

**LES MERCENAIRES
EN DROIT INTERNATIONAL
(Développements récents)**

par

Eric DAVID,

Chargé de cours à la Faculté de Droit
de l'Université Libre de Bruxelles

INTRODUCTION ; §§ 1-6.

I. DEFINITION DU MERCENAIRE

- A. Evolution de la notion : §§ 7-10.
- B. Autorité et champ d'application : §§ 11-14.
- C. Critères du mercenariat : §§ 15-36.

II. L'INCRIMINATION INTERNATIONALE DU MERCENARIAT.

- A. Evolution de l'incrimination : §§ 37-40.
- B. Autorité, champ d'application et opposabilité de l'incrimination : §§ 41-50.
- C. Objet de l'incrimination : §§ 51-53.
- D. Obligation de répression : §§ 54-56.

**III. LE REFUS DU STATUT DE PRISONNIER DE GUERRE
(P.G.)**

AUX MERCENAIRES : § 57.

- A. Evolution de la question : §§ 58-60.
- B. Contenu de la règle : §§ 61-64.
- C. Appréciation de la règle : §§ 65-70.

CONCLUSIONS : §§ 71-73.

INTRODUCTION

1. Dans la mesure où l'on considère comme mercenaire tout « soldat qui sert à prix d'argent un gouvernement étranger » (1), on peut dire que les origines du mercenariat remontent fort loin. Il n'est pas impensable de faire coïncider sa venue avec la naissance de l'Etat et la paupérisation de certaines sociétés. D'une part, la sédentarisation des peuples, l'apparition de la propriété privée, le développement des échanges, la division de la société en classes antagonistes, vont engendrer des structures de caractère étatique aptes à bloquer la contradiction entre ces classes en institutionnalisant par le droit et la force la domination d'une classe sur l'autre (2). D'autre part, l'appauvrissement de certaines régions à la suite des guerres, d'un sol ingrat, ou de conditions socio-économiques diverses vont provoquer l'émigration d'une main-d'œuvre en quête d'emploi (3). La conjugaison de ce double phénomène explique le développement du mercenariat, solution de rechange simple et facile pour ceux qui n'ont plus que leurs bras à louer, instrument docile et aveugle permettant à la classe au pouvoir et aux dirigeants qui la représentent de maintenir leur autorité.

2. De fait, depuis la plus haute antiquité jusqu'à la fin de l'ancien régime, des princes et des souverains se sont toujours attachés les services de mercenaires : des 10.000 de l'Anabase qui allèrent en Mésopotamie se mettre au service de Ciron le Jeune aux mercenaires suisses qui, du XV^e siècle à 1859 (4), alimentèrent toutes les armées d'Europe, la liste est longue de tous ceux qui servirent dans les forces d'un souverain étranger. Pour nous limiter à des exemples connus, citons rapidement la garde varangienne (mercenaires norvégiens) des empereurs de Byzance, les grandes compagnies du moyen âge, les condottieres de la renaissance italienne, les corsaires anglais, hollandais et français du XVI^e siècle à 1856 (5), les « Oies sauvages » irlandaises (noblesse catholique irlandaise qui servit dans de nombreuses armées d'Europe), les lansquenets allemands des XVII^e-XVIII^e siècles, etc. (6).

3. Institution récurrente de l'histoire, le mercenariat ne connaît un certain déclin qu'à partir du XIX^e siècle : le développement des idées patriotiques et l'instauration du service militaire obligatoire mettent inévitablement fin aux armées professionnelles; la révolution industrielle favorise la conversion de

(1) *Petit Larousse*, Paris, 1967, v^o « Mercenaire ».

(2) Cf. ENGELS, F., *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, Paris, Ed. sociales, 1954, p. 156.

(3) Voy. AYMARD, A., « Mercenariat et histoire grecque », *Etudes d'archéologie classique*, II, Paris, De Boccard, 1959, pp. 18 et ss.

(4) Année où la Confédération helvétique met fin à l'exportation de mercenaires, texte in DEAK, F. and JESSUP, P., *A Collection of Neutrality Laws, Regulations and Treaties of Various Countries*, Westport, Greenwood Press, 1939, p. 993.

(5) La Déclaration de Paris du 16 avril 1856 abolit la course dans son art. 1^{er}, texte dans de MARTENS, *Nouveau recueil général des traités*, 1^{re} série, vol. 15, pp. 791-792.

(6) Voy. MOCKLER, A., *Histoire des mercenaires*, Paris, Stock, 1969, *passim*.

ce qu'on pourrait appeler un prolétariat militaire en un prolétariat civil; le développement de l'économie et du commerce international s'accommodant mal des guerres, la neutralité va prendre son essor (7), et ses règles vont constituer les premiers obstacles juridiques à l'engagement de mercenaires : l'Etat, soucieux de préserver sa neutralité, doit désormais empêcher des opérations de recrutement ou de formation de combattants sur son territoire en faveur d'un belligérant (8).

Par rapport à ce qu'il était avant le XIX^e siècle où certaines armées n'étaient composées que de soldats étrangers, le mercenariat devient désormais un phénomène marginal, et parfois même folklorique, dont les manifestations pendant près d'un siècle, se limiteront aux régiments d'étrangers qui survivent dans certaines armées : légion étrangère française (9), Tercio espagnol (10), régiments de Gurkhas aux Indes (10) et gardes suisses du Vatican. Ces derniers sont toujours d'authentiques volontaires helvétiques mis par la Confédération à la disposition du Pape (12).

4. Cela ne signifie pas qu'aux XIX^e-XX^e siècles, il n'existe plus de situations — conflictuelles notamment — où des volontaires étrangers vont jouer un rôle important, mais dans la mesure où l'on s'en tient à la définition traditionnelle du mercenaire (*supra*, § 1), on ne peut inclure dans l'histoire contemporaine du mercenariat les actions de gens qui s'engagent par conviction politique et non par intérêt lucratif — encore que la distinction n'est pas toujours aisée (*infra*, §§ 24-33) — comme ce fut le cas des Brigades internationales pendant la guerre d'Espagne, des légions étrangères qui combattirent aux côtés de l'Allemagne contre l'U.R.S.S. pendant la 2^e Guerre mondiale, ou des « volontaires » chinois qui intervinrent dans la guerre de Corée à partir de la fin de 1950.

Pendant près d'un siècle et demi, les actions de mercenaires *stricto sensu* restent épiphénoménales. Comme illustration récente, mentionnons l'invasion du Guatemala en 1954 par des exilés guatémaltèques renforcés de

(7) Cf. FENWICK, C.G., *American Neutrality, Trial and Failure*, New York, University Press, 1940, p. 7; DE VISSCHER, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pédone, 1970, p. 344.

(8) Voy. les innombrables proclamations de neutralité au XIX^e siècle, in DEAK and JESSUP, *op. cit.*, passim; voy. la 5^e Convention de La Haye du 18 octobre 1907 sur les droits et devoirs des neutres en cas de guerre sur terre, art. 4 et 5.

(9) Loi du 9 mars 1831, texte in GRISOT et COULOMBON, *La légion étrangère de 1831 à 1887*, Paris, 1888, p. 548.

(10) A la différence cependant de la légion étrangère française, le Tercio, créé en 1920 par Milan Astray, compte une majorité de nationaux, DELPERRIE DE BAYAC, J., *Les Brigades internationales*, Paris, Fayard, 1968, p. 19.

(11) Les régiments népalais mis par le Népal à la disposition de la Grande-Bretagne en Inde, ont été partagés, au moment de l'indépendance de l'Inde, entre cette dernière, la Malaisie et Hong Kong, *Keesing's Contemporary Archives*, 1946-1948, p. 8778.

(12) *Annuario Pontificio*, 1970, pp. 1450-1452.

mercenaires recrutés par la C.I.A. dans divers Etats d'Amérique centrale pour renverser le gouvernement Arbenz (13).

5. Il faut attendre 1960 et la sécession katangaise pour entendre à nouveau parler des mercenaires. A partir de ce moment, il ne se passera plus guère d'années où ils ne se signaleront dans l'une ou l'autre partie du monde. Ils se manifesteront notamment, et de manière très concrète, dans les affaires suivantes :

- la sécession katangaise de 1960 à 1963;
- la rébellion au Yémen des forces royalistes contre le gouvernement républicain à partir de 1963;
- l'écrasement par le gouvernement congolais des rébellions du Kwilu et des provinces de l'Est en 1964-1965;
- la mutinerie des mercenaires contre le gouvernement central congolais en 1967;
- la sécession du Biafra et la répression de cette sécession par le gouvernement du Nigéria en 1968-1969;
- la rébellion du Sud-Soudan en 1970 (14);
- la tentative du coup d'Etat contre la Guinée en 1970 (15);
- la défense du gouvernement rhodésien contre les mouvements de libération nationale du Zimbabwe depuis 1975 (16);
- la lutte du Front national de libération de l'Angola (F.N.L.A.) contre le Mouvement populaire pour la libération de l'Angola (M.P.L.A.) en 1975-1976 (17);
- la lutte des Phalanges chrétiennes contre les forces palestino-musulmanes pendant la guerre civile du Liban en 1976 (18);
- la tentative de coup d'Etat menée sous la forme d'une agression contre le Bénin en janvier 1977 (19);
- la constitution par le président ougandais Amin Dada d'une garde personnelle composée de 300 Soudanais du Sud en 1977 (20).

Cette énumération montre assez l'importance reprise aujourd'hui par le mercenariat dans les relations internationales. Il exerce d'ailleurs sur les gens une fascination dont témoignent les tirages atteints par le trimestriel américain, *Soldier of Fortune*, revue spécialisée dans la publication de petites annonces visant à recruter des mercenaires pour tous les pays : créé en 1975,

(13) NIEDERGANG, M., *Les 20 Amériques latines*, Paris, Plon, 1962, p. 422.

(14) Sur ces différentes affaires, LANTIER, J., *Le temps des mercenaires*, Verviers, Marabout, 1970, *passim*.

(15) *Keesing's Contemporary Archives*, 1970, p. 24.353.

(16) BURCHETT, W. et ROEBUCK, D., *Les putains de l'impérialisme*, Paris, Maspéro, p. 14.

(17) ROUSSEAU, Ch., « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1976, pp. 570 et ss.

(18) BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, p. 196.

(19) *Chronique mensuelle de l'O.N.U.*, mars 1977, pp. 5-9, et mai 1977, pp. 5-16.

(20) *Le Monde*, 28 avril 1977.

le premier numéro a été tiré à 4.400 exemplaires, le deuxième à 70.000 et le troisième à 125.000 (21).

6. Etant donné l'élément d'extranéité qu'il comporte et les problèmes interétatiques qu'il soulève, le mercenariat intéresse incontestablement le droit international. Il est cependant exclu dans le cadre de cet article d'examiner toutes les questions juridiques qu'il pose. L'analyse se limitera aux règles de droit international qui le visent spécifiquement et nommément. Il s'agit pour l'essentiel de règles qui définissent le mercenaire, des règles qui érigent son action en crime de droit international, et de règles qui lui refusent le statut de prisonnier de guerre en cas de capture dans un conflit armé international. Ne seront donc pas envisagés ici, sinon de manière incidente, le très vaste problème de la responsabilité des Etats à l'occasion des actions de mercenaires, ni les problèmes de l'asile et de la protection diplomatique éventuellement accordés par un Etat à des mercenaires, ni la question du droit des Etats d'engager des mercenaires ou de favoriser leurs actions, ni tous les cas où l'aide apportée par un Etat à des mercenaires tombe sous le coup des règles relatives à la neutralité, l'emploi de la force, l'intervention, l'autodétermination, le respect de la souveraineté des Etats. Les règles de droit international qui gouvernent tous ces points ne sont en effet pas propres aux mercenaires *stricto sensu*, mais concernent le problème beaucoup plus général du volontariat international (22).

*

I. DEFINITION

Les textes définissant le mercenariat sont relativement récents. Voyons comment le concept était appréhendé avant la rédaction de ces textes.

A. EVOLUTION DE LA NOTION

1. *Absence de définition*

7. C'est avec la sécession katangaise de 1960 à 1962 que le mercenariat apparaît pour la première fois comme un problème spécifique de dimension internationale, et par là même, comme une question de droit international. A cette époque, les mercenaires visés par les résolutions des Nations Unies (23)

(21) BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, p. 173.

(22) Sur tous ces points, DAVID, E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Ed. de l'Univ. de Bruxelles (sous presse).

(23) Les résolutions du Conseil de sécurité (161 A du 21 février 1961, § 2 et 169 du 24 novembre 1961, § 4) et de l'Assemblée générale (1599 (XV) du 15 avril 1961, § 2) demandaient le retrait des mercenaires se trouvant au Congo.

ne sont pourtant pas définis : il ressort simplement des circonstances de l'espèce qu'il s'agissait d'étrangers qui s'étaient engagés individuellement dans les forces sécessionnistes de Moïse Tshombé pour lutter contre le gouvernement central du Congo (24).

Ils ne sont pas définis davantage dans les résolutions adoptées par l'O.N.U. et l'O.U.A. en 1964 et en 1967. En 1964, le Conseil des Ministres de l'O.U.A. et le Conseil de sécurité de l'O.N.U., se référant à la non-intervention, avaient demandé au Congo de se séparer des mercenaires qu'il avait engagés pour réprimer les rébellions du Kwilu et de l'Est du pays (25). En 1967, la mutinerie des mercenaires contre les autorités congolaises avait conduit le Conseil de sécurité et la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'O.U.A. à demander aux Etats d'empêcher le recrutement de mercenaires sur leur territoire en vue de renverser le gouvernement d'Etats étrangers (26). Dans chacun de ces cas, il faut de nouveau examiner le contexte de l'affaire pour déterminer qui était mercenaire. En l'occurrence, pouvaient être considérés comme tels des Blancs qui s'étaient mis volontairement au service du gouvernement congolais en vue de l'aider à mater les rébellions qui déchiraient le pays (27) et qui s'étaient ensuite mutinés contre son autorité (28).

Dans diverses résolutions relatives à la décolonisation adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies à partir de 1968, la notion n'est toujours pas éclaircie : on y lit seulement que :

« La pratique consistant à utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance est un acte criminel et que les mercenaires eux-mêmes sont des criminels hors-la-loi » (29).

Plusieurs Etats occidentaux allégueront d'ailleurs la mauvaise formulation juridique du paragraphe relatif aux mercenaires pour s'opposer à la résolution (30).

