Nuremberg, pour avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, étant donné que les personnes condamnées pour ces crimes doivent être soumises au régime établi dans le pays en question pour les personnes qui subissent leur peine. » (cité dans *Commentaire de la Convention III*, art. 85, aux pp. 448-449). Voir aussi M. A. Meyer « Liability of prisoners of war for offences committed prior to capture: The Astiz affair » (1983) 32 *International and Comparative Law Quarterly* 948.

### III. CRAINTES DE PERSÉCUTION

#### A. La volonté du prisonnier de guerre

La règle veut qu'un prisonnier de guerre soit rapatrié au plus tard dès la fin des hostilités actives<sup>31</sup>. Le commentaire de la *Convention de Genève III* précise, néanmoins, qu'il peut être fait exception à cette règle :

s'il y a de sérieuses raisons de craindre qu'un prisonnier de guerre qui s'oppose personnellement à son rapatriement ne soit l'objet, après son rapatriement, de mesures injustes affectant sa vie ou sa liberté, notamment en raison de sa race, de sa classe sociale, de sa religion ou de ses opinions politiques, et qu'en conséquence le rapatriement ne soit contraire aux principes généraux du droit international protégeant la personne humaine.<sup>32</sup>

Il faut souligner que l'alinéa 2 de l'article 220 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 reconnaissait déjà aux prisonniers de guerre allemands le droit de ne pas être rapatriés<sup>33</sup>. Il en était de même pour les trois accords de rapatriement conclus par l'URSS avec le Royaume-Uni, la Turquie et la Hongrie, respectivement<sup>34</sup>.

La question s'était également posée lors du rapatriement des prisonniers de guerre soviétiques en Finlande.

31 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 118, al. 1. Cette règle a été codifiée par la *Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, *supra* note 5, art. 20. Au sujet de la « fin des hostilités actives » dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », le Secrétaire américain à la défense déclarait : « I think that the way I would characterize the end of the conflict is when we feel that there are not effective global terrorist networks functioning in the world that these people would be likely to go back to and begin again their terrorist activities. » (The International Bar Association's Task Force on International Terrorism, *International Terrorism, Legal Challenges and Responses*, New York, Transnational Publishers Inc, 2003, à la p. 100, cité dans J. Östberg, *Prisoner of war or unlawful combatant: An evolution of international humanitarian law*, Masters thesis, Linköpings Universitet, janvier 2006, à la p. 44). Pour une revue des normes de droits de l'homme protégeant contre la détention illimitée, voir notamment A. De Zayas, « Human rights and indefinite detention » (2005) 857 *Revue internationale de la Croix-Rouge* aux pp. 15-38.

32 *Commentaire de la Convention III*, *supra* note 18, art. 118, à la p. 576. Le même commentaire prévoit aussi une exception en ce qui concerne les prisonniers de guerre enrôlés illégalement dans les forces de l'État ennemi ainsi que les déserteurs ou transfuges (*ibid.*, à la p. 578). L'alinéa 3 de l'article 109 de la *Convention de Genève III* prévoit aussi une exception à ce principe, limitée cependant aux seuls prisonniers malades ou blessés : « Aucun prisonnier de guerre blessé ou malade prévu pour le rapatriement aux termes du premier alinéa du présent article ne pourra être rapatrié contre sa volonté pendant les hostilités. »

33 *The Treaties of Peace 1919-1923*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1924, en ligne : <<http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/vercontents.html>> (date d'accès : 24 juillet 2009).

34 Accords conclus respectivement le 12 février 1920, le 28 mars 1921 et du 28 juillet 1921. Voir A. Zemmal, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Paris, Pédone, 1997, à la p. 354.

Comme il a été possible de l'établir grâce aux documents de la Commission soviétique de contrôle qui surveillait le respect, par la partie finlandaise, des conditions de l'armistice et le rapatriement en URSS des prisonniers de guerre soviétiques qu'elle détenait, le désir de retrouver la patrie n'habitait pas tous ces prisonniers, et de loin. Dès les premiers jours du rapatriement, plus de 100 prisonniers de guerre choisirent de rester en Finlande ou de gagner la Suède. Mais on ignore toujours quel fut leur sort. Parmi ceux qui ne regagnèrent pas l'URSS, il faut aussi compter les enrôlés volontaires dans l'armée finlandaise. On comptait parmi eux plus de 2000 allemands de la Volga et des personnes originaires des républiques du Caucase.

Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt de rappeler que 2 475 prisonniers de guerre finlandais ont été détenus par l'Union soviétique pendant les années de guerre (entre 1941 et 1945). Sur ce nombre, 404 moururent en détention. Ils furent 1 931 à retourner par groupes en Finlande. Enfin, 20 prisonniers de guerre finlandais refusèrent de regagner leur pays, choisissant de demeurer en Union soviétique et acquérant la citoyenneté de ce pays<sup>35</sup>.

La solution apportée par les Américains au problème du rapatriement des prisonniers de guerre soviétiques libérés des camps nazis démontre à quel point les considérations essentielles d'humanité peuvent laisser place à de pures considérations de *realpolitik*. Ainsi, malgré le sort qui les attendait en URSS<sup>36</sup>, tous les membres des forces armées soviétiques, tombés aux mains de l'Allemagne, ont été rapatriés, même de force, vers l'URSS. Il en est allé de même des citoyens soviétiques qui étaient tombés au pouvoir des forces armées américaines alors qu'ils portaient l'uniforme allemand. Appartenant aux « Forces armées du comité de libération des peuples de Russie », un groupe antisoviétique, équipé par l'Allemagne constituait un « corps de volontaires » remplissant les conditions prévues pour se voir reconnaître la qualité de belligérant<sup>37</sup> et, par conséquent, celle de prisonnier de guerre<sup>38</sup>. Mais les États-Unis voulant s'assurer du prompt rapatriement des quelques 75 000 prisonniers de guerre américains qui se trouvaient aux

35 Voir T. S. Drambyan, « Des pages méconnues de l'histoire de la Seconde Guerre mondiale : les prisonniers de guerre soviétiques en Finlande entre 1941 et 1944 » (2000) 839 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 663.

36 Le décret n° 270 de 1942 créait une présomption à l'effet qu'un prisonnier capturé vivant soit un traître. Voir Elliot, « The United States and Forced Repatriation of Soviet Citizens, 1944-1947 » (1973) *Political Science Quarterly* 259 (cité dans J. Nolan, « Americans in the Gulag: Detention of US Citizens by Russia and the Onset of the Cold War, 1944-49 » (1990) *Journal of Contemporary History* aux pp. 523, 527).

37 *Supra* note 5.

38 *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 27 juillet 1929, supra*, note 17, art. 1(1).

mains de l'URSS, c'est ainsi que les rapatriements forcés ont continué jusqu'au milieu de l'année 1947 après quoi une nouvelle politique a été annoncée :

The United States government [...] does not consider that Soviet citizens who are not traitors, deserters, renegades or quislings should be forced to return to the Soviet Union against their will. [...] involuntary repatriation went against the American tradition of granting political asylum, and the practice was at last brought to an end in all circumstances.<sup>39</sup>

C'est ainsi que, quelques années plus tard, cette politique a pu être mise en pratique en ce qui concerne le rapatriement des prisonniers de guerre chinois et nord-coréens suite à la guerre de Corée. Le gouvernement nord-coréen soutenait que la volonté des prisonniers de guerre ne pouvait être prise en compte car l'article 118 de la *Convention de Genève III* oblige les Parties à procéder au rapatriement et son article 7 interdit aux prisonniers de guerre de renoncer aux droits prévus par la Convention. De surcroît, une proposition à la Conférence diplomatique de Genève de 1949 à l'effet de donner le choix aux prisonniers de guerre avait spécifiquement été rejetée<sup>40</sup>. Néanmoins, lors de sa 7<sup>e</sup> session, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution par laquelle elle affirme que la force ne doit pas être utilisée à l'encontre des prisonniers de guerre pour effectuer leur rapatriement<sup>41</sup>. À la fin des hostilités, en 1953, seule la moitié des prisonniers de guerre avait été rapatriée en Corée du Nord, l'autre moitié demeurait en Corée du Sud ou avait été rapatriée à Taiwan<sup>42</sup>.