(24) Rapport du représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies au Congo, doc. S/4691, 12 février 1961, § 2; Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, doc. S/4752, *add.* 1, 3 mars 1961, III; Rapport du représentant spécial *a.i.* du Secrétaire général des Nations Unies au Congo concernant l'interrogatoire de 30 mercenaires appréhendés à Kabalo, le 7 avril 1961, doc. S/4790, *add.* 1, 14 avril 1961, etc.

(25) O.U.A., ECM/Rés. 5 (III), Préambule, al. 4 et § 1, texte *in Congo 1964*, Bruxelles, Les dossiers du C.R.I.S.P., 1965, p. 471; O.N.U., S/Rés. 199 du 30 décembre 1964, §§ 1 et 3.

(26) O.N.U., S/Rés. 239 du 10 juillet 1967, §§ 2 et 3 et S/Rés. 241 du 15 novembre 1967, §§ 1 à 4.

(27) Voy. les débats du Conseil de sécurité relatifs à l'intervention belgo-américaine au Congo en novembre 1964; déclaration de l'Algérie, 10 décembre 1964, 1172^e séance, § 10; de la Belgique, 11 décembre 1964, 1173^e séance, § 61; du Congo, *ibid.*, §§ 139-142, etc.

(28) Voy. les débats du Conseil de sécurité relatifs à la mutinerie des mercenaires, déclaration du Congo, 7 juillet 1967, 1364^e séance, §§ 6 et ss.; 10 juillet 1967, 1367^e séance, §§ 6 et ss., etc.

(29) A/Rés. 2465 (XXIII), 20 décembre 1968, § 8; dans le même sens, A/Rés. 2548 (XXIV), 11 décembre 1969, § 7; A/Rés. 2708 (XXV), 14 décembre 1970, § 8.

(30) Déclarations de l'Italie, l'Irlande, l'Espagne, la Turquie, la Grèce et la Belgique, lors du vote de la Résolution 2465 (XXIII) adoptée le 20 décembre 1968 par 87 voix contre 7, avec 17 abstentions, O.N.U., *Chronique mensuelle*, janvier 1969, pp. 111-112; « Le représentant de la Belgique a affirmé que les autorités belges, de même que l'opinion publique, condamnaient sans équivoque les mercenaires. Sa délégation n'avait cependant pas pu voter la résolution en raison de la formulation contestable du paragraphe concernant les mercenaires », *ibid.*, p. 112.

A la suite de la tentative d'agression et de coup d'Etat menée contre le Benin le 16 janvier 1977, le Conseil de sécurité adopte par *consensus* une résolution qui condamne le recrutement de mercenaires et les tolérances accordées à ces derniers pour « renverser des gouvernements d'Etats membres de l'O.N.U. », mais qui ne les définit pas (31).

La déclaration de l'O.U.A. de juin 1971 sur les activités des mercenaires en Afrique n'envisage ceux-ci que comme un moyen pour « certains pays et certaines forces » de « remettre en cause l'indépendance, la souveraineté et l'intégrité territoriale des Etats membres de l'O.U.A. » (32).

Il est vraisemblable que les mercenaires visés par l'O.N.U. et l'O.U.A. répondaient à l'image traditionnelle du particulier qui s'engage pour de l'argent dans une armée étrangère, mais c'eût été encore plus vraisemblable si cela avait été précisé.

2. Les définitions existantes

a. la définition de Rabat

8. Les premiers essais de définition datent de juin 1972. Ils apparaissent dans un projet de Convention sur l'élimination des mercenaires en Afrique, proposé à cette époque par un Comité d'experts de l'O.U.A. à la Conférence des chefs d'Etat réunie à Rabat. Le mercenaire est défini à l'article 1 de ce projet :

« La présente convention caractérise comme mercenaire tout individu qui, n'ayant pas la nationalité du pays contre lequel ses actions sont dirigées, est employé, s'enrôle ou se lie volontairement à une personne, à un groupe ou à une organisation dont le but est :

- a) de renverser par les armes, ou par tout autre moyen le gouvernement de cet Etat membre de l'O.U.A.;
- b) d'attenter à l'indépendance, à l'intégrité territoriale ou au fonctionnement normal des institutions dudit Etat;
- c) de s'opposer par un moyen quelconque aux activités de tout mouvement de libération reconnu par l'O.U.A. » (33).

b. La définition de Luanda

9. D'autres définitions sont ensuite élaborées en juin 1976 à Luanda (Angola). Dans cette ville était organisé le procès de 13 mercenaires qui avaient participé à la guerre civile angolaise aux côtés du parti vaincu, le F.N.L.A., contre le parti vainqueur et au pouvoir, le M.P.L.A. Le jugement rendu à l'issue de ce procès, le 28 juin 1976, donne la définition suivante :

(31) S/Rés. 405 du 16 avril 1977.

(32) O.U.A., *Spécial huitième sommet*, Addis-Abeba, juillet 1971, pp. 12-13.

(33) Texte in BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, p. 252.

« Pratique le crime de mercenariat celui qui pour un profit personnel, en groupe ou individuellement, se propose par l'action armée d'entraver le processus d'autodétermination d'un peuple qui lui est étranger, ou veut lui imposer par la même voie une vie néo-coloniale » (34).

A l'occasion de ce procès, une Commission internationale d'enquête invitée par le gouvernement angolais et composée de juristes venant de divers pays élaborait un projet de Convention sur la prévention et la suppression du mercenariat. L'article 1 de cette Convention stipule :

« Commet le crime de mercenariat l'individu, groupe ou association, les représentants de l'Etat et l'Etat lui-même qui, dans le but d'opposer la violence armée à un processus d'autodétermination, pratique l'un des actes suivants :

a) organiser, financer, fournir, équiper, entraîner, promouvoir, soutenir ou employer de quelque façon que ce soit, des forces militaires consistant ou incluant des personnes qui ne sont pas des nationaux du pays où elles vont opérer pour des gains personnels, moyennant le paiement d'une solde, salaire ou autre type de rétribution matérielle.

b) s'enrôler, s'engager ou tenter de s'engager dans les forces mentionnées.

c) permettre que dans les territoires soumis à sa souveraineté ou dans tout autre lieu sous son contrôle se développent les activités mentionnées dans l'alinéa a) ou accorde des facilités de transit, transport ou autre aux opérations des forces mentionnées » (35).

c. La définition de Genève

10. Enfin, à peu près au moment où le procès des mercenaires s'ouvrait à Luanda, à Genève, la Conférence diplomatique sur le réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable dans les conflits armés mettait au point des textes destinés à devenir des protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949. C'est dans le cadre de cette conférence que le Nigéria avait proposé en groupe de travail un projet d'article refusant le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires prenant part à un conflit armé international. Dans ce projet, le mercenaire était défini comme

« toute personne n'appartenant pas aux forces armées d'une Partie au conflit, qui est spécialement recrutée à l'étranger et qui combat ou prend part à un conflit armé essentiellement en vue d'obtenir un paiement en argent, une récompense, ou un autre avantage personnel » (36).

En commission et en groupe de travail, ce texte avait suscité le doute et la contradiction : fallait-il également considérer comme mercenaires des vo-

(34) Traduction in *Afrique-Asie*, n° 114, 12-15 juillet 1976, p. 54. Texte original in le *Diario de Luanda*, 18 juin 1976.

(35) Conférence d'Alger sur la Déclaration des droits des peuples, juillet 1976, doc. 63. Voy. aussi Comissao Internacional de Inquerito sobre os Mercenarios, *Documentos*, Luanda, Ministerio de Justiça, 1977, p. 43.

(36) Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 21 avril-11 juin 1976, 3^e session, doc. CDDH/III/361/Add. 1, 7 juin 1976, p. 1.

lontaires étrangers recrutés en dehors de tout conflit armé ou incorporés en tant que conseillers, instructeurs ou techniciens ? Est-on mercenaire uniquement lorsqu'on se bat *aux côtés* des forces armées ou l'est-on également lorsqu'on *fait partie* de ces forces ? *Quid* des techniciens et instructeurs militaires étrangers ? *Quid* des volontaires ne faisant pas partie des forces armées d'un Etat, mais combattant avec celles-ci par conviction politique et sans mobile lucratif ? Etc. La définition finalement adoptée par la Conférence, en devenant plus complexe, répond à ces questions. Elle figure dans l'article 47, § 2 du 1^{er} Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève de 1949 :

« Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne :

- a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
- b) qui en fait prend une part directe aux hostilités;
- c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie;
- d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
- e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et
- f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle, en tant que membre des forces armées dudit Etat » (37).

B. AUTORITE ET CHAMP D'APPLICATION

Ces quatre définitions (ci-après désignées par le nom de la ville où elles ont été discutées ou adoptées : Rabat, Luanda, Genève) qui divergent sur plusieurs points n'ont pas la même autorité, ni le même champ d'application.

1. La valeur juridique

11. Ces définitions n'ont pas toutes une autorité juridique internationale. La définition figurant dans le jugement de Luanda n'a qu'une autorité jurisprudentielle, autorité de caractère interne limitée à l'Angola. La définition figurant dans le projet de convention élaboré par la Commission internationale d'enquête présente à Luanda n'a qu'une autorité doctrinale puisque la plupart de ses auteurs, c'est-à-dire les membres de cette commission, n'y siégeaient qu'à titre personnel et non comme représentants officiels de leur Etat d'origine (38); en outre, il ne s'agissait que d'un projet.

La définition de Rabat n'était également qu'un projet. Préparé en juin 1971 à Addis-Abéba, son texte avait été remis en question à Rabat, car

(37) Texte des deux Protocoles *in R.I.C.R.*, 1977, n^{os} 704-705.

(38) BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, p. 226.

certaines Etats craignaient qu'il ne compromette la situation juridique des réfugiés politiques se trouvant dans divers pays d'Afrique (39).

Seule la définition de Genève possède une autorité juridique internationale, autorité évidemment subordonnée comme pour tout texte international à son adoption définitive par les autres Etats. Il faut se rappeler que le Protocole où elle figure n'a été ouvert à la signature et à la ratification des Etats que le 10 juin 1977.

2. *Le champ d'application matériel*

12. Il n'est pas inintéressant de relever les autres différences existant entre ces définitions. Elles montrent les difficultés auxquelles se heurte la détermination exacte de la notion.

La définition de Rabat s'applique aux guerres coloniales reconnues par l'O.U.A. et aux mouvements subversifs, c'est-à-dire les mouvements dirigés contre un Etat, son gouvernement ou ses institutions.

Les définitions de Luanda concernent les guerres coloniales ou néo-coloniales. Or si le droit international permet de cerner avec assez de précision une guerre coloniale (40), il n'en va pas de même d'une guerre « néo-coloniale ». Sans doute faut-il voir sous cette dénomination la lutte armée menée par un parti contre le pouvoir en place dans un Etat, afin de libérer ce dernier de la tutelle économique étrangère, mais il reste que le concept de guerre néo-coloniale n'est pas défini juridiquement. Dans la mesure où les guerres coloniales sont assimilées à des conflits armés internationaux (41) et dans la mesure où les guerres néo-coloniales se déroulent *a priori* dans un cadre interne, il apparaît que les définitions de Luanda ne s'appliquent qu'à certains types de conflits armés internationaux et internes.

La définition de Genève se limite aux seuls conflits armés internationaux, mais loin de s'arrêter à certains d'entre eux, elle les concerne tous. Il faut noter qu'en commission, plusieurs Etats avaient parlé de cet article en le situant implicitement dans le contexte de l'autodétermination et des guerres de libération nationale (42). Ces Etats n'avaient cependant pas prétendu que cet article s'appliquait seulement à des conflits de ce genre. La Tchécoslovaquie avait même insisté sur le fait que cet article restait limité au 1^{er} Protocole qui, rappelons-le, régit uniquement les conflits armés internationaux (43).

(39) BORELLA, F., « Evolution récente de l'O.U.A. », *A.F.D.I.*, 1974, p. 220.

(40) Voy. la liste des territoires non autonomes figurant dans certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies : A/Rés. 66 (I), 1332 (XIII), 1542 (XV), 1747 (XVI) et celles définissant le territoire non autonome : A/Rés. 742 (VIII) et 1541 (XV).

(41) Voy. entre autres la Rés. 3103 (XXVIII) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 1973. Voy. aussi le 1^{er} Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève de 1949, art. 1, § 4.

(42) Documents de la Conférence diplomatique, CDDH/III/SR. 57, §§ 17, 28, 29, 30-32, 47.

(43) *Ibid.*, § 35.

3. *Le champ d'application personnel*

13. Quels sont les Etats concernés par ces définitions ? La définition de Rabat concernait surtout les Etats tiers aux actions des mercenaires et plus spécialement, les Etats d'Afrique puisqu'elle figurait dans un texte destiné aux Etats de l'O.U.A. Les définitions de Luanda concernent aussi bien l'Etat victime des actions de mercenaires que l'Etat tiers à ces actions, tandis que la définition de Genève ne concerne que l'Etat victime. En effet, les définitions de Rabat et Luanda figuraient dans des textes visant à ériger le mercenariat en crime international et destinés à s'appliquer à tout Etat contractant sur le territoire duquel le mercenaire se trouverait. Au contraire, la définition de Genève fait partie des règles s'appliquant uniquement à la partie belligérante qui, dans le cadre d'un conflit armé international, capture un mercenaire. En outre, elle n'incrimine pas formellement le mercenariat (*infra*, § 40). A Genève, divers Etats ont d'ailleurs regretté que cette définition ne figure pas dans un texte de portée plus large, un texte qui concernerait non seulement les Etats victimes des actions de mercenaires dans un conflit armé international, mais aussi les Etats responsables de ces actions ou du recrutement des mercenaires (44).