La question des prisonniers s'opposant à leur rapatriement s'est, par la suite, de nouveau posée dans le cadre des conflits Iran/Irak, Éthiopie/Somalie, Libye/Tchad, conflits où le CICR, conformément à sa doctrine, a été amené à s'assurer de la volonté réelle des prisonniers d'être rapatriés<sup>43</sup>. À la fin de la guerre du Golfe (1990-1991), au cours d'une réunion tenue sous les auspices du CICR entre les représentants irakiens, saoudiens, koweïtiens et américains, il a été décidé que le Comité conduirait des entretiens sans témoins avec tous les prisonniers de guerre et internés civils et qu'aucun ne serait rapatrié contre sa volonté et qu'aucun ne

39 Nolan, *supra*, note 36 à la p. 534.

40 Voir *Commentaire de la Convention III*, *supra* note 18, art. 118, à la p. 571. La proposition autrichienne se lisait comme suit : « Sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, les prisonniers de guerre seront rapatriés dans le pays dont ils sont les ressortissants à l'époque de leur rapatriement. Les prisonniers de guerre seront, toutefois, en droit de demander leur transfert dans tout autre pays qui est prêt à les accueillir. » Voir aussi J. P. Charmatz et H. M. Witt, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention » (1953) 62 *Yale Law Journal* 391, aux pp. 403-404.

41 *Corée : rapports de la Commission des Nations Unies pour l'unification et la réhabilitation de la Corée*, Doc. NU A/Res. 610 (VII) (3 décembre 1952) à l'art. 2. Des sondages effectués en avril 1952 ont montré que seulement 70 000 des 170 000 prisonniers chinois et nord-coréens ne résisteraient pas par la force à un rapatriement (Charmatz et Witt, *supra* note 42 à la p. 392).

42 Major J. F. Gebhardt, « The Road to Abu Ghraib: U.S. Army Detainee Doctrine and Experience » (janvier - février 2005) *Military Review* aux pp. 44, 45-46.

43 Pour une revue de cette pratique, voir Zemmal, *supra* note 34 aux pp. 356-368. Voir aussi Quigley, *supra* note 12 à la p. 83.

serait notifié à sa Puissance d'origine si tel était son souhait.<sup>44</sup> A peu près 13 000 Irakiens ont refusé d'être rapatriés et ont reçus le statut de réfugiés<sup>45</sup>.

Ainsi, s'est développée une pratique des États<sup>46</sup> qui, bien que contraire à la lettre de la Convention, est conforme à son esprit général<sup>47</sup>. Elle vient en quelque sorte conforter la pratique et la doctrine interprétative développées par le CICR<sup>48</sup>. Tout en précisant que les prisonniers de guerre ont un droit à être rapatriés qui correspond à une obligation pour la Puissance détentrice de procéder à ce rapatriement, le CICR a toujours maintenu une position qui peut être résumée de la sorte :

[...]it is prohibited to repatriate a prisoner of war who personally refuses to be repatriated on the grounds that after repatriation, he will be subject to unjust measures affecting his life, his physical or moral integrity or his freedom on grounds of race, social class, religion or political views, or merely because he was captured and interned in the course of hostilities.<sup>49</sup>

44 Réunion tenue le 7 mars 1991. Voir F. Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the protection of war victims*, Comité international de la Croix-Rouge et Macmillan, 2003, aux pp. 576 et 699.

45 Gebhardt, *supra* note 44 à la p. 48.

46 *Contra* M. Sassoli, « The status, treatment and repatriation of deserters under international humanitarian law » (1985) *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law* aux pp. 9, 33. Selon l'auteur la pratique des États telle qu'elle existait en 1985 ne permettait pas de tirer cette conclusion :

« *There is no internationally recognized rule of customary international law which prohibits the repatriation of prisoners of war who refuse to be repatriated for fear of persecution. At the same time, there is no rule either in treaty law or in customary law which compels States to repatriate by force prisoners of war who refuse to be repatriated for fear of persecution in their own country.* » (souligné par l'auteur)

47 D'ailleurs, en adhérant aux Conventions de Genève, la République de Corée a fait la déclaration interprétative suivante : « La République de Corée interprète les dispositions de l'article 118, premier alinéa, comme n'obligeant pas la Puissance qui détient des prisonniers de guerre à les rapatrier de force, contre leur volonté ouvertement et librement exprimée. » Voir Zemmali, *supra*, note 34, à la p. 359. Voir aussi T. Meron, « The humanization of humanitarian law » (2000) *American Journal of International Law* 256 :« [...] practice has in fact recast Article 118. Interpretation has drastically modified its categorical language, steering it to respect for individual autonomy » (cité dans V. Chetail, « Voluntary repatriation in international law: concepts and contents » (2004) 23 *Refugee Survey Quarterly* aux pp.1, 5).

48 Comité international de la Croix-Rouge, *Libération et rapatriement des prisonniers de guerre (PG) à la fin des hostilités - interprétations de l'art. 118, al. 1, IIIe Convention et procédure de rapatriement*, 1985 (document A453), au para. I (5) :

« [...] si le PG qui s'oppose personnellement à son rapatriement 'invoque des craintes sérieuses et apparemment fondées d'être l'objet après son rapatriement de mesures affectant sa vie, son intégrité physique ou morale' ou sa liberté, notamment en raison de sa race, de sa classe sociale, de sa religion, de ses opinions politiques 'ou du seul fait d'avoir été capturé et interné pendant les hostilités. Si ces conditions sont satisfaites, le rapatriement contre la volonté du PG serait contraire' aux principes généraux du droit international protégeant la personne humaine. »

49 Sassoli, *supra* note 48 à la p. 34.

Le choix des termes adoptés est à rapprocher des dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951<sup>50</sup>.

Si un combattant devait être l'objet après son rapatriement « de mesures affectant sa vie, son intégrité physique ou morale ou sa liberté, notamment en raison de sa race, de sa classe sociale, de sa religion, de ses opinions politiques ou du seul fait d'avoir été capturé et interné pendant les hostilités »<sup>51</sup>, c'est tout l'édifice de la *Convention de Genève III* qui serait compromis.

## B. La situation des civils

Par ailleurs, il est intéressant de comparer les règles applicables aux civils et aux prisonniers de guerre. Ainsi, une personne protégée par la *Convention de Genève IV* « ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses »<sup>52</sup> alors que rien de tel n'est explicitement prévu pour les prisonniers de guerre<sup>53</sup>. De la même façon, les dispositions relatives à l'Agence centrale de renseignements sur les prisonniers de guerre prévoient une obligation de transmettre les informations recueillies au sujet des prisonniers de guerre<sup>54</sup> alors que, pour les civils, une exception est prévue « dans les cas où cette transmission pourrait nuire aux personnes que ces renseignements concernent, ou à leur famille »<sup>55</sup>. De ce fait, on peut constater que la pratique des États et du CICR quant au traitement des prisonniers de guerre tend à se rapprocher du régime attribué aux civils. Cet usage a généralement été accepté par les États, comme le souligne l'étude du CICR sur le droit coutumier :

While the Third Geneva Convention does not contain a similar clause, practice since 1949 has developed to the effect that in every repatriation in which the ICRC has played a role of neutral intermediary, the parties to the conflict, whether international or non-international, have accepted the ICRC's conditions for participation, including that the ICRC be able to check prior to repatriation (or release in case of a non-international armed conflict), through an interview in private with the persons involved, whether they wish to be repatriated (or released).<sup>56</sup>

La situation du déserteur présente quelques analogies intéressantes avec celle des

50 189 UNTS 150, Doc. NU, A/Res. 429 (V) (adoptée : 28 juillet 1951, entrée en vigueur : 22 avril 1954), art. 1. Voir aussi Y. Dinstein, « The release of prisoners of war » dans Christophe Swinarski (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève et La Haye, Comité international de la Croix-Rouge, 1984, aux pp. 37, 41 : « The point of departure is that every prisoner of war has, by right a free choice whether or not to return to his motherland. »

51 Sassoli, *supra* note 48 à la p. 34.

52 *Convention de Genève IV*, *supra* note 2, art. 45, al. 4.