*
* *

14. En résumé, les textes définissant le mercenariat n'ont pas tous la même portée concrète, ni la même valeur juridique. Seule la définition de Genève possède une autorité juridique de caractère international. Les autres définitions sont restées au stade de projet, de proposition doctrinale ou de décision interne. Ceci pose un problème dans la mesure où d'une part certaines résolutions des Nations Unies et de l'O.U.A. incriminent le mercenariat (*supra*, §§ 7-8 et *infra*, §§ 38-39), d'autre part, les textes qui définissent le mercenariat ne l'incriminent pas (définition de Genève) ou ne sont pas du droit positif (autres définitions). *Stricto sensu*, il n'existe donc pas de lien juridique entre les textes qui définissent le mercenariat et ceux qui l'incriminent. Le droit international n'est cependant pas formaliste et le fossé qui sépare les textes qui définissent le mercenariat de ceux qui l'incriminent peut être comblé si on assimile les premiers à l'expression d'une norme coutumière. L'opposabilité de cette assimilation coutumière dépend évidemment, comme pour toute norme de droit international, de l'adhésion des Etats. Il faudra donc voir dans chaque espèce si l'Etat ou les Etats concernés ont accepté à la fois les textes qui définissent le mercenariat et ceux qui l'incriminent. C'est seulement dans cette mesure qu'il existe un pont entre les uns et les autres. Cette coïncidence se réalisera le plus souvent pour les Etats africains qui sont particulièrement sensibilisés au problème du mercenariat.

(44) *Ibid.*, déclarations du Zaïre, de Cuba, du Yémen démocratique, de la Tchécoslovaquie, de la Suisse et du Mozambique, §§ 19, 30, 32, 35, 39, 47.

C. CRITERES DU MERCENARIAT

15. Les définitions précitées caractérisent le mercenariat par la réunion de plusieurs éléments constitutifs. Ces éléments constitutifs vont être analysés séparément, étant entendu que pris isolément, aucun d'entre eux ne suffit à caractériser le mercenariat. Dans chaque définition, ces éléments doivent donc être considérés les uns par rapport aux autres, car c'est seulement de leur conjonction qu'un individu apparaît comme mercenaire. Les critères du mercenariat variant d'un texte à l'autre, il pourrait arriver que dans une espèce donnée, un individu soit qualifié de mercenaire pour telle définition, mais non pour telle autre. Les conséquences pratiques de cette situation dépendront de l'adhésion de l'Etat concerné à la définition applicable en cette espèce.

En cumulant les quatre définitions existantes, on constate qu'il existe sept critères susceptibles de caractériser le mercenariat.

1. *Le caractère volontaire de l'engagement*

16. Il ressort expressément de la définition de Rabat, implicitement des trois autres définitions, que le mercenaire est un volontaire. Dans ces trois cas, cela résulte de la référence du texte soit à la recherche d'un « gain », d'un « profit personnel », d'un « avantage », soit au fait d'être « recruté » ou de « s'engager » (voy. les textes *supra*, §§ 8-10).

2. *Le caractère privé de l'engagement*

17. Le fait que le mercenaire s'engage pour son propre compte et non pour celui d'un Etat tiers (du moins, officiellement) est surtout mis en relief par la définition de Genève. L'article 47, § 2, stipule en effet que n'est pas mercenaire « la personne envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ».

Autrement dit, les conseillers, les membres des forces militaires en service actif (45) ou même de simples volontaires mis *par un Etat* à la disposition d'un autre Etat ne sont pas assimilés à des mercenaires.

3. *L'élément d'extranéité*

18. Aux termes des définitions de Rabat et Luanda, le mercenaire est étranger aux forces qu'il combat, mais est-il étranger aux forces dans lesquelles il s'engage ? Cela n'est pas spécifié, et on ne peut que le supposer conformément au sens commun.

(45) Ne seront pas considérés comme militaires en service actif des réservistes, à moins qu'ils ne soient envoyés officiellement par un Etat auprès d'un autre Etat : conférence diplomatique, rapport de la 3^e Commission, doc. CDDH/III/408, § 25; voy. aussi une déclaration en Commission de la Syrie, CDDH/III/SR. 57, § 33.

La définition de Genève prévoit expressément que le mercenaire « n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit » (art. 47, § 2, d).

Cette formulation signifie-t-elle que pour entrer dans la définition, le mercenaire est étranger non seulement aux forces qu'il rejoint, mais aussi aux forces qu'il combat ? Ce point devrait être précisé. Il est vrai que si le mercenaire a la nationalité de l'adversaire, en cas de capture, il passera pour un traître, ce qui ne sera pas nécessairement un avantage (46).

4. *La cause*

19. Les définitions de Luanda lient le mercenariat à la cause défendue. Sont mercenaires les personnes combattant aux côtés de forces s'opposant à un « processus d'autodétermination ». De manière plus précise, le texte de Rabat limite la qualification aux personnes s'engageant dans un groupe ou une organisation, dont le but est :

« a) de renverser par les armes ou par tout autre moyen le gouvernement de cet Etat membre de l'O.U.A.;

b) d'attenter à l'indépendance, à l'intégrité territoriale ou au fonctionnement normal des institutions dudit Etat;

c) de s'opposer par un moyen quelconque aux activités de tout mouvement de libération reconnu par l'O.U.A. »

20. La définition de Genève fait abstraction de la cause défendue, bien qu'en Commission plusieurs Etats aient remarqué que le problème du mercenariat se posait surtout dans le cadre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et que les mercenaires se trouvaient toujours au service de ceux qui veulent empêcher l'exercice de ce droit (47).

5. *La participation aux hostilités*

Cette condition n'est explicitement exigée que dans la définition de Genève (art. 47, § 2, al. a et b). Elle répond au souci de certains Etats de ne pas voir traités comme mercenaires les instructeurs et conseillers techniques étrangers qui sont présents dans de nombreux pays — parfois à titre privé — et dont les compétences sont souvent essentielles pour des jeunes Etats (48).

6. *L'incorporation dans les forces armées*

22. Ce critère également propre à la définition de Genève (art. 47, § 2, al. e) a pour effet que ne sont pas considérés comme mercenaires des volontaires étrangers faisant officiellement partie de l'armée d'un Etat. En l'occurrence,

(46) Sur le statut du traître en droit international, DAVID, E., *op. cit.*, §§ 328 et ss.

(47) Voy. les déclarations de la Yougoslavie, de la Roumanie, du Vietnam, de Cuba, du Yémen démocratique et du Mozambique, doc. CDDH/III/SR. 57, §§ 17, 28-32, 47 et rapport de la Commission, CDDH/III/408, § 24.

(48) Doc. CDDH/III/408, § 25.

il s'agit d'éviter que soient qualifiés de mercenaires les régiments d'étrangers faisant partie des forces nationales (Légion étrangère, Tercio, etc.) (49), mais cela risque fort de rendre la définition totalement inefficace : l'organisation des forces armées d'un Etat fait partie de ses affaires intérieures et si un Etat souhaite recruter des volontaires étrangers tout en veillant à ce qu'ils ne soient assimilés à des mercenaires, il lui suffit, toutes choses égales d'ailleurs, de les incorporer à ses forces régulières. La Corée du Nord avait d'ailleurs exprimé des réserves sur cette condition (50).

7. *Le mobile*

23. Bien que dans chaque définition, tous les éléments constitutifs soient d'égale importance, le mobile reste l'élément central des définitions les plus récentes du mercenariat : celles de Luanda et de Genève. Il est en revanche absent de celle de Rabat.

Conformément au sens courant les définitions de Luanda et de Genève insistent plus ou moins clairement sur le caractère intéressé, égoïste et lucratif que doit revêtir l'engagement. Ce critère est fondamental dans la mesure où il devrait permettre de distinguer le mercenaire du volontaire qui s'engage par idéal ou par conviction politique. Or, cette distinction, apparemment aisée, se heurte dans la pratique à des difficultés considérables qui tiennent, d'une part, au discours contradictoire des Etats eux-mêmes, d'autre part, aux aléas que rencontre nécessairement l'investigation des mobiles d'un individu. Deux questions se trouvent donc au centre du débat :

a) Est-il heureux de caractériser le mercenaire par la motivation lucrative ?

b) Comment déterminer l'existence de cette motivation ?

a. *utilité de la motivation lucrative*

24. La caractérisation du mercenaire par la motivation lucrative se heurte à deux obstacles de poids :

1° la propension des Etats ou des parties à un conflit à voir dans tout adversaire un mercenaire, fût-il animé des sentiments les plus progressistes et les plus désintéressés qui soient;

2° l'existence chez les combattants que l'on qualifie habituellement de mercenaires, de motivations tout à fait étrangères à l'argent.

1°) 25. La propension des Etats à confondre le mercenaire avec l'adversaire, quelle que soit la pureté de ses convictions politiques, non seulement s'est manifestée à Genève aux travaux de la Conférence diplomatique, mais également dans la pratique courante.

(49) VAN DEVENTER, H.W., « Mercenaries at Geneva », *A.J.I.L.*, 1976, p. 813; sur le droit des Etats d'engager des étrangers dans leurs forces, DAVID, E., *op. cit.*, §§ 69, 245 et ss.

(50) CDDH/III/SR. 57, § 13.

A Genève, lorsqu'il fut décidé d'adopter parmi les critères du mercenariat celui de « l'avantage personnel » et de la « rémunération matérielle » (art. 47, § 2, c), certains Etats critiquèrent cette idée de limiter les mercenaires aux individus qui se battent pour de l'argent. Le Zaïre considérait qu'un tel critère encourageait « l'apparition d'une nouvelle catégorie de mercenaires, ceux qui *fondent leur action sur l'idéologie* que l'on a déjà rencontrés au Zaïre et qui ont été nombreux à combattre aux côtés des rebelles par amour du désordre et du sang » (51).

De son côté, la Mauritanie estimait, à propos de l'article 47, § 2, al. c, que :

« Le texte aurait été meilleur s'il avait visé tous les genres d'activités mercenaires car, à son avis, les personnes qui les exercent ne sont pas toujours motivées par l'appât du gain; le mercenariat tend en effet, à prendre de plus en plus un *caractère politique et subversif* et le texte aurait été plus clair s'il avait également tenu compte des nouveaux cas visés dans la définition générale donnée au paragraphe 2 » (52).

A l'opposé, mais dans un contexte plus particulier, le Mali précisait que :

« Le mercenaire est celui qui n'est motivé que par le désir d'obtenir une rémunération matérielle substantielle et qu'il ne saurait par conséquent être confondu avec celui qui, pour des motifs plus nobles, s'engage dans des mouvements de libération qui luttent pour la liberté contre des régimes racistes et colonialistes rétrogrades » (53).

26. La pratique témoigne de ces divergences dans la mesure où finalement le « mercenaire », c'est l'autre, c'est l'ennemi, c'est l'adversaire. Le conflit du Sahara occidental en offre un bel exemple : pour les autorités mauritaniennes, les combattants du Front Polisario étaient des « mercenaires d'Alger » (54); pour l'Algérie, c'était les troupes marocaines et mauritaniennes qui étaient des forces « mercenaires » (55); quant au Front Polisario, il déclarait :

« Toute personne physique ou morale, toute société étrangère venant pour ses propres intérêts ou les intérêts d'autrui renforcer le potentiel des pays qui nous agressent sera considérée comme mercenaire et traitée comme telle » (56).

Les exemples de ce genre sont légion : en Angola, les autorités du pays traitent de « mercenaires » les guérilléros du F.N.L.A. et de l'U.N.I.T.A., tout comme ces derniers assimilent à des « mercenaires » les forces soviéto-cubaines au service du M.P.L.A. (57); pour les Présidents Nemeiry du Soudan et Sadate d'Egypte, la tentative de coup d'Etat perpétrée au Soudan

(51) Doc. CDDH/III/SR. 57, § 21. Sauf indication contraire, c'est toujours nous qui soulignons.

(52) Doc. CDDH/III/SR. 57, § 26.

(53) *Ibid.*, § 51.

(54) Déclaration du Président Moktar ould Daddah, *La Libre Belgique*, 10 août 1976, p. 1; voy. aussi, *idem*, 26 août 1976, p. 3.

(55) *Idem*, 1^{er} juillet 1977, p. 4.

(56) *Le Monde*, 24-25 mai 1977, p. 1; voy. aussi *Le Monde*, 25 octobre 1977, p. 5.

(57) ROUSSEAU, Ch., « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1976, p. 562, n° 19; *La Libre Belgique*, 1^{er} juillet 1977, p. 4.

début juillet 1976 était le fait de « mercenaires » organisés et financés en Libye (58); étaient aussi des « mercenaires », pour les milices chrétiennes libanaises, les combattants palestiniens de Tall el Zattar pendant la guerre civile du Liban (59), pour le Zaïre, les « ex-gendarmes katangais » qui avaient envahi le Shaba en avril 1977, pour Addis-Abéba, les insurgés érythréens, pour le Tchad, les forces libyennes aidant le Frolimat, pour Amin Dada, les réfugiés ougandais se trouvant au Kenya ! (60).

On le voit, l'accord de compromis réalisé à Genève sur l'article 47 est loin d'avoir effacé les contradictions entre les Etats.

2^e) 27. A l'anarchie des qualifications énoncées par les Etats, répond la complexité des motivations de ceux qu'on nomme mercenaires.

Il ressort d'enquêtes effectuées auprès de mercenaires qu'à lui seul l'argent ne suffit pas à expliquer leur engagement; l'esprit de « baroud », le goût de l'aventure, la « fuite » psychologique, les instincts de destruction, l'« idéalisme politique » peuvent jouer un rôle parfois déterminant (61). Les rescapés de l'aventure angolaise interrogés à Luanda ou à Londres étaient sans doute partis à cause du « chômage » et des « difficultés financières », mais aussi à cause de la « lassitude d'une existence morne et sans attrait », à cause de « problèmes de famille insolubles », par « envie de revêtir l'uniforme », par désir de « fuite » ou d'« aventure » (62). Un « volontaire » étranger de l'armée rhodésienne disait à propos de son engagement et de celui de ses compagnons :

« La plupart avait les mêmes raisons que moi. C'était parce que leur propre pays était devenu tellement dégénéré qu'ils ne pouvaient supporter d'y vivre. La plupart, comme moi, sont partisans de la discrimination raciale. En tout cas, ce n'est pas pour faire de l'argent qu'on s'engage dans l'armée rhodésienne » (63).

A la question de savoir s'ils se battaient pour de l'argent, des mercenaires français ont répondu :

« C'est vrai, mais ce n'est pas l'essentiel. Même si on nous offrait le double, nous n'irions pas nous battre aux côtés des marxistes (...). En Afrique, on n'a pas l'impression de défendre les valeurs de l'Occident. Toutefois, il faut s'opposer à la mainmise des marxistes sur ce continent » (64).

28. Inversement, si des gens comme T.E. Lawrence (« Lawrence d'Arabie ») ou A. Malraux n'ont pas grand-chose de commun avec les mercenaires (ne serait-ce que par leur milieu socio-culturel), la pureté de leurs motiva-

(58) *Le Soir*, 6, à et 10 juillet 1976, p. 3.

(59) *Ibid.*, 3 juillet 1976, p. 3.

(60) *La Libre Belgique*, 1^{er} juillet 1977, p. 4.

(61) « Les mercenaires dans l'histoire du Congo (1960-1967) », *Courrier africain du C.R.I.S.P., T.A.*, n° 74-75, 26 février 1968, p. 2.

(62) BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, pp. 58 et 75.

(63) *Ibid.*, p. 179.

(64) SAVIGNEAU, J., « L'aventure au bout du fusil », *Le Monde*, 28-29 août 1977, p. 13.

tions idéologiques n'est pas toujours dépourvue d'ambiguïté comme l'a fort bien montré R. Stéphane (65). La transformation du monde, justification intellectuelle de leur engagement, ne servirait en effet que de prétexte à leur volonté particulière et personnelle de fuir par le biais de l'action un quotidien qui les écœure. Ils resteraient des « aventuriers », aussi éloignés du mercenaire que du militant (66).

*
* *

29. Ces quelques exemples révèlent les aléas que rencontre toute tentative de cerner les mobiles d'une action. Ils révèlent également le caractère équivoque et finalement incertain de la motivation lucrative. C'est la raison pour laquelle on s'est efforcé à Genève de caractériser objectivement le mobile pécuniaire, mais la solution obtenue n'est guère heureuse (ci-dessous).

b. *détermination de la motivation lucrative*

30. S'il n'est pas facile de débrouiller l'enchevêtrement des raisons qui conduisent un volontaire à s'engager dans une armée étrangère, il n'est *a fortiori* pas plus simple d'isoler le mobile lucratif et d'en montrer l'influence sur le comportement de ce volontaire :

- l'existence ou la promesse d'une solde au volontaire ne suffisent pas en soi à prouver le caractère lucratif de l'engagement : les soldats de toutes les armées perçoivent une solde; même les membres des Brigades internationales étaient payés. Si l'on veut pénaliser le fait de gagner sa vie par les armes, tous les militaires de carrière sont assimilables à des mercenaires, bien qu'ils échappent à cette qualification (67), notamment parce qu'ils sont des nationaux de l'Etat qu'ils servent;
- il est relativement aisé pour un mercenaire connaissant les risques inhérents à son état, de donner une coloration idéologique à son engagement (68).

31. Pour éviter ce genre de difficulté et objectiver au maximum le mobile lucratif, la Conférence diplomatique à Genève s'est choisi un critère matériel

(65) STEPHANE, R., *Portrait de l'aventurier*, Paris, Grasset, coll. 10/18, 1965, *passim* et notamment pp. 89, 90, 128 et 131.

(66) Voy. la préface de J.P. Sartre au livre de R. Stéphane, *op. cit.*, pp. 9 et ss.

(67) Doc. CDDH/III/SR. 57, § 21.

(68) Le Belge J. Schramme qui commandait des forces mercenaires au Congo, explique à maintes reprises qu'il ne se battait pas pour gagner sa vie, mais pour la constitution d'un Congo solide et fort, où l'ordre règnerait, et d'où le communisme serait absent; il ajoutait toutefois qu'un régime de ce type lui permettrait de récupérer les plantations qu'il avait perdues à la suite des troubles de l'indépendance..., SCHRAMME, J., *Le bataillon léopard*, Paris, Laffont, 1969, *passim*.

qui, en principe, est aisément mesurable : aux termes de l'article 47, § 2, c, il a été prévu que le mercenaire devait percevoir « une rémunération matérielle *nettement supérieure* à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ».

32. En ne considérant comme mercenaires que des volontaires ayant une rémunération supérieure aux combattants de même rang (69), la Conférence diplomatique a introduit dans la définition une limitation doublement critiquable :

1°) On laisse entendre que des volontaires étrangers s'engageant uniquement par esprit de lucre, mais pour un salaire équivalent à celui touché par les membres des forces régulières, n'ont pas de motivation intéressée et ne sont donc pas des mercenaires. Conformément à ce critère, la Rhodésie (70) aurait désormais raison d'affirmer qu'il n'y a pas de mercenaires dans ses forces puisque les volontaires étrangers qui en font partie touchent la même solde que les Rhodésiens ! A Genève, le Zaïre avait d'ailleurs demandé que la deuxième partie du paragraphe 2 de la définition

« soit supprimée et que les mots « et matériel » soient ajoutés après les mots « un avantage personnel » (71).

2°) On impose à la Puissance détentrice le fardeau d'une preuve à peu près impossible à rapporter. C'est ainsi que la Mauritanie exprimait des doutes sur

« la possibilité de fournir des preuves tangibles de la promesse faite aux mercenaires d'une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est payée aux combattants des forces armées régulières, notamment en raison du caractère ultra secret des contrats d'engagement de ce genre de personnes » (72).

Quant au Zaïre, il déclarait que :

« Le membre de phrase « à laquelle est effectivement promise » constitue une duperie de la part des délégations dont les gouvernements encouragent le recrutement des mercenaires, qu'il ouvre la porte aux abus et offre un alibi à de nombreux mercenaires.

Une partie à un conflit aurait grand mal à prouver que les mercenaires se sont vus offrir une généreuse rémunération puisque les salaires des mercenaires sont soit payés dans leur pays d'origine, soit versés sur des comptes en banque dans d'autres pays. Il n'existe pas de preuves matérielles par bulletins de paye ou par ordres de transfert et, quand bien même elles existeraient, elles sont détenues par la Partie qui utilise les services des mercenaires de sorte que la Partie adverse a peu de chances d'obtenir ces documents qui constituent des pièces justificatives en vertu de l'alinéa c du paragraphe 2 » (73).

(69) Doc. CDDH/III/408, § 26.

(70) Voy. BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, p. 279.

(71) Doc. CDDH/III/SR. 57, § 20 (Texte complet de la définition, *supra*, § 10).

(72) *Ibid.*, § 26.

(73) *Ibid.*, §§ 20-21; ont également exprimé des réserves sur ce critère, la Corée du Nord, la Syrie, Qatar, Madagascar, le Mozambique, la Côte d'Ivoire, le Cameroun et la Suède, *ibid.*, §§ 13, 33, 34, 44, 47, 49, 53, 55.

33. Ces critiques sont fondées, mais elles n'apportent pas de solution au problème fondamental qui est de mettre en lumière les mobiles d'un individu. L'article 47, § 2, al. c a tenté de résoudre la difficulté en énonçant un critère objectif, mais celui-ci conduit aux absurdités qu'on vient de voir. Si l'on veut absolument caractériser le mercenaire par ses motivations, il est inutile de compliquer les critères permettant d'évaluer ces motivations à l'instar de ce qui fait l'article 47, § 2, c. Le magistrat instructeur n'a pas besoin de critères de ce genre pour mettre en lumière les mobiles d'un prévenu. Une telle recherche est de pratique constante dans les cours et tribunaux internes chargés de statuer au pénal et elle n'est pas inutile : ce sont les motivations d'un prévenu qui pour un même acte — un homicide volontaire, par exemple — fondent tantôt la condamnation de son auteur — tuer pour voler — et tantôt son acquittement, certaines affaires d'euthanasie. Il n'en demeure pas moins que les finalités de l'engagement d'un mercenaire sont loin d'être aussi claires et que leur détermination reste souvent complexe et difficile (74). C'est ainsi qu'au procès de Luanda, si l'instruction avait mis en évidence toute une série de motivations qui avaient amené à combattre en Angola les mercenaires capturés (75), jamais le mobile lucratif n'apparaissait de manière pure et isolée, mais toujours noyé dans un fatras d'autres implications à la fois sociales et psychologiques (*supra*, § 27).

*

* *

34. En résumé, l'anarchie des qualifications étatiques d'une part, la difficulté de démêler l'écheveau des motivations réelles d'un mercenaire d'autre part, vicient gravement les définitions de Luanda et de Genève et, en particulier, le critère du mobile retenu par chacune d'elles. L'adoption de ce dernier critère n'est pas le seul défaut de ces définitions : les définitions de Luanda manquent de précision, celle de Genève pêche par l'excès inverse. Ainsi, les définitions de Luanda se réfèrent au néo-colonialisme qui reste une notion à définir en droit international. Sans doute, certaines règles du nouvel ordre économique mondial permettent-elles d'en cerner les contours (76), mais il demeure que dans un texte à vocation pénale, l'interprétation restrictive exige l'emploi de concepts fermes et précis. Le texte de Genève, au

(74) SCHWARZENBERGER, G., « Terrorists, guerilleros, mercenaries », *International Law and Order*, London, Stevens, 1971, p. 236.

(75) Voy. les comptes rendus des interrogatoires des accusés, BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, *passim*.

(76) Voy. notamment les Résolutions 1803 (XVII), 2158 (XXI) et 2542 (XXIV) qui ont été adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies et qui dénoncent des situations contraires à l'émancipation économique des Etats du tiers monde; voy. aussi la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, A/Rés. 3201 (S-VI) et la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, A/Rés. 3281 (XXIX). Sur certaines formes de néo-colonialisme, DAVID, E., « Quelques réflexions sur l'égalité économique des Etats », *R.B.D.I.*, 1974/1, pp. 404 et ss.

contraire, par l'accumulation des précisions, aboutit, comme on l'a parfois dit en coulisse, à une définition de Martien ! Quel Etat, en effet, serait assez naïf pour annoncer officiellement que les volontaires étrangers se trouvant à ses côtés ont été spécialement recrutés pour « combattre dans un conflit armé », qu'ils ne font pas partie de ses forces régulières, et qu'ils bénéficient d'une solde « nettement supérieure » à celle de combattants réguliers de même rang ?

35. Tous ces critères et en particulier celui du mobile, sont absents de la définition de Rabat. Fort heureusement, celle-ci insiste davantage sur le critère de la cause : est mercenaire tout volontaire étranger qui s'engage soit dans un mouvement subversif, soit dans une armée opposée à un mouvement de libération reconnu par l'O.U.A. Cette définition est plus objective puisqu'elle ignore le critère subjectif du mobile. Elle reste cependant partielle dans la mesure où elle n'envisage que certains types de situations — luttes subversives et guerres de libération nationale — et se limite au contexte africain (Etats membres de l'O.U.A.).

36. Une définition plus apte à rencontrer le désir des Etats devrait se référer au volontarisme de l'engagement, à son caractère privé, à son extranéité, et surtout à la cause défendue par le mercenaire. Le contexte de l'engagement (temps de paix, conflit armé international ou non international) serait indifférent. Ce qui compterait, c'est la conformité au droit international de la cause embrassée par le « mercenaire ». Dans cette hypothèse, il importerait peu que ce soit l'*argent* qui conduise à s'engager aux côtés d'un pays qui repousse une agression internationale ou un mouvement qui lutte pour la libération d'un territoire colonisé, et réciproquement, le fait que ce soit l'idéal *politique* qui l'amène à rejoindre les forces de l'Etat envahisseur ou de l'Etat colonial serait sans incidence sur la portée de la définition. Seul interviendrait le fait que ce volontaire se trouve du « bon » ou du « mauvais » côté.

II. L'INCRIMINATION INTERNATIONALE DU MERCENARIAT

A. EVOLUTION DE L'INCRIMINATION

37. Depuis que le mercenariat est l'objet de textes internationaux, on est passé d'une absence d'incrimination à une incrimination indirecte, puis à une incrimination directe.

Les résolutions adoptées par l'O.N.U. et l'O.U.A. à l'occasion des crises traversées par le Congo entre 1960 et 1967 (réf. *supra*, § 7) n'incriminaient pas formellement le mercenariat. Elles se bornaient à demander aux Etats d'empêcher le recrutement de mercenaires sur leur territoire et de décourager l'engagement de leurs ressortissants comme mercenaires (77). On peut

(77) De manière analogue, la récente Résolution 405 (1977), adoptée par le Conseil de sécurité pour condamner « l'acte d'agression armée perpétré contre la République populaire du Bénin » se borne à « demander à tous les Etats d'envisager de prendre les mesures voulues, pour interdire, en vertu de leurs législations nationales respectives, le recrutement, l'instruction et le transit de mercenaires sur leur territoire et les autres territoires sous leur contrôle ».

toutefois supposer qu'une telle demande mettait implicitement à charge de l'Etat concerné le devoir d'adopter toutes les mesures de dissuasion *ad hoc*, y compris l'incrimination des actes en question et le déclenchement de poursuites pénales contre leurs responsables. Lors des débats du Conseil de sécurité en novembre 1961 sur la sécession katangaise, plusieurs Etats firent valoir que pour dissuader des mercenaires de s'engager dans les forces sécessionnistes ou de rester à leur service, les Etats concernés devaient sanctionner pénalement cet engagement (78).

38. Cette obligation se trouve clairement énoncée pour la première fois dans un texte international avec la résolution adoptée par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement réunis à Kinshasa du 11 au 14 septembre 1967, résolution qui :

« Appeals urgently to all States of the world to enact laws declaring the recruitment and training of mercenaries in their territories a punishable crime and deterring their citizens from enlisting as mercenaries » (79).

Puis, c'est en 1968 qu'à son tour, l'Assemblée générale des Nations Unies déclare nettement que :

« La pratique consistant à utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance est un acte criminel et que les mercenaires eux-mêmes sont des criminels hors-la-loi » (80).

Cependant, sur un plan purement juridique, l'Assemblée ne semblait pas considérer cette affirmation comme susceptible de fonder l'existence d'une incrimination internationale puisqu'elle demandait :

« aux gouvernements de tous les pays d'adopter des lois déclarant crimes punissables le recrutement, le financement et l'instruction de mercenaires sur leur territoire et interdisant à leurs ressortissants de s'engager comme mercenaires » (80).

De même, l'O.U.A., en 1971, tout en condamnant le mercenariat, proclamait sa

« volonté d'élaborer un instrument juridique destiné à coordonner, à harmoniser et à faciliter la lutte des peuples et des Etats africains contre les mercenaires » (81).

En outre, la résolution invitait les Etats :

« — à prendre les mesures appropriées pour que leur territoire ne serve pas au recrutement, à l'entraînement ou à la formation des mercenaires ou au passage d'équipements qui leur sont destinés;

(78) Conseil de sécurité, doc. off., 17 novembre 1961, 976^e séance, interventions de l'Inde et du Congo, §§ 91 et 194; 20 novembre 1961, 977^e séance, intervention du Chili, § 6.