53 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 12.

54 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 123.

55 *Convention de Genève IV*, *supra* note 2, art. 140, al. 2.

56 Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 12 à la p. 455.

personnes qui font l'objet de cet article en ce que le déserteur a lui aussi volontairement rompu le lien d'allégeance avec son pays d'origine<sup>57</sup>, souvent aussi dans les circonstances d'un conflit armé aux dimensions idéologiques<sup>58</sup>. Dans l'hypothèse où l'État qui l'accueille choisit de ne pas considérer le déserteur comme un prisonnier de guerre, il devra donc lui accorder le statut de civil protégé par la *Convention de Genève IV*<sup>59</sup> et les règles mentionnées ci-dessus s'opposent à son rapatriement forcé. Dans certaines circonstances, ce rapatriement constitue une infraction grave<sup>60</sup>. Dans le cas contraire, puisque il a été démontré qu'une Puissance détentrice n'est pas obligée de rapatrier un prisonnier de guerre contre sa volonté, *a fortiori* il en va de même du déserteur que l'État aurait choisi de considérer comme prisonnier de guerre<sup>61</sup>.

Cette conclusion se fonde, en outre, sur diverses dispositions de droit international qui interdisent formellement le rapatriement d'une personne vers un pays où elle risque des peines ou des traitements inhumains ou dégradants<sup>62</sup> quels que soient les crimes que cette personne ait pu commettre, quel que soit le risque qu'elle représente pour la sécurité de l'État qui la détient<sup>63</sup>. Et comme il a été rap-

57 Pour une définition plus exhaustive du déserteur ainsi qu'une proposition de distinction entre le déserteur et le transfuge, voir Sassoli, *supra*, note 48, aux pp. 13 et 16-17.

58 L. B. Shapiro, « Repatriation of deserters » (1952) 19 *British Yearbook of International Law* aux pp. 310, 311 : « Desertion from the ranks of one belligerent may in such circumstances be an act not of cowardice but of political faith [...] »

59 Sassoli, *supra*, note 48, aux pp. 18-22.

60 *Convention de Genève IV*, *supra* note 2, art. 147. L'article 147 du *Commentaire de la Convention IV* précise que les infractions graves qui y sont définies comprennent les violations de l'article 49, c'est-à-dire que « Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif. »

61 Sassoli, *supra* note 48 aux pp. 35-36. Voir aussi Dinstein, *supra* note 52 à la p. 41; Shapiro, *supra* note 60, aux pp. 312-313 : « [...] it became the established practice of some states in the nineteenth century to exclude certain categories of deserters from the category of prisoners of war, and therefore from repatriation. » continuant aux pp. 322-323 : « In the absence of express provisions relating to deserters [in the 1949 Geneva Convention III], it must be assumed on ordinary principles of interpretation that the intention was to leave the established practice relating to the repatriation of deserters unaffected. »

Comité international de la Croix-Rouge, *La situation du déserteur*, 1986 (document A 482 bis) :

« Le DIH ne contient pas d'obligation de rapatrier un déserteur qui ne veut pas être rapatrié. Le droit international général interdit le rapatriement d'un déserteur qui s'y refuse et qui risque, à son retour, des peines ou des traitements inhumains ou dégradants. Le CICR ne participe jamais au rapatriement d'un déserteur qui ne veut pas être rapatrié. »

62 Voir notamment, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. NU, A/Res. 217 A (III) (3 décembre 1948) art. 14 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Doc. NU, A/Res. 2200 A (XXI) (16 décembre 1966); *Convention relative au statut des réfugiés* du 28 juillet 1951 *supra*, note 54, art. 33; *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. NU, A/Res. 39/46 (10 décembre 1984) art. 3. Voir aussi Satterthwaite, *supra*, note 1, aux pp. 17-26; J. Fitzpatrick, « Rendition and Transfer in the War Against Terrorism: Guantánamo and Beyond » (2003) 25 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* aux pp. 457, 477-482.

63 S. Borelli, « Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror" » (2005) 857 *Revue internationale de la Croix-Rouge* aux pp. 39, 64.

pelé en introduction<sup>64</sup>, les assurances diplomatiques qui sont demandées pour pouvoir procéder à un transfert ne fournissent, dans les faits, aucune protection aux personnes qui sont transférées contre leur gré<sup>65</sup>. Puisque l'interdiction absolue du rapatriement forcé est désormais acquise en droit international<sup>66</sup>, que penser de la situation des personnes détenues dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, et qui auraient, par ailleurs, droit au statut de prisonnier de guerre ?

### C. L'obligation d'extrader

Avant de répondre à cette question, il faut aborder, même brièvement, la problématique des extraditions. En effet, un certain nombre des « rapatriements » effectués notamment par les États-Unis ont pris la forme d'extraditions requises par les pays d'origine. Il faut, tout d'abord, noter que, de manière générale, les États-Unis ne peuvent procéder à une extradition qu'en vertu d'un traité à cet effet<sup>67</sup>. Les États-Unis n'ont d'accords d'extradition qu'avec 17 des 47 États dont les ressortissants ont été détenus à Guantanamo<sup>68</sup>. Qui plus est, beaucoup de ces traités ne prévoient d'extradition que pour les crimes les plus graves tout en prévoyant une exception pour les crimes politiques<sup>69</sup>. On ne saurait, par conséquent, prétendre qu'il existait pour les États-Unis une obligation de se conformer aux demandes d'extradition qui ont pu leur être soumises. En outre, il s'est avéré que certaines de ces demandes ont, en fait, été requises par le gouvernement américain. Il n'est pas inintéressant d'évoquer l'« opération condor », selon laquelle les

64 *Supra* note 7.

65 Les assurances diplomatiques ont d'ailleurs été qualifiées de « farce » par un agent de la CIA qui a participé au programme de transfert. Voir D. Priest, « Assurances on transferred suspects doubted; Prisoners say countries break no-torture pledges » (17 mars 2005) A1 Washington Post, cité dans Satterthwaite, *supra*, note 1, à la p. 46, note 222. Pour une discussion quant aux normes de droit international applicables aux assurances diplomatiques, voir *ibid.* aux pp. 37-42.

66 *Ibid.*, à la p. 38.

67 2 U.S.C. Tit. 209 § 1381. Une exception est prévue pour ceux qui n'étant pas de nationalité américaine sont accusés d'avoir commis un crime contre des citoyens américains à l'étranger ; dans ce cas, l'extradition peut avoir lieu même sans traité à cet effet.

68 Pour la liste des personnes détenues à Guantanamo et de leur nationalité, voir Washington Post <<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/nationalsecurity/gitmoarchive.html>> (date d'accès : 24 juillet 2009). Pour la liste des traités d'extradition conclus par les États-Unis, voir United States Department Of State, *A List of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2006*, <<http://www.state.gov/s/l/treaty/treaties/2006/index.htm>> (date d'accès : 24 juillet 2009).