(79) AHG/Rés. 49 (IV), documentation personnelle; texte français résumé in : C.R.I.S.P., *Congo 1967*, Bruxelles (C.R.I.S.P.), n.d., p. 446.

(80) A/Rés. 2465 (XXIII), 20 décembre 1968, § 8; dans le même sens, A/Rés. 2548 (XXIV), 11 décembre 1969, § 7, et A/Rés. 2708 (XXV), 14 décembre 1970, § 8. G. Schwarzenberger ne voit dans ces résolutions que des propositions *de lege ferenda* :

« ... the recommendations (précitées) of the General Assembly are couched in the misleading language of the present tense regarding what, at the most, are proposals *de lege ferenda* ». *Op. cit.*, p. 235.

(81) O.U.A., *Spécial 8^e sommet*, Addis-Abeba, juillet 1971, pp. 12-13.

— à livrer aux Etats contre lesquels ils mènent leurs activités subversives les mercenaires se trouvant sur leur territoire » (82).

39. A cet égard, une étape est franchie avec le projet de convention préparé pour la Conférence de l'O.U.A. à Rabat, en juin 1972, projet dont l'article 2 stipule :

« 1. Les actions d'un mercenaire suivant la définition de l'article 1 (*supra*, § 8) de la présente convention constituent des délits considérés comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'Afrique et punissables comme tels.

2. Quiconque recrute ou participe au recrutement des mercenaires, ou à leur entraînement, ou au financement de leurs activités ou leur accorde protection, commet un crime suivant les termes de l'alinéa 1 du présent article » (83).

Ce projet, on l'a vu, n'a eu aucune suite.

Une seconde étape est passée avec la Résolution 3103 (XXVIII) intitulée « Principes de base concernant le statut juridique des combattants qui luttent contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes », résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 12 décembre 1973. Celle-ci, en effet, ne se réfère plus à l'adoption future d'instruments particuliers et elle affirme clairement le caractère internationalement criminel du mercenariat. En outre, elle ne limite pas cette incrimination au cadre des guerres de libération nationale se déroulant dans le contexte de la décolonisation *stricto sensu*, mais elle l'étend aux luttes contre une « domination étrangère » (par exemple, la domination d'Israël en Palestine) (84) ou contre un « régime raciste » (par exemple les régimes rhodésien, sud-africain ou israélien) (85). Le paragraphe 5 de cette résolution déclare en effet :

« L'emploi de mercenaires par les régimes coloniaux et racistes contre les mouvements de libération nationale luttant pour leur liberté et leur indépendance du joug colonialiste et de la domination étrangère est considéré comme un acte criminel et les mercenaires eux-mêmes doivent en conséquence être punis comme criminels ».

Un texte de ce genre constitue sans doute un exemple d'incrimination directe du mercenariat.

40. Pour être complet, il convient d'ajouter à cette liste de textes le projet de convention élaboré par la Commission internationale d'enquête réunie lors du procès de Luanda, projet dont l'article 1 érige en infraction internationale le mercenariat (*supra*, § 9). Enfin, l'article 47 déjà cité du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 refuse le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires capturés dans un conflit armé international (*infra*, § 70), mais il n'incrimine pas formellement le mercenariat; tout au plus, l'esprit de cette disposition autorise implicitement la Puissance détentrice à exercer des poursuites pénales contre certains combattants s'ils répondent à la définition du mercenariat, et pour cette seule raison.

(82) *Ibid.*

(83) Texte in BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, p. 252.

(84) SALMON, J.J.A., « La conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire et les guerres de libération nationale », *R.B.D.I.*, 1976/1, p. 28.

(85) Depuis que l'Assemblée générale des Nations Unies a assimilé le sionisme au racisme, A/Rés. 3379 (XXX), 10 novembre 1975, adoptée par 72 voix contre 35, avec 32 abstentions.

B. AUTORITE, CHAMP D'APPLICATION ET OPPOSABILITE DIRECTE
DE CES INCRIMINATIONS

A l'instar des définitions du mercenariat (*supra*, §§ 7-13), les textes qui l'incriminent n'ont pas tous le même autorité, ni le même champ d'application. Ils n'ont pas non plus la même aptitude à lier directement les particuliers.

1. *La valeur juridique*

41. Seule l'incrimination figurant dans les résolutions des Nations Unies et de l'O.U.A. possède une autorité juridique internationale certaine, autorité dont la force obligatoire se confond évidemment avec celle des résolutions où elle figure. Il n'est pas inintéressant, à cet égard, d'examiner l'expression formelle de la Rés. 3103 (XXVIII) déjà citée de l'Assemblée générale des Nations Unies et son degré d'approbation par les Etats. Le paragraphe 5 de cette résolution qui incrimine le mercenariat est au présent de l'indicatif et non au futur simple. La règle n'est donc pas exprimée sur le mode de souhait ou de ce qui devrait être, mais sur le mode de l'être ou du devoir être. Elle n'énonce pas une obligation de moyen, mais de résultat : l'Assemblée générale ne demande pas aux Etats d'incriminer le mercenariat, à l'instar d'autres résolutions (*supra*, § 38); elle dit que le mercenariat *est* un crime de droit international (86). Cette résolution n'ayant cependant été adoptée que par 83 voix contre 13 avec 19 abstentions, son paragraphe 5 ne s'impose qu'aux 83 Etats qui ont voté en sa faveur de la même manière que les résolutions correspondantes de l'O.U.A. n'obligent que les Etats membres qui les ont approuvées.

Les projets de convention de Rabat et Luanda n'ont pas d'autorité propre puisqu'ils sont restés au stade du projet, à moins de montrer qu'ils ont acquis une valeur coutumière pour les Etats ayant adhéré aux normes qu'ils énoncent.

2. *Le champ d'application*

42. Le mercenariat n'est incriminé par les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies — surtout la Rés. 3103 (XXVIII) — que dans la mesure où il est utilisé par des gouvernements colonialistes, racistes ou d'occupation étrangère contre un mouvement de libération nationale.

La déclaration de l'O.U.A. de juin 1971 incrimine le mercenariat lorsqu'il sert à « remettre en cause l'indépendance, la souveraineté et l'intégrité territoriale des Etats membres de l'O.U.A. » (voy. définition *supra*).

Ces textes n'incriminent donc pas le mercenariat en soi, mais en fonction de la cause qu'il sert. Les projets de convention de Rabat et de Luanda appellent la même observation. Rappelons qu'à Genève, les Etats n'ont pas incriminé le mercenariat et l'ont défini indépendamment des causes servies (*supra*, § 10).

(86) Comp. pour les résolutions antérieures SCHWARZENBERGER, G., *supra*, n. 80.

3. *L'applicabilité directe de ces incriminations aux particuliers*

43. A défaut de parquet international et de cour criminelle internationale, la répression du mercenariat incombe à chaque Etat. La question qui se pose est de savoir si les textes qui incriminent le mercenariat lient les juridictions pénales de l'ordre interne et sont directement opposables aux particuliers. La réponse est théoriquement affirmative dans la mesure où le droit international s'impose aux Etats et prime leur droit interne, dans la mesure où l'ordre judiciaire fait partie des organes de l'Etat (puisqu'il peut engager directement sa responsabilité) et dans la mesure où cet ordre est donc supposé observer et faire observer aux particuliers la norme internationale. En pratique, le problème est cependant plus complexe.

44. Une première restriction à l'applicabilité directe de l'incrimination internationale du mercenariat dans l'ordre interne réside dans le fait que plusieurs textes précités n'imposent pas aux Etats une obligation de résultat, mais une obligation de moyen. Or, *a priori*, celle-ci ne concerne ni les cours et tribunaux de l'ordre interne, ni les individus, mais les organes légiférants, même si en fin de compte, il s'agit pour ces derniers d'adopter des règles qui s'imposeront aux individus et seront appliquées par les juridictions internes. Tel est le cas de la plupart des résolutions des Nations Unies et de l'O.U.A. qui demandent aux Etats d'adopter une législation *ad hoc* qui sanctionne pénalement le mercenariat. Ces résolutions ne s'adressant qu'aux organes légiférants de l'Etat, elles restent inopposables aux individus et les juridictions internes peuvent les ignorer. Même dans l'hypothèse où le droit international incrimine directement le mercenariat, cette incrimination restera symbolique si l'Etat soucieux de lui donner effet n'adopte pas des lois l'assortissant de peines appropriées. Le droit a beau ériger un acte en infraction, la juridiction pénale ne peut faire application de cette règle que si conformément au principe « *nullum crimen, nulla poena sine lege ulla* », des sanctions pénales sont prévues.

44. Une deuxième restriction réside dans le fait qu'une incrimination internationale directe du mercenariat peut se heurter aux obstacles juridiques élevés par les Etats en ce qui concerne l'intégration du droit international dans leur droit interne. Si pour certains d'entre eux, « International law is part of the law of the land » (87), pour d'autres, au contraire, toutes les normes, y compris celles qui sont *self-executing* doivent nécessairement faire l'objet d'une procédure de réception pour sortir leurs effets dans l'ordre interne (88). Dans de tels Etats, l'applicabilité aux individus de l'incrimination internationale du mercenariat dépendra évidemment de la réception de cette incrimination suivant les procédures en vigueur.

Tout ceci explique que les projets de convention de Rabat et de Luanda demandent aux Hautes Parties contractantes de prendre « toutes les mesures

(87) C'est le concept de nombreux Etats d'Europe occidentale en ce qui concerne la coutume internationale, SALMON, J.J.A., *Droit des gens*, P.U.B., 1976, p. 140.

(88) C'est le cas d'Etat comme la Grande-Bretagne en ce qui concerne les traités, *ibid.*

juridiques » (art. 3, f) ou « toutes les mesures législatives ou autres » (art. 6) nécessaires pour l'entrée en vigueur et l'application de la convention.

*
* *

45. Ces quelques observations révèlent que sur le plan juridique, l'incrimination internationale du mercenariat reste aléatoire et limitée. On s'en rendra mieux compte en examinant le seul exemple d'application de cette incrimination : le procès des mercenaires à Luanda.

Pour fonder la condamnation des prévenus, le jugement invoquait aux côtés de textes de droit interne, diverses résolutions des Nations Unies et de l'O.U.A. (ci-dessous). En l'occurrence, l'applicabilité de ces résolutions était pourtant très contestable :

- les Rés. 2395 (XXIII) (89), 2465 (XXIII) et 2458 (XXIV) adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, ainsi que les résolutions adoptées par l'O.U.A. en septembre 1967 et en juin 1971, n'incriminaient pas directement le mercenariat et n'étaient donc pas opposables aux prévenus; elles édictaient seulement une obligation de moyen à charge des Etats (textes *supra*, § 38);
- la Rés. 3103 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies incriminait directement le mercenariat, mais uniquement dans l'hypothèse où le mercenariat est au service d'un gouvernement colonial, un gouvernement minoritaire raciste ou un gouvernement d'occupation étrangère, ce que n'étaient ni l'U.N.I.T.A., ni le F.N.L.A. (les mercenaires combattaient dans les rangs de ce dernier) qui représentaient chacun une partie de la population angolaise.

46. Les textes de droit interne invoqués par le jugement n'étaient guère plus convaincants : il s'agissait des articles 20, 4^o et 263 du code pénal, ainsi que de la « loi de discipline du combattant » :

- L'article 20, 4^o qui, d'après le jugement, « prévoit le crime de mercenariat », se borne en réalité à préciser que peuvent être considérés comme auteurs d'un crime :
 - « Ceux qui conseillent ou incitent autrui à commettre le crime dans les cas où, sans ce conseil ou cette incitation, le crime n'aurait pas été commis ».
- L'article 263 sanctionne d'une peine d'emprisonnement de deux à huit ans :

(89) Il s'agit de la Rés. 2395 (XXIII) intitulée « Question des territoires administrés par le Portugal », adoptée le 29 novembre 1968. Le paragraphe 9 de cette résolution « fait appel d'urgence à tous les Etats pour qu'ils prennent toutes mesures afin d'empêcher le recrutement ou l'instruction sur leur territoire de toutes personnes en tant que mercenaires pour la guerre coloniale actuellement livrée dans les territoires sous domination portugaise et pour des violations de l'intégrité territoriale et de la souveraineté des Etats africains indépendants ».

« l'association formée pour commettre les crimes et dont l'organisation ou l'existence se manifestent par des réunions ou par tous autres faits » (90).

Ces deux textes provenaient de l'ancien code pénal portugais, qui comme toutes les autres lois en vigueur au moment de l'indépendance (11 novembre 1975), restait applicable aussi longtemps qu'il n'était pas abrogé (Constitution angolaise, article 58). On peut toutefois émettre quelque doute sur l'aptitude de ces textes à couvrir le « crime de mercenariat ». En outre, ils ne prévoyaient pas les lourdes peines qui furent infligées aux accusés (la mort pour quatre d'entre eux et des peines d'emprisonnement de 16 à 30 ans pour les neuf autres prévenus). Peut-être est-ce la raison pour laquelle le tribunal invoque la « loi de discipline du combattant » ?

— La « loi de discipline du combattant » était un règlement interne du M.P.L.A. Promulgué par sa commission militaire le 10 juillet 1966, il contenait les normes disciplinaires applicables aux forces militaires du M.P.L.A. (91). Il y était également prévu au paragraphe 3, *d*, « la peine de mort pour tous les ennemis ». Cette dernière disposition est d'autant plus curieuse qu'elle était en contradiction tant avec l'attitude du M.P.L.A. pendant le conflit (92) qu'avec l'esprit de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, article qui interdit notamment les meurtres et les condamnations sans jugement. Elle ne pouvait s'expliquer que si par « ennemis », le M.P.L.A. entendait viser les traîtres au mouvement. De toute façon, cette loi ne couvrait pas spécifiquement le mercenariat, et de plus il était stipulé qu'une loi spéciale devait être adoptée pour l'application de cette peine, ce qui à notre connaissance, ne semble pas avoir eu lieu.

En résumé, le jugement de Luanda ne satisfait guère les exigences du principe « *nullum crimen, nulla poena* » bien que la Commission internationale d'Enquête ait soutenu le contraire (93) : la prévention de « mercenariat » n'était pas fondée dans les circonstances de l'espèce, et de toute façon, elle n'était assortie d'aucune peine spécifique.

47. Le procès de Nüremberg a parfois été invoqué comme précédent pour justifier le procès de Luanda et l'instauration d'une nouvelle incrimination (94), mais à tort : si certains des principes appliqués à Nüremberg auraient pu être appliqués à la présente affaire — ils ne le furent d'ailleurs pas (*infra*, §§ 49-50) — les deux situations n'en restaient pas moins fort dissemblables :

— le procès de Nüremberg était vraiment international car conçu et organisé par les représentants des 23 Etats parties à l'accord de Londres du 8 août

(90) Texte in ANCEL, M. et MARX, Y., *Les codes pénaux européens*, Paris, Centre français de droit comparé, 1957, vol. III.

(91) Texte in *Legislação Penal Revolucionaria*, Republica Popular de Angola, 1976, pp. 61 et ss.

(92) Le M.P.L.A. ne s'est jamais livré à des condamnations en chaîne d'« ennemis ».

(93) Voy. Commissao Internacional, *op. cit.*, pp. 39-40.

(94) POLTORAK, A., « Les mercenaires devant la justice », *La vie internationale*, 1976, 10, pp. 103-104.

1945; au contraire, le procès de Luanda était une affaire intérieure à l'Angola et relevant de sa seule autorité;

- l'incrimination de l'agression n'était pas comme l'incrimination du mercenariat liée à un contexte particulier (95);
- le Statut du tribunal militaire international prévoyait, au moins de manière sommaire en son article 27, les peines à infliger aux accusés reconnus coupables (96), alors que rien n'était prévu pour la répression du mercenariat *stricto sensu*, que ce fût dans la législation angolaise ou le droit international.

Pourtant, il était possible d'inculper les mercenaires jugés à Luanda sur base, et du droit international, et du droit interne (97).

48. En droit interne, ils pouvaient être inculpés de crimes contre la sûreté intérieure de l'Etat (articles 168 et ss. du code pénal portugais) et condamnés à ce titre. Dans la mesure où le M.P.L.A. jouissait d'un pouvoir effectif consolidé sur le plan international par de nombreuses reconnaissances (le F.N.L.A. n'avait été reconnu par aucun Etat) (98), ses tribunaux pouvaient à juste titre se référer aux dispositions protégeant le régime et le gouvernement en place. La justice angolaise s'en abstint pour des raisons mal définies. Toutefois, pour que les articles 168 et ss. fussent applicables à l'espèce, il fallait admettre que les mercenaires aient été arrêtés dans le cadre d'un conflit armé non international, ce qui demeurait incertain vu l'importance des interventions étrangères (*infra*, § 63). A partir du moment où le conflit apparaissait comme international, ce type de disposition cessait de sortir ses effets : le conflit se trouvait alors régi par l'ensemble des lois de la guerre et les combattants répondant aux conditions requises pour bénéficier du statut de prisonnier de guerre ne pouvaient dès lors plus être poursuivis pénalement pour le seul fait de leur participation aux hostilités (*infra*, § 65).

49. En droit international, les mercenaires pouvaient être inculpés de crimes contre la paix sur base à la fois :

- des dispositions qui incriminent l'agression (99);

(95) Voy. l'art. 6, *a* du Statut du tribunal militaire international de Nüremberg qui érige en « crime contre la paix » : « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ». Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 289.

(96) Art. 27 : « Le Tribunal pourra prononcer contre les accusés convaincus de culpabilité, la peine de mort ou tout autre châtement qu'il estimera être juste », *ibid.*, p. 301.

(97) Les observations qui vont suivre dans les §§ 48 et 49 sont plus indicatives que démonstratives : elles mériteraient des développements plus étendus, mais ceux-ci déborderaient le cadre de cet article qui n'est pas seulement consacré au procès de Luanda.

(98) ROUSSEAU, C., « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1976, p. 557.

(99) Statut du tribunal militaire international de Nüremberg, art. 6, *a*; A/Rés. 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, premier principe, al. 1; A/Rés. 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, définition de l'agression, art. 5.

- du critère de l'« influence directe »; ce critère avait été utilisé à Nüremberg pour déterminer qui, dans les forces politiques et militaires nazies, devait être reconnu responsable de l'agression allemande (*infra*, § 53);
- du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, projet dont l'article 2, § 6 incrimine les incursions de bandes armées sur le territoire d'un Etat étranger et la participation à de telles incursions (100); comme ce code n'était qu'un projet, il eut évidemment fallu que l'Angola ait déclaré faire siennes les règles inscrites dans ce code.

Pour l'application de cette incrimination, il était indifférent que le conflit angolais apparût comme interne ou international.

50. Le tribunal ignora les préventions du droit interne et écarta sans guère d'explications celles que lui offrait le droit international. Ce procès reste donc le premier exemple d'application d'une nouvelle incrimination : le crime de mercenariat; c'est à ce titre que les treize prévenus furent inculpés et condamnés (101). En 1971, à Khartoum, l'Allemand Rolf Steiner, qui avait aidé la rébellion sud-soudanaise, avait été considéré comme mercenaire, mais il avait été poursuivi et condamné sur de toutes autres bases (102).

C. OBJET DE L'INCRIMINATION

En cumulant les diverses sources de l'incrimination internationale du mercenariat, on constate que celle-ci peut toucher quatre catégories de personnes :

51. 1^o Les mercenaires et leurs recruteurs (103). C'est l'évidence et cela n'appelle pas de commentaires particuliers.

52. 2^o Les complices des recruteurs : sont spécialement visées les autorités étatiques qui appuient ou tolèrent les actions des mercenaires; plusieurs

(100) Art. 2 :

« Les actes suivants sont des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité :

(...)

6. Le fait pour les autorités d'un Etat, d'organiser ou d'encourager sur son territoire, ou sur tout autre territoire, l'organisation de bandes armées en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat, ou d'en tolérer l'organisation sur son propre territoire, ou le fait pour les autorités d'un Etat de tolérer que des bandes armées se servent de son territoire comme base d'opérations ou comme point de départ pour des incursions sur le territoire d'un autre Etat, ainsi que la participation directe ou l'appui donné à l'incursion ». I.L.C., *Yearbook*, 1954, vol. II, pp. 150-151.

(101) Texte de l'acte d'accusation dans le *Jornal de Angola*, 12 juin 1976; texte du jugement dans le *Diario de Luanda*, 28 juin 1976.

(102) Accusé : 1^o d'être entré et d'avoir séjourné illégalement au Soudan, 2^o d'avoir importé clandestinement du matériel et des médicaments, 3^o d'avoir fomenté des activités subversives pour le compte de puissances étrangères, et 4^o d'avoir pris la tête d'une rébellion armée. R. Steiner fut reconnu coupable des 1^{er}, 3^e et 4^e chefs d'accusation et condamné à ce titre, STEINER, R., *Carré Rouge*, Paris, Laffont, 1976, pp. 408 et 420.

(103) Voy. les textes cités *supra*, §§ 38-40.

textes insistent, en effet, sur le fait que les tolérances ou les facilités accordées par certains Etats au recrutement des mercenaires et à leurs actions sont de caractère criminel, et doivent être sanctionnées (104); le jugement de Luanda dit à ce propos :

« Les accusés ne sont pas les seuls coupables. Le sont aussi les gouvernements des pays dont ils sont originaires, accrochés à leur philosophie raciste, et qui ont encouragé leur recrutement, les ont armés et ont payé leurs salaires » (105).

Le projet de convention de la Commission internationale d'enquête, dans son article 1, met l'accent sur la responsabilité internationale pénale des gouvernements ou de leurs représentants qui organisent ou tolèrent des opérations de recrutement de mercenaires sur leur territoire (*supra*, § 9).

A la Conférence diplomatique de Genève, plusieurs Etats ont regretté que l'article 47 déjà cité (*supra*, § 10) ne contienne aucune condamnation des recruteurs et des Etats qui sont responsables de leurs opérations (106).

La reconnaissance d'une responsabilité internationale pénale dans le chef des agents de l'Etat qui, par leurs agissements ou leur passivité, facilitent le mercenariat est un prolongement assez exceptionnel de la responsabilité que l'Etat encourt de toute façon lorsqu'il laisse des particuliers se livrer à des activités hostiles à des Etats étrangers (107).

53. 3°) Les employeurs : les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies stipulent que l'emploi de mercenaires contre les mouvements de libération nationale luttant pour leur indépendance est tout aussi criminel que le fait de s'engager comme mercenaire (108). *Mutatis mutandis*, l'incrimination du mercenariat peut donc s'appliquer à plus de gens que l'incrimination de l'agression. La première touche en effet tous ceux qui, de près ou de loin, concourent à l'infraction (soit en devenant mercenaires, soit en recrutant des mercenaires, soit en tolérant ce recrutement, soit en employant des mercenaires); au contraire, dans l'incrimination de l'agression, seules les personnes ayant une *influence directe* sur son déclenchement peuvent être inculpées du chef de crimes contre la paix; si en principe, le critère de l'influence directe pourrait aboutir à reconnaître une responsabilité internationale pénale à beaucoup de monde, en pratique, à Nüremberg comme à Tokyo, on a limité cette responsabilité aux dirigeants nazis et japonais : les membres de leurs forces armées, y compris les volontaires étrangers qui s'y étaient engagés, ne furent pas inquiétés de ce chef. On a estimé que

(104) Projet de Convention de l'O.U.A., art. 2, § 2, texte *supra*, § 39.

(105) Texte français in *Afrique-Asie*, n° 114, 12-25 juillet 1976, p. 54.

(106) Interventions du Zaïre, de Cuba, du Yémen démocratique, de la Tchécoslovaquie, de la Suisse, du Mozambique, Doc. CDDH/III/SR. 57, §§ 19, 30, 32, 35, 39, 47.

(107) Voy. par exemple la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les relations amicales, 2625 (XXV), 24 octobre 1970, 1^{er} principe, al. 8 et 9, 3^e principe, al. 2.

(108) Voy. les Rés. 2465 (XXIII), 2458 (XXIV) et 3103 (XXVIII) déjà citées.

l'importance des pressions dont ils étaient l'objet (mobilisation, propagande, endoctrinement) supprimait leur libre arbitre (109).

Si l'incrimination du mercenariat paraît donc étendue, il faut toutefois demeurer attentif au fait qu'elle figure dans des textes dont la portée juridique reste relative et variable en fonction des paramètres énumérés plus haut (*supra*, §§ 41-44).

D. OBLIGATION DE REPRESSON

54. L'obligation de répression est exprimée de deux manières : certains textes demandent aux Etats d'adopter des lois sanctionnant pénalement le mercenariat (110), d'autres ajoutent à cette invitation l'obligation de traduire les mercenaires en justice et soit de les punir, soit de les extradier vers l'Etat victime de leurs actions. Ainsi :

— le projet de Convention de Rabat :

Art. 4 :

« Chaque Etat s'engage à prendre des sanctions sévères contre les crimes définis dans l'article 2 (texte *supra*, § 39) de la présente convention ».

Art. 5 :

« Chaque Etat contractant s'engage à prendre les mesures nécessaires pour punir tout individu pris sur son territoire qui a commis l'un des crimes définis dans l'article 2 de la présente convention, s'il ne le livre pas à l'Etat contre lequel le mercenaire a commis ce crime ou avait l'intention de le commettre » (111).

— la Résolution 3103 (XXVIII), § 5, *in fine* (texte complet *supra*, § 39)

« ... les mercenaires doivent en conséquence être punis ».

— le projet de Convention de la Commission internationale d'enquête :

Art. 7 :

« Chaque Etat contractant s'engage à traduire en justice et à punir tout individu trouvé sur son territoire qui a commis le crime défini à l'article 1 de la présente Convention (texte *supra*, § 9), à moins qu'il ne le remette à l'Etat contre lequel le crime a été commis ou aurait été commis » (112).

Les deux projets de convention appliquent le principe « *aut dedere, aut punire* ». Chacun de ces instruments peut donc servir de base légale à

(109) Sur le critère de l'« influence directe » et l'irresponsabilité des membres des forces armées, voy. *Trial of the Major War Criminals before the I.M.T.*, Nüremberg, 1948, vol. XXII, pp. 467-469; voy. aussi les travaux de la Commission de droit international sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Yearbook*, 1949, pp. 194-196; 1950, vol. II, pp. 262, 337 et 338; PICTET, J., *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *Commentaire*, Genève, C.I.C.R., 1958, pp. 445-446.

(110) Voy. *supra* les résolutions des Nations Unies et de l'O.U.A., §§ 38-39.

(111) Texte in BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, p. 253.

(112) Texte in *Comissao internacional de inquerito sobre os mercenarios*, *op. cit.*, pp. 44-45.

l'extradition de mercenaires par une Haute Partie contractante vers une autre Haute Partie contractante.

55. En outre, le projet de convention de Luanda prévoit explicitement en son article 8, § 2 que le mercenariat ne peut être considéré comme un crime politique pouvant justifier l'octroi de l'asile à son auteur :

« Le crime défini à l'article 1 (texte *supra*, § 9) étant considéré comme un crime de droit commun, il ne peut pas être couvert par la législation nationale qui exclut l'extradition pour des crimes politiques » (113).

Cette disposition est évidemment cohérente avec une définition du mercenariat qui lie ce dernier à la recherche d'un profit personnel (*supra*, § 23). Il est fréquent, en effet, que les juges internes nient le caractère politique d'un acte lorsqu'il ne sert que l'intérêt lucratif et égoïste de son auteur (114). On a vu cependant les difficultés que soulève la mise en évidence de cette motivation (*supra*, §§ 27-28).

56. Faut-il considérer l'obligation de *punir* qui est expressément stipulée dans les deux instruments comme une atteinte au principe de l'indépendance des tribunaux et de la liberté d'appréciation des magistrats, principe qui est en vigueur (théoriquement...) dans tout ordre interne ? Il est difficile de répondre avec fermeté dans un sens ou dans l'autre, mais il y a tout lieu de croire qu'aucun Etat ne ratifierait une convention qui limiterait cette liberté. Il est du reste significatif que la plupart des conventions conclues à ce jour pour la répression d'infractions internationales n'édicte pas une exigence aussi précise : elles obligent les Etats parties à incriminer l'infraction en question dans leur législation; elles les obligent à traduire son auteur devant leurs juridictions pénales aux fins de poursuite ou d'extradition, mais il est toujours prévu que les juges

« prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave conformément aux lois de cet Etat » (115).