69 Voir notamment *Convention between the United States and the Ottoman Empire relating to extradition*, 11 août 1874, 19 Stat. 572, TS 270, 10 Bevans 642, art. II et III (entrée en vigueur 22 avril 1875); *Extradition treaty [between the United States and Jordan]*, 28 mars 1995, TIAS, art. 2 et 4 (entré en vigueur : 29 juillet 1995); *Extradition treaty, with exchange of notes [between the United States and Malaysia]*, 3 août 1995, TIAS, art. 2 et 4 (entré en vigueur : 2 juin 1997); *Extradition treaty between the United States and the United Kingdom*, 22 décembre 1931, 47 Stat. 2122, TS 849, 12 Bevans 482, 163 LNTS 59, art. 3 et 6, dont l'application a été étendue à l'Inde [et plus tard au Pakistan] conformément aux dispositions de l'article 14, depuis le 9 mars 1942; *Treaty on extradition and mutual assistance in criminal matters [between the United States and Turkey]*, 7 juin 1979, 32 UST 3111, TIAS 9891, art. 2 et 3 (entré en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1981). Les traités cités sont en ligne : <<http://www.mcnabbassociates.com/bilateralex.htm>> (date d'accès : 24 juillet 2009).

forces armées et de police des pays du cône Sud de l'Amérique collaboraient dans la lutte contre le « terrorisme » (déjà !) : « Tragically, repressive governments have rendered persons with the expectation that they will suffer summary execution, torture, prolonged arbitrary detention, or unfair military trial. »<sup>70</sup>

Enfin, la question des extraditions ne peut s'appliquer aux détenus qui ont droit au statut de prisonnier de guerre. Et pour cause, leur détention est conditionnée par des règles spécifiques de la *Convention de Genève III* qui prévoient leur rapatriement, au plus tard, dès la fin des hostilités.

#### D. Conséquences d'un rapatriement forcé

La personne qui est rapatriée de force vers un pays, même s'il s'agit de son pays d'origine, où elle est susceptible de subir des mesures « affectant sa vie, son intégrité physique ou morale ou sa liberté [...] du seul fait d'avoir été capturé et interné pendant les hostilités »<sup>71</sup> est victime de deux violations du droit international contre lesquelles elle n'a, à toutes fins utiles, aucun recours.<sup>72</sup> La première violation a lieu lors de son rapatriement considéré comme « contraire aux principes généraux du droit international protégeant la personne humaine »<sup>73</sup> puisqu'il est opéré contre son gré et dirigé vers un pays où elle estime qu'il sera illégalement porté atteinte à sa liberté. La seconde est commise lorsque ses craintes se confirment et que son État de nationalité adopte à son encontre des mesures privatives de liberté arbitraires<sup>74</sup> ou hors du cadre prévu par la loi<sup>75</sup>. Faisant une analogie avec la situation du déserteur, signalons que la Puissance détentrice serait requise de s'assurer que le déserteur ainsi rapatrié sera mis au bénéfice d'une amnistie<sup>76</sup>.

Pour que l'interdiction de rapatriement forcé ait un sens, il faut que sa violation entraîne la mise en place d'un mécanisme protecteur pour la personne dont les droits fondamentaux sont violés. Au vu de l'interprétation de la *Convention de Genève III* à la lumière de son but et de son objet<sup>77</sup>, cette personne doit continuer à être au bénéfice de la protection à laquelle elle avait droit depuis le début

70 Fitzpatrick, *supra*, note 64, à la p. 458.

71 Sassoli, *supra* note 48 à la page 34. Voir aussi *Libération et rapatriement des prisonniers de guerre (PG) à la fin des hostilités - interprétations de l'art. 118, al. 1, IIIe Convention et procédure de rapatriement*, *supra* note 50.

72 Quant aux problèmes liés à la contestation de la légalité de la détention dans les conflits armés, Voir « Expert meeting on the supervision of the lawfulness of detention during armed conflict », Centre universitaire de droit international humanitaire, Graduate institute of international studies, 24-25 juillet 2004, p. 48, en ligne : Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève <[http://www.adh-geneve.ch/pdfs/4rapport\\_detention.pdf](http://www.adh-geneve.ch/pdfs/4rapport_detention.pdf)> (date d'accès : 24 juillet 2009).

73 *Commentaire de la Convention III*, *supra* note 18, art. 118, à la p. 576.

74 Sassoli, *supra* note 48 à la p. 34.

75 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966*, *supra* note 66, art. 9.

76 Shapiro, *supra* note 60, à la p. 323. Il y a néanmoins une limite à ce genre « d'assurances diplomatiques » qui peuvent être émises : *supra*, note 7.

77 Le préambule de la *Convention de Genève III* ne comporte pas d'énoncé de motifs, contrairement à la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 27 juillet 1929* *supra* note 17. Il ressort, toutefois, clairement de ses dispositions qu'elle vise à protéger contre l'arbitraire ceux qui participent aux hostilités dans le cadre prévu par la Convention.

de sa captivité. Dans l'hypothèse où une personne qui a participé aux hostilités et a été capturée dans une zone de conflit se voit refuser le droit au statut de prisonnier de guerre, la majorité de la doctrine est d'avis que cette personne devrait, bénéficier au moins du statut de personne protégée en vertu de la *Convention de Genève IV*<sup>78</sup>, dans les limites prévues à l'article 5<sup>79</sup>. Cette position doit être lue aussi à la lumière de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951<sup>80</sup> dont l'interprétation veut que le prisonnier de guerre qui a des craintes fondées de persécution soit éligible au statut de réfugié, à moins qu'il ne soit suspecté d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité<sup>81</sup>.

Dans la mesure où le prisonnier est considéré comme un ennemi, à la fois

78 Voir à cet effet *Procureur c. Radoslav Brđanin*, (2003), Affaire n° IT-99-36-T, au para. 125 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1<sup>re</sup> instance), *Commentaire de la Convention IV*, *supra* note 22, art. 4, à la p. 58; Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, Doc. NU, E/CN.4/2005/103 (7 février 2005) à la p. 10; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 66<sup>e</sup> *sess. plén.*, *Opinion on the international legal obligations of Council of Europe member States in respect of secret detention facilities and inter-State transport of prisoners*, Opinion n° 363/2005 (CDL-AD (2006) 009), (17 mars 2006) au para. 83 : « Persons who are suspected to be members of an international terrorist network, such as Al-Qaeda, and who have been arrested in connection with an armed conflict, will fall either into the category of other "protected persons" or into the category of POWs. »; Weissbrodt et Bergquist, *supra*, note 4, 19 et 23; D. Jinks, « The declining significance of POW status » (2004) 45 *Harvard International Law Journal* aux pp. 367, 381-384; Y. Naqvi, « Doubtful prisoner-of-war status » (2002) 847 *Revue internationale de la Croix-Rouge* aux pp. 571 et 581; note 46; L. Vierucci, « Prisoners of war or protected persons *qua* unlawful combatants? The judicial safeguards to which Guantanamo Bay detainees are entitled » (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice* aux pp. 298, 310.

Il est intéressant de souligner que les manuels militaires américains abondent aussi dans le même sens. Voir Department of the Army, *The law of land warfare*, Field Manuel N°27-10, Washington, 1956, c. 3, au para. 73, en ligne : Global Security <[www.globalsecurity.org/military/library/policy/army/fm/27-10/](http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/army/fm/27-10/)> (date d'accès : 24 juillet 2009) :

« 73. Persons Committing Hostile Acts Not Entitled To Be Treated as Prisoners of War

If a person is determined by a competent tribunal, acting in conformity with Article 5, GPW (par. 71), not to fall within any of the categories listed in Article 4, GPW (par. 61), he is not entitled to be treated as a prisoner of war. He is, however, a «protected person» within the meaning of Article 4, GC (par. 247). (See pars. 247 and 248, concerning the status of such «protected persons» who have engaged in conduct hostile to the opposing belligerent.) »

79 Disposition en vertu de laquelle une Partie au conflit ou une Puissance occupante peut suspendre certains des droits et privilèges prévus par la Convention à l'égard de personnes suspectées de se livrer à des activités préjudiciables à l'État.

80 Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, *supra*, note 52, art. 1.

81 Chetail, *supra* note 49 à la p. 6. Voir aussi S. Jaquemet, « The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law » (2001) 843 *Revue internationale de la Croix-Rouge* aux pp. 651, 663-664 :

« As long as prisoners of war are held in captivity and there is no obligation to release them, they are protected by the Geneva Convention. They have POW status and are under the responsibility of the Detaining Power. But as soon as there is an obligation to release them, those who would be at risk of persecution in their country of origin are entitled to have their claim examined and their refugee status determined by the Detaining Power. »

par les autorités détentrices et par les autorités de son pays d'origine, il paraît essentiel qu'il continue à jouir de la plénitude de la protection qui est accordée à ceux qui sont tombés au pouvoir de l'ennemi, et ce indépendamment de leur nationalité.

#### IV. LE CRITÈRE DE NATIONALITÉ

##### A. À la lumière de la Quatrième Convention

Si la nationalité est à la base de la détermination des personnes protégées en vertu de l'article 4 de la *Convention de Genève IV*, lors de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, certains intervenants avaient déjà fait remarquer qu'une application stricte du critère de nationalité pouvait donner lieu à des résultats contestables<sup>82</sup>. On pensait surtout à l'époque, conséquence de la Seconde Guerre mondiale, à l'hypothèse des réfugiés qui, ayant fui le pays dont ils sont ressortissants, se retourneraient à nouveau sous le contrôle de cet État, suite à l'occupation du territoire où ils ont cherché refuge. Des représentants ont souligné que des personnes, tout en ayant la nationalité de la partie au conflit aux mains de laquelle elles se trouvent, pourraient avoir besoin de la protection des Conventions de Genève s'il n'existe plus de lien d'allégeance entre elles et leur État de nationalité ou si elles ne bénéficient plus de la protection diplomatique à laquelle elles auraient normalement droit<sup>83</sup>.

Ainsi la *Convention de Genève IV* considère que la disparition du lien d'allégeance et l'absence de protection diplomatique sont des éléments importants dont il faut tenir compte au-delà de la simple question de la nationalité<sup>84</sup>. Le Commentaire à ce sujet est, d'ailleurs, très clair :

Ainsi, en stipulant que l'examen de la situation d'un étranger ennemi ne devra pas se faire uniquement à la lumière de son appartenance juridique, la Convention invite les belligérants à tenir compte de tout un ensemble de circonstances qui sont de nature à révéler ce que l'on peut appeler '*l'appartenance spirituelle*', '*l'allégeance idéologique*' d'une personne protégée. C'est en fonction de ces données, et non plus en vertu du critère extérieur de la nationalité, que, dans le cas des réfugiés, un État devra décider si le recours à des mesures de sécurité est ou non justifié. Comme on l'a justement souligné, on est fondé à présumer que les ressortissants jouissant de la protection de leur gouvernement, et de son mandataire, la Puissance protectrice, sympathisent avec leur patrie et peuvent représenter un danger pour la sécurité du pays de résidence. En revan-

82 *Commentaire de la Convention IV*, supra note 22, art. 4, à la p. 53 : « Cependant, au cours même des débats, certains orateurs ont fait remarquer que la notion de 'ressortissants' ('*nationals*', dans le texte anglais) ne couvrirait pas tous les cas et notamment pas ceux des individus qui, ayant fui leur pays, ne se considèrent plus ou ne sont plus considérés comme ses ressortissants. »

83 Voir *Commentaire du Protocole I*, supra note 25, art. 73, aux para. 2947-2948, aux pp. 872-873.

84 Voir *Convention de Genève IV*, supra note 2, art. 44 et 70, al. 2; *Protocole additionnel I*, art. 73.

che, pour les réfugiés, la présomption est à l'opposé : cette notion implique plutôt qu'il s'agit d'adversaires du régime politique en vigueur dans leur pays d'origine et qui n'ont aucun intérêt à le favoriser de quelque façon que ce soit.<sup>85</sup>

L'article 44, s'appliquant aux rapports entre les réfugiés<sup>86</sup> et les autorités du pays d'accueil, est complété par l'article 70, lequel règle leur situation vis-à-vis de leur propre pays d'origine, devenu Puissance occupante. Tous deux visent des situations exceptionnelles et bénéficient à ceux qui se trouvent privés, en réalité, de la protection naturelle de l'État dont ils dépendaient<sup>87</sup>.

Ce raisonnement, consistant, dans le cas des réfugiés, à compléter la notion de nationalité avec un critère d'allégeance, a été étendu par le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie aux populations civiles victimes d'un conflit interethnique :

Cette approche juridique, qui s'articule davantage autour des relations de fait que des liens formels, revêt encore plus d'importance dans les conflits armés internationaux contemporains. [...] Dans ces circonstances, la condition de nationalité s'avère encore moins adaptée à la détermination du statut de "personne protégée". S'agissant de pareils conflits, non seulement le texte de la Convention et les travaux qui ont abouti à sa rédaction, mais également, et plus significativement, l'objet et le but de la Convention, suggèrent que le critère déterminant est celui de l'allégeance à une Partie au conflit et, partant, du contrôle exercé par ladite Partie sur les personnes qui se trouvent sur un territoire donné.<sup>88</sup>

## B. À la lumière de la Troisième Convention

Contrairement à la *Convention de Genève IV*, la *Convention de Genève III* ne comporte pas de critère de nationalité attaché à la reconnaissance du statut de prisonnier de guerre. Il suffit, par exemple, d'appartenir aux forces armées d'une partie au conflit et de se trouver au pouvoir de l'ennemi<sup>89</sup>. Certes, dans la plu-

85 *Commentaire de la Convention IV*, supra note 22, art. 44, à la p. 285 (souligné par l'auteur).

86 Seraient aussi couverts par cette protection les déserteurs qui n'auraient pas droit au statut de prisonnier de guerre. Voir Sassoli, supra note 48 à la p. 23.

87 *Commentaire de la Convention IV*, supra note 22, art. 70, à la p. 375.

88 *Procureur c. Duško Tadić*, (1999), Affaire n° IT-94-1-A, au para. 166 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel). Arrêt confirmé notamment dans *Procureur c. Zlatko Aleksovski*, (2000), Affaire n° IT-95-14/1-A, aux para. 151-152 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel); *Affaire Čelebići*, (2001), Affaire n° IT-96-21-A, aux para. 83 et 98 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel); *Procureur c. Tibomir Blaškić*, (2004), Affaire n° IT-95-14-A, au para. 182 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel); *Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, (2003), Affaire n° IT-98-34-T, au para. 207 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1re instance). Dans cette dernière décision, le tribunal a aussi reconnu que des combattants bosniaques musulmans détenus par des unités bosniaques croates avaient droit à la protection de la *Convention de Genève III* au titre de prisonniers de guerre.