(113) *Ibid.*

(114) Voy. GILISSEN, J., CASSIERS, P., DEBROUX, F., « Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat », *Les Nouvelles, Droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 1967, T. II, n^{os} 33 et ss.; *Affaire Peyre*, 1955, France - Argentine, WHITEMAN, M., *Digest of International Law*, Washington Department of State Publication, 1963-1968, vol. VI, pp. 843-844.

(115) Convention pour la répression et la capture illicite d'aéronefs, La Haye, 16 décembre 1970, art. 7, texte in *R.G.D.I.P.*, 1971, pp. 297 et ss.; dans le même sens, Convention sur la prévention et la répression des actes de terrorisme, Washington, 2 décembre 1971, art. 4 et 5, *R.G.D.I.P.*, 1972, pp. 638 et ss.; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, Montréal, 23 septembre 1971, art. 7, *R.G.D.I.P.*, 1972, pp. 303 et ss.; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, 14 décembre 1973, art. 7 et 9; Convention de Genève pour la prévention et la répression du terrorisme, 16 novembre 1937 (jamais entrée en vigueur), art. 19; Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, art. 6; Convention pour la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, 2 décembre 1949, art. 12, Convention pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles, 26 juin 1936, art. 15; Convention internationale pour la répression du faux monnayage, 20 avril 1929, art. 18; la Convention européenne pour la répression du terrorisme, 27 janvier 1977, art. 7, *J.T.*, 24 novembre 1977, p.

III. LE REFUS DU STATUT DE PRISONNIER DE GUERRE AUX MERCENAIRES

57. La situation des mercenaires en temps de guerre n'est actuellement réglementée que dans l'hypothèse d'un conflit armé international. Dans le cas d'un conflit armé non international ou en temps de paix, les mercenaires capturés par la partie qu'ils combattent ne font pas l'objet de règles spécifiques en dehors évidemment de celles relatives à l'incrimination du mercenariat. De toute façon, dans ces diverses situations, le mercenaire bénéficie de la protection :

- soit du II^e Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 si d'une part, il a été capturé lors d'un conflit armé non international suffisamment important pour répondre aux critères énoncés par l'article 1 de ce Protocole, et si d'autre part, l'Etat où se déroule le conflit est partie audit Protocole;
- soit de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève qui gouverne tous les conflits armés non internationaux (actuellement, plus de 140 Etats sont parties à ces conventions);
- soit des règles relatives aux droits de l'homme en toute autre situation où elles peuvent s'appliquer.

Les règles qui vont être examinées à présent ne régissent que le cas du mercenaire capturé lors d'un conflit armé international.

A. EVOLUTION DE LA QUESTION

58. Jadis, le mercenaire n'était soumis à aucune règle spécifique, et en cas de capture lors d'un conflit armé international, il n'était pas distingué des autres combattants faits prisonniers (116). Il était comme tout volontaire étranger mis sur le même pied que les nationaux des forces où il s'était engagé, et comme ces derniers, il bénéficiait du statut de prisonnier de guerre dans la mesure où il répondait aux conditions requises. Ces conditions étaient celles énoncées par les articles 1, 2 et 3 du Règlement annexe à la quatrième Convention de La Haye du 18 octobre 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, conditions reprises et complétées par l'article 4 de la troisième Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des prisonniers de guerre. Schématiquement, avaient droit au statut de prisonnier de guerre :

501; en sens inverse, la Convention pour la répression de la circulation et du trafic et des publications obscènes, 12 septembre 1923 : l'article 1 parle de « punir » les auteurs des infractions y prévues, mais il semble que l'expression doit être comprise dans le sens de « prévoir une législation *ad hoc* ». Textes de ces différents instruments in G LASER, S., *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, pp. 233 et ss.

(116) SCHINDLER, D., « Die Anwendung der Genfer Rotkreuzabkommen seit 1949 », *Annuaire suisse de droit international*, 1965, p. 99.

- les membres des forces armées des parties au conflit;
- les membres des milices, des corps de volontaires et des mouvements de résistance à la condition qu'ils se trouvent sous commandement responsable, qu'ils respectent les lois et coutumes de la guerre et qu'ils portent ouvertement les armes ainsi qu'un emblème distinctif fixe, reconnaissable à distance (117);
- les habitants d'un territoire qui résistent spontanément à l'ennemi sans avoir eu le temps de s'organiser en forces régulières, pourvu qu'ils portent les armes à la main et respectent les lois et coutumes de la guerre (cas de la levée en masse).

D'ailleurs, la cinquième Convention de La Haye de 1907 sur les droits et devoirs des Puissances neutres en cas de guerre sur terre disposait précisément en son article 17, que les neutres entrant au service d'un belligérant étaient assimilés aux forces de ce dernier et qu'en cas de capture, ils ne devaient être l'objet d'aucune discrimination :

« Un neutre ne peut se prévaloir de sa neutralité :

a) s'il commet des actes hostiles contre un belligérant;

b) s'il commet des actes en faveur d'un belligérant, notamment s'il prend volontairement du service dans les rangs de la force armée de l'une des Parties.

En pareil cas, le neutre ne sera pas traité plus rigoureusement par le belligérant contre lequel il s'est départi de sa neutralité que ne pourrait l'être à raison du même fait un national de l'autre Etat belligérant » (118).

De manière analogue, la troisième Convention de Genève de 1949 stipule en son article 16 :

« Les prisonniers doivent tous être traités de la même manière par la Puissance détentrice, sans aucune distinction de caractère défavorable, de race, de nationalité... ».

59. La nationalité n'est cependant pas le seul critère du mercenariat (*supra*, §§ 15 et ss.), et si, jusqu'il y a quelques années, le mercenaire ne se distinguait pas des autres combattants en ce qui concerne son admission au statut de prisonnier de guerre, aujourd'hui ce statut lui est spécifiquement refusé. Cette discrimination trouve son origine dans les actions commises par les mercenaires en Afrique depuis 1960. Ce sont elles qui ont conduit beaucoup d'Etats socialistes et d'Etats du tiers monde, non seulement à considérer les mercenaires comme des hors-la-loi — notamment lorsqu'ils

(117) Ces conditions ont été allégées par les art. 43 et 44 du 1^{er} Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève de 1949. Sur ces dispositions, voyez l'article de SALMON, J.J.A., dans le présent numéro de la *R.B.D.I.*

(118) Voy. dans le même sens, LAUGIER, J.-P., Les volontaires internationaux, *R.G.D.I.P.*, 1966, p. 97; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law, a Treatise*, London, Longmans, Green and Co, 1958, vol. II, §§ 82 a et 88; le règlement adopté par l'Institut de droit international en 1908, *Annuaire 1908*, p. 143; HACKWORTH, G.H., *Digest of International Law*, Washington, U.S.G.P.O., 1940-1944, vol. VII, p. 413; KISS, A.C., *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1962-1972, vol. VI, n° 1073; *Manuel d'instructions militaires britanniques*, Londres, H.M.S.O., 1968, p. 31, etc.

sont utilisés contre des mouvements de libération nationale (*supra*, §§ 38-39) — mais aussi à leur refuser tout droit à la protection des conventions humanitaires, dans le cas de conflits armés internationaux. Après l'invasion de la Guinée en novembre 1970 par des forces portugaises renforcées de mercenaires, le gouvernement de Conakry annonça en mai 1971 qu'« une nouvelle invasion de mercenaires » était redoutée, et il précisa :

« Dès la première agression, nous liquiderons physiquement tous les mercenaires et leurs complices qui se trouveront dans nos prisons » (119).

Lors du quatrième conflit israélo-arabe en octobre 1973, l'Égypte déclara qu'elle

« considérera les volontaires étrangers, citoyens de pays non engagés dans la guerre comme des mercenaires professionnels ne jouissant pas de la protection internationale prévue par les accords de Genève sur les prisonniers de guerre... (120).

Le ton était donné; il ne restait plus qu'à formaliser ces propositions dans un acte juridique. C'est ce que la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire s'efforcera de faire à partir de sa deuxième session (Genève, 3 février-18 avril 1975).

B. CONTENU DE LA REGLE

60. Au cours de cette session, beaucoup de délégations du tiers monde et des Etats socialistes émirent l'avis qu'en cas de capture, les mercenaires combattant les mouvements de libération nationale ne devraient pas bénéficier du statut de prisonnier de guerre et seraient assimilés à des criminels de droit commun (121). Certains Etats occidentaux n'étaient d'ailleurs pas entièrement opposés à cette qualification. Si la Suède souhaitait qu'on définisse d'abord la notion de mercenaire (122), et si l'Australie attendait que des propositions claires soient formulées (123), en revanche, la Norvège était d'accord pour dire que les mercenaires constituaient une menace pour la paix et la sécurité de l'humanité, surtout en Afrique, et qu'il était nécessaire d'éliminer cette menace (124). Seule la Grande-Bretagne se montrait résolument hostile à l'exclusion des mercenaires du statut de prisonnier de guerre en cas de capture, car la reconnaissance de ce statut n'empêchait pas le déclenchement de poursuites pénales contre eux (125).

(119) *Le Soir*, 5 mai 1971, p. 3.

(120) *Le Monde*, 22-23 octobre 1973.

(121) Troisième Commission de la Conférence, interventions faites par l'Ukraine, le Lesotho, la Tchécoslovaquie, CDDH/III/SR. 34, pp. 12-14, 19, la Biélorussie, l'U.R.S.S., la République démocratique du Vietnam, l'Inde, le Nigéria, *ibid.*, SR. 35, pp. 4, 9, 13, 22, 23, la Côte d'Ivoire, la Mongolie, le Z.A.N.U. (Zimbabwe African National Union), *ibid.*, SR. 36, pp. 3, 6, 21.

(122) *Ibid.*, SR. 35, p. 12.

(123) *Ibid.*, p. 20.

(124) *Ibid.*, SR. 36, pp. 15-16.

(125) *Ibid.*, SR. 34, p. 22.

61. Le problème fut à nouveau évoqué lors de la 3^e session (Genève, 21 avril-11 juin 1970). Le Nigeria présenta un projet de disposition qui serait à inclure dans le 1^{er} Protocole additionnel sous la forme d'un article 42 quater. Le premier paragraphe de cet article stipulait :

« Le statut de combattant ou de prisonnier de guerre ne doit être accordé à aucun mercenaire qui prend part aux conflits armés visés par les Conventions et le présent Protocole » (126).

Les débats en groupe de travail révèlent que si beaucoup d'Etats étaient favorables à l'inclusion d'une disposition refusant aux mercenaires le statut de prisonnier de guerre, trop de divergences subsistaient pour qu'un texte pût être recommandé par *consensus*.

Outre les difficultés relatives à la définition du mercenaire (*supra*, § 10), des désaccords surgirent notamment quant au point de savoir :

- si le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre était une obligation ou une faculté pour la Puissance détentrice;
- si les mercenaires devaient simplement être traités avec humanité et conformément au droit interne de la Puissance détentrice, ou s'ils devaient également bénéficier de la protection de l'article 65 du 1^{er} Protocole additionnel (127).

62. Ces questions ne furent pas résolues à cette session, mais le problème du mercenariat fut réexaminé en 1977, à la quatrième session de la Conférence. C'est lors de cette session qu'un *consensus* pût être trouvé sur l'article 42 quater, devenu l'article 47 dans le texte définitif.

Cet article prévoit simplement dans son premier paragraphe : « Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre ». Le paragraphe 2 définit ensuite ce qu'on entend par « mercenaire » (*supra*, § 10). Quel sort fut réservé aux deux questions laissées en suspens à la session précédente (ci-dessus) ?

1^o) Aucune réponse formelle n'a été donnée à la question de savoir si le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires était une obligation ou une faculté pour la Puissance détentrice. Cependant, d'une part, le libellé de l'article 47 qui parle des droits du mercenaire capturé et non des obligations de la Puissance détentrice, d'autre part, l'adage selon lequel « qui peut le plus peut le moins », permet de penser qu'un Etat n'est nullement obligé de refuser le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires qu'il capture (128).

2^o) A la question de savoir si le mercenaire reste au bénéfice des dispositions de l'article 75 nouveau sur les garanties fondamentales, la réponse est

(126) *Ibid.*, 3^e session, DDH/III/361/add. 1, 7 juin 1976.

(127) *Ibid.*, pp. 3-4. L'art. 65 du 1^{er} Protocole qui porte le n° 75 dans le texte définitif, énonce les garanties fondamentales dont bénéficie toute personne au pouvoir d'une Partie au conflit. Cet article reprend, précise et complète l'article 3 commun aux quatre conventions.

(128) Dans ce sens, voy. « Conférence diplomatique - résumé des travaux de la 4^e session », R.I.C.R., 1977, p. 387.

affirmative. Bien que l'article 47 ne se réfère pas à l'article 75, le rapport de la Convention où le problème fut débattu précise que :

« Les mercenaires constitueraient l'un des groupes admis à bénéficier des protections de l'article 65 (75 nouveau) qui établit des normes minimales de traitement pour les personnes qui ne sont pas admises à bénéficier d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du Protocole » (129).

Divers Etats ont d'ailleurs clairement déploré qu'il ne soit pas fait mention de l'article 75 dans l'article 47 (130), et plusieurs ont affirmé — ce qui ne fut pas contesté — que les mercenaires restaient toujours sous l'empire de l'article 75 (131).

Ces principes — refus du statut de prisonnier de guerre aux mercenaires, mais reconnaissance de leur droit à un traitement humanitaire fondamental — confirment la pratique suivie à Luanda tant par les autorités angolaises que par la Commission internationale d'enquête réunie à cette occasion.

63. A la suite de la guerre d'Angola qui, étant donné l'importance des interventions étrangères pouvait être assimilée à un conflit armé international (interventions des forces sud-africaines, zaïroises, de mercenaires et d'instructeurs chinois et nord-coréens d'un côté, interventions de forces cubaines et de conseillers soviétiques de l'autre [132]), les mercenaires au service du F.N.L.A. capturés par le M.P.L.A. se virent refuser le statut de prisonnier de guerre. Le jugement rendu dans leur procès déclara qu'ils n'y avaient pas droit, car d'une part, ils étaient des « éléments irréguliers d'une armée », et d'autre part, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies les assimilaient à des criminels de droit commun. Cependant, à défaut d'être considérés comme prisonniers de guerre, les mercenaires firent l'objet d'un traitement comparable à ce que prévoit l'article 75 (133) avec une réserve toutefois en ce qui concerne le respect du principe « *nullem crimen, nulla poena sine lege ulla* » qui est énoncé au paragraphe 4 c de cet article : on a vu, en effet, que si l'incrimination de leurs actes fut partiellement fondée sur des règles internationales, en l'espèce, celles-ci ne leur étaient pas opposables (*supra*, § 45).

(129) Doc. CDDH/III/408, § 27.

(130) Interventions du St-Siège, de la Colombie, de l'Australie, du Vietnam, du Portugal, de la Suisse, du Canada, de la Suède, CDDH/III/SR. 57, §§ 14, 24, 27, 29, 36, 40, 54, 56.

(131) Interventions du Nigéria, de l'Italie, de la Grande-Bretagne, de l'Australie, du Portugal, des Etats-Unis, de l'Irlande, du Canada, de la Suède, *ibid.*, §§ 16, 23, 25, 27, 36, 41, 42, 54, 56.

(132) Il est établi que l'arrivée en Angola des forces cubaines (5 novembre 1975) et des instructeurs soviétiques (15 novembre 1975) a été postérieure à l'aide apportée au F.N.L.A. et à l'U.N.I.T.A. par les forces sud-africaines qui opéraient sur le territoire angolais depuis le 11 août 1975. Ces deux partis furent en outre assistés, à partir du 6 novembre 1975, par des bataillons zaïrois, ainsi que des conseillers chinois et nord-coréens. Sur tous ces points, voy. BURCHETT et ROEBUCK, *op. cit.*, pp. 19 et ss., *Keesing's Contemporary Archives*, 1975, pp. 27.498-27.499; ROUSSEAU, C., *loc. cit.*, pp. 562 et 564.

(133) Comissao internacional de inquerito, *op. cit.*, pp. 38-41.

64. Quant au projet de convention élaboré consécutivement à ce procès par la Commission internationale d'enquête réunie à Luanda, il stipulait en son article 4 que :

« Les mercenaires ne sont pas des combattants légitimes. Lorsqu'ils sont capturés, ils n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre » (134).

mais il était spécifié à l'article 9 que le mercenaire a droit à un certain nombre de garanties judiciaires :

« Toute personne ou groupe traduit en justice pour le crime défini à l'article 1 a droit à toutes les garanties essentielles d'un jugement régulier. Ces garanties devraient inclure le droit de l'accusé d'être informé dans sa propre langue maternelle, quant à la substance du dossier criminel formulé en son encontre, le droit de fournir toutes explications désirées se rapportant aux accusations émises contre lui, le droit de prendre part à l'enquête préliminaire sur les faits et l'accès, pendant le jugement, aux services d'un avocat, ou si besoin est, prendre en charge sa propre défense, de demander à ce que les témoins soient convoqués devant le Tribunal, et qu'il lui soit permis de participer à leur interrogatoire, aussi bien qu'à celui des témoins de la Cour » (134).

C. APPRECIATION DE LA REGLE

Le refus de reconnaître aux mercenaires le statut de prisonnier de guerre dans le cadre d'un conflit armé international appelle quelques observations :

65. 1^o) Comme le soulignait fort justement la Grande-Bretagne à la deuxième session de la Conférence diplomatique, l'octroi du statut de prisonnier de guerre n'empêche pas la mise en œuvre de poursuites pénales contre le combattant capturé. Cela découle des articles 82 à 108 de la troisième Convention de 1949 qui déterminent dans quelles conditions et pour quelles infractions un prisonnier de guerre peut être poursuivi pénalement ou disciplinairement. Ces infractions sont celles prévues par le droit international ou le droit de la puissance détentricice (articles 85 et 99). Il s'agit donc aussi bien d'infractions de droit commun que d'infractions internationales (135).

Il serait dès lors imaginable qu'un Etat incrimine le mercenariat dans sa législation interne, et sur cette base poursuive pénalement les mercenaires ennemis sans pour autant leur refuser le statut de prisonnier de guerre. Il faut toutefois comprendre qu'à défaut d'une incrimination internationale précise du mercenariat, cette incrimination interne heurterait ce principe général du droit de la guerre selon lequel on ne poursuit pas un combattant qui répond à l'article 4 de la troisième Convention de Genève de 1949 pour le seul fait de sa participation aux hostilités. Or c'est ce que fait l'Etat qui poursuit un

(134) *Ibid.*, pp. 44-45.

(135) C'est donc à tort qu'un commentateur du procès de Luanda a prétendu qu'appliquer aux mercenaires le statut de prisonnier de guerre « serait tout simplement légaliser l'utilisation de mercenaires » POLTORAK, A., *op. cit.*, p. 104. Un tel raisonnement revient à dire qu'appliquer les lois de la guerre à une agression internationale a pour résultat de légaliser cette agression !

combattant uniquement au nom de son caractère mercenaire. Dans la mesure où l'on entend punir le mercenariat, on aurait pu aboutir à une solution de compromis, en prévoyant explicitement que le mercenaire était passible de poursuites pénales, sans pour autant lui refuser le statut de prisonnier de guerre. Les Etats se sont montrés plus rigoureux et plus intransigeants.

66. 2^o) Le statut de prisonnier de guerre est refusé aux mercenaires quelle que soit la cause qu'ils défendent. Le fait que tout critère de légitimité soit absent dans cette sanction du mercenariat repose, d'une part, sur le caractère immoral de la motivation lucrative, d'autre part, sur le principe de l'égalité des belligérants. Aucune de ces deux raisons cependant ne justifie l'exclusion du critère de légitimité :

67. a) La connotation péjorative du mercenariat tient, entre autres causes, au caractère absolument immoral du mobile lucratif. Se battre pour de l'argent est une attitude généralement jugée avec sévérité. Pourtant, la condamnation du mobile lucratif comprend une part d'hypocrisie. Non seulement, tous les rapports humains sont basés sur l'égoïsme et l'intérêt personnel, mais beaucoup d'entre eux, mêmes les plus justes et les plus légitimes, sont des rapports d'argent. La société les accepte. Pourquoi faudrait-il en excepter les rapports d'un combattant avec son employeur ? Après tout, le mercenariat n'est pas un mal en soi; seules certaines de ses utilisations sont condamnables : vouloir interdire le mercenariat de manière absolue est équivalent au fait de vouloir interdire *urbi et orbi* l'emploi des armes, ce qui est certainement souhaitable dans le contexte d'une société idéale, mais non dans l'état présent des relations humaines. Cela peut déboucher d'ailleurs sur des absurdités. A une époque où le développement technique des armements exige le concours de véritables spécialistes, il y aurait quelque anachronisme à pénaliser le « professionnel » de la guerre, surtout lorsque celui-ci met ses compétences au service d'une cause juste. Les pays en voie de développement, adversaires résolus du mercenariat pour des raisons historiques bien compréhensibles, pourraient être les premières victimes d'une condamnation aveugle et absolue du mercenariat.

68. b) Le droit de la guerre est basé sur le principe de l'égalité des belligérants : toutes les victimes de la guerre ont droit à la protection de ses lois, quelle que soit la légitimité de leur combat. Si l'on disait que seuls les mercenaires épousant une cause illégitime sont privés du statut de prisonnier de guerre, on transgresserait le principe précité. Il était dès lors impossible de subordonner le refus du statut de prisonnier de guerre aux mercenaires à un quelconque critère de légitimité.

69. Le rejet d'un tel critère ne se justifiait cependant que parce qu'on a voulu sanctionner les mercenaires comme tels, ce qui n'est pas raisonnable (*supra*, § 67). Si l'octroi ou le refus du statut de prisonnier de guerre aux mercenaires avait seulement dépendu du caractère licite ou illicite de la cause servie, la sanction du mercenariat serait devenue plus objective et plus logique : plus objective, car le critère subjectif de la motivation aurait disparu; plus logique, car en ne punissant que les étrangers qui se mettent volontairement au service d'une violation du droit international, on aurait

évitée cette absurdité qui consiste à punir, au nom d'une motivation prétendument intéressée, des gens qui luttent pour assurer son respect.

Pour arriver à ce résultat sans violer le principe de l'égalité des belligérants, il aurait fallu reconnaître aux mercenaires capturés le statut de prisonnier de guerre, mais la reconnaissance de ce statut ne leur aurait pas épargné les rigueurs de la loi (*supra*, § 65) : si le statut de prisonnier de guerre confère au combattant capturé le bénéfice d'une certaine protection humanitaire, il ne lui assure pas une immunité totale pour ses actions. Dans cette perspective, on aurait pu sanctionner le fait pour un combattant étranger de servir volontairement une cause illicite, tout en lui reconnaissant le droit au statut de prisonnier de guerre.

70. 3°) L'intransigeance irrationnelle des Etats à l'égard des mercenaires n'a donc pas de justification; elle s'explique seulement par la révolte unanime que suscite leur participation à des actions subversives ou à l'écrasement des mouvements de libération nationale. Le refus aux mercenaires du statut de prisonnier de guerre est cependant atténué de plusieurs manières :

a) on a défini très, et même trop, restrictivement le mercenariat;

b) si le mercenaire revendique le droit au statut de prisonnier de guerre, il bénéficie de ce statut aussi longtemps qu'un tribunal compétent n'a pas tranché cette question préjudicielle (136). Cette règle figurait en termes généraux dans l'article 5 de la troisième Convention de Genève du 12 août 1949 sur le traitement des prisonniers de guerre; elle a été reprise et développée dans l'article 45 du 1^{er} Protocole additionnel qui prévoit notamment que sauf cas exceptionnel, les représentants de la Puissance protectrice ont le droit d'assister à cette procédure;

c) une fois que le mercenaire a été reconnu tel, il reste sous l'empire de l'article 3 commun aux quatre Conventions de 1949 et surtout de l'article 75 du 1^{er} Protocole additionnel qui lui assurent toutes les garanties humanitaires fondamentales.

CONCLUSION

71. L'efficacité juridique des règles internationales qui sanctionnent le mercenaire soit en incriminant son engagement, soit en lui refusant le statut de prisonnier de guerre, reste très aléatoire. Les aléas de son incrimination tiennent à plusieurs facteurs :

- les textes en vigueur qui incriminent le mercenariat ne le définissent pas;
- les textes en vigueur qui définissent le mercenariat ne l'incriminent pas (article 47 du 1^{er} Protocole additionnel qui n'est pas encore en vigueur, mais qui le sera bientôt pour les Etats qui le ratifieront);

(136) Pour un précédent à cette règle, voy. le refus de l'U.R.S.S. d'accorder le statut de prisonnier de guerre aux combattants reconnus coupables de crimes de guerre par un tribunal, à partir du moment seulement où le jugement de condamnation est devenu légalement exécutoire, PICTET, J., *op. cit.*, pp. 449-450.

- les définitions du mercenariat ne sont pas identiques quant à leur autorité juridique, leurs critères et leur champ d'application;
- le critère du mobile, présent dans toutes les définitions (sauf celle de Rabat), est difficile à mettre en évidence;
- les textes qui incriminent le mercenariat ne sont pas directement opposables aux individus (résolutions de l'O.U.A. et des Nations Unies, sauf A/Rés. 3103/XXVIII);
- le seul texte qui incrimine le mercenariat, tout en étant directement opposable aux individus (A/Rés. 3103/XXVIII) ne s'applique qu'à certaines situations particulières : situations coloniales et paracoloniales.

Les aléas de la règle qui refuse le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires sont dus aux imperfections de la définition du mercenariat figurant à l'article 47 du 1^{er} Protocole additionnel. S'y ajoute le fait que dans l'immédiat, cette règle ne lie encore aucun Etat.

72. Notons à ce propos, et de manière générale, que le caractère formellement non obligatoire des textes cités ne les empêche pas nécessairement de produire tout effet juridique : il suffit pour cela qu'un Etat les reconnaisse comme obligatoires et fasse siennes les règles qu'ils contiennent. Une telle reconnaissance reste évidemment relative : elle ne concerne que l'Etat dont elle émane et elle ne l'oblige sur le plan international que dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'un accord informel avec d'autres Etats. Même dans cette hypothèse, ces textes ne sont opposables aux particuliers que s'ils contiennent des dispositions qui leur soient directement applicables, ce qui est le cas de l'article 47 du 1^{er} Protocole, de la Rés. 3103 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, et peut-être aussi des projets de convention de Rabat et Luanda. En outre, ces règles n'ont d'effets dans les Etats qui les ont reconnues qu'à la condition qu'elles soient intégrées à leur droit interne et complétées par des normes pénales précises.

73. Parmi les textes relatifs au mercenariat, ceux qui le sanctionnent comme un fléau en soi, indépendamment de la cause qu'il sert (art. 47) sont les plus criticables. En soi, le mercenariat est comme n'importe quelle arme, ni un bien, ni un mal *a priori*. Tout dépend de son utilisation. Les textes qui le sanctionnent en en tenant compte sont, à cet égard, meilleurs, mais ils devraient être à la fois plus larges et plus précis. Ce qui devrait être sanctionné, c'est le fait pour un individu de rejoindre et d'épouser une cause injuste. Par rapport au droit international positif, ce serait notamment le fait de se mettre au service soit d'une agression internationale, soit d'une intervention ou d'une occupation illicite, soit d'une action contraire au respect de la souveraineté des Etats ou au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Dans cette perspective, pourraient disparaître de la notion non seulement le critère du mobile, mais aussi celui de la nationalité : seul importerait le fait de participer activement et en connaissance de cause, à une entreprise illicite. *Mutatis mutandis*, ce serait l'application aux mercenaires du critère de l'influence directe retenu à Nüremberg et à Tokyo pour déterminer qui devait être reconnu comme pénalement responsable de l'agression nazie et japo-

naise. En l'espèce, la mise en œuvre de ces critères avait cependant été limitée aux principaux dirigeants politiques. Les critères de l'influence directe et de la participation ont été repris par la Commission de droit international dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pour préciser là aussi qui encourait la responsabilité de ces crimes.

74. Cependant, en dehors des précédents de Nüremberg et de Tokyo, on reste dans le domaine du *de lege ferenda*. La logique commande pourtant que le problème du mercenariat soit traité selon ce type de raisonnement, c'est-à-dire en tenant compte d'abord de la légitimité de la cause servie et ensuite du caractère intentionnel et conscient du soutien apporté à cette cause. Ce principe pourrait d'ailleurs être appliqué à des situations voisines : ainsi, en matière de vente d'armes, le marchand de canons serait aussi punissable que le recruteur de mercenaires et le gouvernement qui encourage ou tolère leurs activités dès lors que ces activités visent, non au rétablissement de la légalité internationale, mais à sa transgression.