89 *Convention de Genève III*, supra note 2, art. 4.

part des cas où s'applique la Convention, le combattant sera un ressortissant de la partie au conflit qu'il sert ou, tout au moins, il ne sera pas ressortissant de la partie au pouvoir de laquelle il sera tombé. Même si ce cas de figure semble être la situation normale, il n'y a aucune règle absolue en la matière. Si les Conventions prévoient pour la Puissance détentrice un certain nombre d'obligations basées sur la nationalité des prisonniers de guerre<sup>90</sup>, elles sont essentiellement fondées sur le lien d'allégeance entre le prisonnier de guerre et la Puissance dont il dépend<sup>91</sup>. On ne saurait, par conséquent, refuser à une personne son droit à un statut de prisonnier de guerre pour la seule raison qu'elle possède la même nationalité que la Puissance détentrice. « Jusqu'ici de nombreux juristes, s'appuyant sur des exemples tirés de la pratique, ont été d'avis qu'un État était en droit de leur refuser le traitement de prisonniers de guerre.[...] Une telle conclusion nous paraît critiquable [sic] et hâtive. »<sup>92</sup>

Le combattant, conformément aux lois militaires applicables aux forces armées de l'État pour lequel il combat, doit allégeance à cet État. Dans le cadre de cette relation, un certain nombre de situations « hors de l'ordinaire » peuvent survenir. On peut citer, par exemple, la situation du déserteur qui a, de sa propre volonté, rompu ce lien d'allégeance<sup>93</sup>. Il y a aussi la personne qui s'est engagée dans les forces armées d'une partie dont elle n'est pas ressortissante, à l'instar des Gurkhas népalais employés par les forces armées du Royaume-Uni ou des membres de la Légion étrangère française<sup>94</sup>. En outre, il y a encore l'hypothèse où la puissance dont les prisonniers de guerre dépendent a été complètement subjuguée, où toute souveraineté est déniée à l'État vaincu et qu'il cesse d'exister, comme ce fut le cas de l'Allemagne nazie à la fin de la Seconde Guerre mondiale<sup>95</sup>. « Un auteur cite le cas très instructif, durant la dernière guerre mondiale, de Tchèques combattant dans les armées britanniques et tombés aux mains du IIIe Reich ; ce dernier, ayant annexé la Tchécoslovaquie, voulait les considérer comme des sujets relevant de la souveraineté allemande [...] [L]'intervention de la Puissance protectrice [...] a eu finalement pour résultat de laisser à ces prisonniers tchèques le bénéfice de la Convention »<sup>96</sup>. Il est donc clair que la relation

90 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 22, al. 3 (regroupement des prisonniers), art. 28, al. 3 (distribution des bénéfices de la cantine), art. 30, al. 3 (personnel médical), art. 53, al. 2 (jour de repos), art. 79, al. 3 (fonctions administratives du camp), art. 79, al. 3 et 5 (homme de confiance), art. 120, al. 1 (testaments) et art. 123, al. 2 (transmission de renseignements).

91 Par exemple, au sujet du contenu des cartes de capture des prisonniers de guerre, l'article 70 du *Commentaire de la Convention III*, mentionne : « Lors de la Conférence diplomatique de 1949, une discussion s'éleva sur l'opportunité de mentionner, dans la carte d'avis de capture, la nationalité des prisonniers. En raison du risque couru par ceux dont la nationalité serait autre que celle de l'armée où ils combattaient et au cas où leur pays serait occupé par les armées de la Puissance détentrice, on décida de supprimer, sur la formule-type, la mention de la nationalité et de lui substituer la désignation de la Puissance dont les prisonniers dépendent. »

92 *Supra* note 29 aux pp. 684-685.

93 *Ibid.* aux pp. 681-684.

94 Les 136 nationalités qui composent la légion étrangère française sont toutes, sans conteste, dans une relation d'allégeance envers la France, indépendamment de leur nationalité.

95 Pour une discussion approfondie de la situation des prisonniers de guerre après que leur État eut cessé d'exister (par exemple, Polonais et Yougoslaves au pouvoir de l'Allemagne, Allemands et Japonais après la capitulation de 1945), *supra*, note 29 aux pp. 519 et ss.

96 *Supra* note 29 aux pp. 687-688.

d'allégeance entre un combattant et la puissance dont il dépend est complètement détachée des autres relations qui le lient à l'État dont il est ressortissant.

Le CICR rappelle qu'il y a eu, au total, plus de 40 nationalités différentes parmi les personnes détenues à Guantanamo<sup>97</sup>. On peut supposer que, parmi eux, nombreux sont ceux qui ont été capturés alors qu'ils combattaient soit un État allié de leur État de nationalité, soit un État qui maintient des relations diplomatiques avec celui-ci, ou alors leur État de nationalité était l'un des cobelligérants. Le fait que la très grande majorité de ces personnes n'aient pas bénéficié de la protection consulaire et le fait qu'une fois « rapatriées », elles sont incarcérées par les autorités de leur pays d'origine pour des motifs politiques liés à leur participation au conflit, démontrent bien, si besoin est, la véritable nature de leurs relations avec leur État de nationalité. Bien qu'intuitivement on établisse une relation de nationalité entre le prisonnier de guerre et la Puissance dont il dépend, on voit bien que ce critère ne peut être un élément déterminant du statut protecteur.

C'est en ce sens qu'ont statué les tribunaux américains dans des procès liés à la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, dans le cas d'Herbert Haupt, un citoyen américain au service de l'Allemagne nazie qui avait débarqué clandestinement aux États-Unis avec un groupe d'Allemands pour y commettre des actes de sabotage, le tribunal a décidé que sa citoyenneté américaine ne l'empêchait pas d'être considéré comme combattant ennemi<sup>98</sup>. La Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Hamdi*, a ajouté : « While Haupt was tried for violations of the law of war, nothing in Quirin suggests that his citizenship would have precluded his mere detention for the duration of the relevant hostilities. »<sup>99</sup> La cour continue et précise : « A citizen, no less than an alien, can be "part of or supporting forces hostile to the United States or coalition partners" and "engaged in an armed conflict against the United States." »<sup>100</sup> Dans l'affaire *Territo*, un citoyen américain qui combattait aux côtés des forces armées italiennes et qui a été capturé par les forces américaines, le tribunal a précisé : « all persons who are active in opposing an army in war may be captured and except for spies and other non-uniformed plotters and actors for the enemy are prisoners of war. [...] Territo upon capture was properly held as a prisoner of war. »<sup>101</sup>

97 Comité international de la Croix-Rouge, « US detention related to the events of 11 September 2001 and its aftermath – the role of the ICRC », *Operational update*, en ligne : Comité international de la Croix-Rouge <<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/usa-detention-update-121205>> (date d'accès : 24 juillet 2009). Voir aussi *supra* note 70.

98 *Ex parte Quirin*, 317 U. S. 1 (1942), voir American Centre for Law and Justice, « Lawfulness of Incarceration of al-Qaeda "Dirty Bomb" Suspect », *American Centre for Law and Justice Memo* (11 juin 2002), en ligne : American Center for Law and Justice <<http://www.acjl.org/issues/resources/document.aspx?ID=138>> (date d'accès : 24 juillet 2009) : « Citizens who associate themselves with the military arm of the enemy government, and with its aid, guidance and direction enter this country bent on hostile acts, are enemy belligerents within the meaning of the Hague convention and the law of war. »

99 *Yaser Esam Hamdi et al. c. Donald H. Rumsfeld et al.*, on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, opinion de la majorité par J. O'Connor, n° 03-6696, 28 juin 2004, à la p. 11.

100 *Ibid.*, aux pp. 11-12.

101 *In re Territo*, 156 F.2d 142, 145, 146 (9<sup>th</sup> Cir. 1946), voir American Centre for Law and Justice, *supra* note 101.

Dans le cadre du conflit entre la Malaisie et l'Indonésie (1963-1966), 12 Malaisiens d'origine chinoise avaient été capturés alors qu'ils combattaient avec les forces armées indonésiennes et ont été poursuivis en Malaisie pour violations du droit interne et condamnés à mort<sup>102</sup>. Le tribunal fédéral, saisi en appel de la cour supérieure, a décidé que ceux des accusés qui avaient un devoir d'allégeance envers la Malaisie n'avaient pas droit au statut de prisonnier de guerre et que, par conséquent, il incombait au procureur de démontrer l'existence de ce devoir d'allégeance. À défaut, le tribunal fédéral a estimé que les accusés devaient être traités de la même façon que les membres des forces armées indonésiennes, soit comme des prisonniers de guerre<sup>103</sup>. Ces décisions ont été portées en appel devant le Conseil privé de Londres qui a, dans un premier temps, déterminé que la *Convention de Genève III* ne s'appliquait pas aux nationaux de la Puissance détentrice. Son raisonnement était basé sur une interprétation *a contrario* des articles 87 et 100 de la *Convention de Genève III*<sup>104</sup> ainsi que sur l'opinion que la position du professeur Oppenheim reflétait le droit coutumier international :

The privileges of members of the armed forces cannot be claimed by members of the armed forces of a belligerent who go over to the forces of the enemy and are afterwards captured by the former. [...] The same applies to traitorous subjects of a belligerent who, without having been members his armed forces, fight in the armed forces of the enemy.<sup>105</sup>

Le Conseil va plus loin et précise encore :

Having reached the conclusion that the Convention does not extend the protection given to prisoners of war to nationals of the Detaining Power, their Lordship are of opinion that the same principle must apply as regards persons who, though not nationals of, owe a duty of allegiance to the Detaining Power. It may indeed be said that allegiance is the governing principle whether based on citizenship or not.<sup>106</sup>

102 Les condamnations ont été prononcées en vertu de la *Internal Security Act*, n°18/1960, art. 57 et 58, dispositions qui portent sur la possession d'armes à feu, de munitions ou d'explosifs.

103 R. R. Baxter, « The Privy Council on the Qualifications of Belligerents » (1969) 63 *American Journal of International Law* 290. Voir aussi « Malaysia: Prisoners of War » (1968) 17 *International and Comparative Law Quarterly* aux pp. 782, 782-783.

104 L'article 87, alinéa 2 se lit comme suit : « Pour fixer la peine, les tribunaux ou autorités de la Puissance détentrice prendront en considération, dans la plus large mesure possible, le fait que le prévenu *n'étant pas un ressortissant de la Puissance détentrice* n'est lié à elle par aucun devoir de fidélité et qu'il se trouve en son pouvoir à la suite de circonstances indépendantes de sa propre volonté. [...] » (souligné par l'auteur)

L'article 100, alinéa 3 contient une disposition similaire.

105 L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, vol. 2, « War and Neutrality », London, Longman Green & Co, 1906, au para. 86, à la p. 96, en ligne : Gallica <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93563t.r=Oppenheim.langFR#>> (date d'accès : 24 juillet 2009).

106 *The Public Prosecutor v. Oie Hee Koi*, (1967) N° 16 L.R. P.C. 8 (P.C.)

L'interprétation de la *Convention de Genève III* qui est faite par le Conseil privé dans cette affaire, en s'appuyant sur des sources qui datent du début du siècle dernier, paraît désuète eu égard aux développements du droit international.

Dans deux affaires récentes liées à la lutte contre le terrorisme, les États-Unis ont décidé de déclarer MM. John Walker Lindh et Yaser Esam Hamdi, tous deux citoyens américains capturés en Afghanistan, « combattants illégaux »<sup>107</sup>. Mais puisque le gouvernement américain a refusé le statut de prisonnier de guerre à tous les détenus talibans, et ce en dépit du fait qu'il ait déclaré reconnaître l'applicabilité de la *Convention de Genève III* au conflit contre l'Afghanistan du gouvernement taliban<sup>108</sup>, il n'aurait pu en être autrement<sup>109</sup>.

Il est vraisemblable de penser que ces deux derniers exemples constituent plutôt l'exception que la règle en ce domaine. Il faut, en outre, souligner qu'il y a une certaine différence entre le sujet qui occupe cet article et les illustrations rapportées précédemment. En effet, la très grande majorité des personnes détenues dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, et qui auraient, par ailleurs, droit au statut de prisonnier de guerre, ne sont pas dans la situation décrite, plus haut, par Oppenheim : avoir, par trahison, pris les armes contre leur propre pays. MM. Lindh et Hamdi font figure d'exceptions. Il s'agit, en général, d'une situation

107 Voir H. M. Holzer, « Who's who among American terrorists » (17 octobre 2002) en ligne : *FrontPageMagazine.com*, < <http://97.74.65.51/readArticle.aspx?ARTID=21750> > (date d'accès : 24 juillet 2009). Voir aussi Institute for International Law of Peace and Humanitarian Law of the Ruhr-University Bochum, « The puzzling trial of John Walker Lindh, the American Taliban » (30 octobre 2002) 227E *BOFAXE. A contrario*, plusieurs auteurs interprètent la *Convention de Genève III* comme créant une présomption de statut de prisonnier de guerre pour ceux qui sont capturés dans une zone de conflit. Voir Naqvi *supra*, note 80 à la p. 575. Dans son opinion dissidente en partie, le juge Souter soutient que Hamdi avait droit au statut de prisonnier de guerre (*Yaser Esam Hamdi et al. c. Donald H. Rumsfeld et al.*, on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, opinion dissidente en partie par J. Souter, No. 03-6696, 28 juin 2004, à la p. 11). Il convient de souligner que l'expression « combattant illégal » n'apparaît dans aucun des instruments de droit humanitaire. Pour une discussion sur l'apparition de cette expression, voir M. Finaud, « L'abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au droit international humanitaire » (2006) 4 *Revue générale de droit international public* aux pp. 861, 863-865. L'introduction de la notion de « combattant illégal » dans un projet de loi israélien a été critiquée en tant que facteur de confusion entre les « civils » et les « combattants », voir B'tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, « Position Paper on the Proposed Law: Imprisonment of Illegal Combatants » (juin 2000), en ligne : B'tselem – Israeli information center for human rights in the Occupied Territories <[http://www.btselem.org/Download/2000\\_Hostages\\_Law\\_Position\\_Paper\\_Eng.doc](http://www.btselem.org/Download/2000_Hostages_Law_Position_Paper_Eng.doc)> (date d'accès : 24 juillet 2009).

108 « Status of Detainees at Guantanamo » *Fact Sheet*, Washington, Office of White House Press Secretary, 7 février 2002 en ligne : The American Presidency Project < <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=79402> > (date d'accès : 24 juillet 2009).

109 Cette position rappelle celle de la France à l'égard des prisonniers de guerre allemands. Voir Comité international de la Croix-Rouge, « Procès-verbal de la conférence des délégués tenue à Paris les 16-19 septembre 1946 », G 8/51 XVI, 323, cité dans Fabien Théofilakis, « Les autorités françaises face aux prisonniers de guerre allemands SS (1944-1948) » (2006) 223 *Guerre mondiale et conflits contemporains* aux pp. 93, 101 :

« Ou bien [les SS sont considérés comme] PG et la Convention de Genève s'applique, ou bien [ils sont] inculpés et l'occasion de se disculper [doit leur être donnée.] [...] actuellement ils ne sont ni l'un ni l'autre, et il est urgent de mettre l'État français en face de cette alternative. »

où des nationaux de pays neutres ou amis de l'Afghanistan ont joint ses forces armées et se sont trouvés à combattre contre une puissance neutre ou ami de leur pays de nationalité. Le principal défi, dans les situations issues de la lutte contre le terrorisme, tient au fait que des personnes privées de liberté, en relation avec un conflit armé international, sont considérées comme des « ennemis » à la fois par la Puissance détentrice, leur pays d'origine et, comble de l'infortune, par la Puissance pour laquelle ils ont combattu.

L'interprétation téléologique des Conventions impose qu'on tienne compte du fait que l'autorité à laquelle elles avaient prêté allégeance a été substituée par une autorité qui les considère et les traite, maintenant, en ennemis. En conséquence, s'arrêter au strict critère de nationalité pour ne pas leur accorder la protection dont elles ont besoin reviendrait à dénaturer les *Conventions de Genève* de leur but et de leur objet.

Il est tout à fait dans l'esprit des Conventions que toute personne participant à un conflit armé international dans le cadre prévu par la *Convention de Genève III*<sup>110</sup>, bénéficie du statut de prisonnier de guerre dès lors qu'elle est tombée aux mains de l'« ennemi » et ce sans distinction de caractère défavorable fondée sur la nationalité<sup>111</sup>. De même que le tribunal pour l'ex-Yougoslavie a développé le critère de nationalité pour y inclure la notion d'ethnicité, on pourrait penser que « absolute commitment to the jihad may become grounds for asserting allegiance to a party to the conflict rather than the traditional nationality test. »<sup>112</sup> Il y a plus de 50 ans, René-Jean Wilhelm concluait ce sujet par une question qui demeure extrêmement actuelle :

Une telle tendance n'est-elle pas plus en harmonie avec un monde où la guerre n'oppose plus seulement des États, mais des partis, des conceptions politiques, des partisans idéologiques<sup>113</sup>

En s'inspirant de l'arrêt du juge Cassese, qui soulignait le ridicule qu'il pouvait y avoir à permettre dans les conflits non internationaux des comportements qui sont interdits dans les conflits internationaux,<sup>114</sup> on peut être d'avis que les

110 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 4, § A, al. 1, sous-al. 6.

111 *Ibid.*, art. 16. Voir aussi J. Cerone, « Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings » (janvier 2002) American Society of International Law Insights <<http://www.asil.org/insights/insigh81.htm>> (date d'accès : 24 juillet 2009); Vierucci, *supra* note 80 à la p. 297 : « According to the text of GC III, the absence of any duty of allegiance, rather than the formal nationality link, thus seems to be the determinative for granting POW status. ».

112 Vierucci, *supra* note 80 à la p. 310.

113 Wilhelm, *supra* note 29 à la p. 688.

114 *Procureur c. Duško Tadić*, (2005) Affaire n° IT-94-1, au para. 97 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel):

« Il s'ensuit que, dans le domaine des conflits armés, la distinction entre conflits entre États et guerres civiles perd de sa valeur en ce qui concerne les personnes. Pourquoi protéger les civils de la violence de la guerre, ou interdire le viol, la torture ou la destruction injustifiée d'hôpitaux, édifices du culte, musées ou biens privés ainsi qu'interdire des armes causant des souffrances inutiles quand deux États souverains

personnes traitées en ennemis par l'État dont elles sont ressortissantes doivent bénéficier du même traitement que cet État aurait l'obligation de procurer à ces mêmes ennemis s'ils étaient étrangers.

## V. CONCLUSION

Il ne fait aucun doute que certaines personnes détenues dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ont droit au statut de prisonnier de guerre. Le fait que, dans la pratique, ce statut ne leur soit pas reconnu, est une question certes fondamentale mais davantage de nature politique que juridique<sup>115</sup>. Il n'en reste pas moins que ces personnes doivent rester sous la protection de la *Convention de Genève III* si :

- le rapatriement, même vers leur pays d'origine, ne constitue pas pour elles un retour à la normale, si, après avoir été rapatriées, elles continuent à subir des mesures restrictives de liberté pour des motifs politiques<sup>116</sup> liés à leur capture initiale, s'il n'y a pas dès lors pour elles un véritable rapatriement accompagné d'une libération définitive ; ou
- elles sont rapatriées vers un pays, même si elles en sont ressortissantes, où elles craignent de subir des mesures affectant leur vie, leur intégrité physique ou morale ou leur liberté du seul fait d'avoir été capturées et internées pendant les hostilités.

Dans la mesure où ces personnes sont rapatriées vers un pays qui, même si elles en sont ressortissantes, les considère et les traite en ennemis, loin de constituer un rapatriement, ce type d'opération correspond plutôt dans les faits à un transfert d'une Puissance détentrice à une autre et les règles prévues pour ce type de situation devraient s'appliquer, en l'espèce<sup>117</sup>. Ainsi, ces personnes devraient conserver leur statut protecteur aussi longtemps qu'elles subissent des mesures privatives de liberté et, dans l'hypothèse où elles seraient condamnées pour des

---

sont en guerre et, dans le même temps, s'abstenir de décréter les mêmes interdictions ou d'offrir les mêmes protections quand la violence armée éclate «uniquement» sur le territoire d'un État souverain ? Si le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des États, doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel. »

115 L'argument bien connu veut que la « menace terroriste » étant d'une ampleur sans précédent, des mesures elles aussi, sans précédent, soient nécessaires pour la contenir, incluant des dérogations aux normes fondamentales et des pouvoirs exécutifs élargis.

116 La question de savoir si les motifs de détention sont de nature politique ou non est, bien entendu, une question d'appréciation et il est difficile, voire impossible, de déterminer à cet égard des critères précis. Il est, néanmoins, possible de vérifier auprès de la personne détenue, au moyen d'un entretien sans témoin, les véritables causes de sa détention et si cette personne estime avoir un besoin de protection.

117 *Convention de Genève III*, *supra* note 2, art. 12.

actes liés à leur participation aux hostilités, jusqu'à ce qu'elles aient fini de purger leur peine.

Il y a de nombreux cas dans lesquels un prisonnier de guerre rapatrié peut être légitimement détenu par sa puissance d'origine : ainsi le cas des traîtres, de ceux qui sont accusés de violations du droit humanitaire avant leur capture par l'ennemi ou pour d'autres crimes ou délits<sup>118</sup>. Dans ces circonstances, et dans la mesure où les deux conditions énumérées plus haut sont remplies, ils doivent rester au bénéfice de la *Convention de Genève III*, celle-ci ne faisant, par ailleurs, aucun obstacle à d'éventuelles poursuites pénales, se limitant à garantir un minimum de justice.

Pour ce qui est des autres personnes, celles qui n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre, elles sont des personnes protégées au sens de la *Convention de Genève IV*. Elles doivent, de la même façon, continuer à bénéficier de ce statut, même après leur rapatriement, tant et aussi longtemps qu'elles subissent des mesures restrictives de liberté en relation avec leur détention initiale.

Ces constatations, qui s'imposent à la lumière du texte des Conventions, de leurs commentaires, de la pratique des États et du CICR et des développements jurisprudentiels, s'imposent aussi en vertu « des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique »<sup>119</sup>.

---

118 Sans vouloir entrer dans la détermination spécifique du statut d'Omar Khadr au regard du droit international humanitaire (notons tout de même en passant qu'il a au moins droit à une détermination de son statut – *Convention de Genève III*, art. 5, al. 2), dans l'hypothèse où lui serait reconnu ce statut de prisonnier de guerre et où il serait transféré au Canada, il pourrait parfaitement y être accusé puis jugé selon ces principes.

119 Clause dite « de Martens » : *Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, supra note 17, préambule, al. 8. Voir aussi *Convention de Genève I*, art. 63, al. 4; *Convention de Genève II*, supra note 2, art. 62, al. 4; *Convention de Genève III*, supra note 2, art. 142, al. 4; *Convention de Genève IV*, supra note 2, art. 158, al. 4; *Protocole I*, supra note 8, art. 1 (2); *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, R.T. Can. 1991 n° 2, préambule, al. 4 (signé par le Canada : 12 décembre 1977, entrée en vigueur : 7 décembre 1978, ratifié par le Canada : 20 novembre 1990)