

LA CONFERENCE DIPLOMATIQUE SUR LA REAFFIRMATION ET LE DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LES GUERRES DE LIBERATION NATIONALE

DEUXIEME PARTIE

LE STATUT DE COMBATTANT LEGITIME DANS LES GUERRES DE LIBERATION NATIONALE

par

Jean J.A. SALMON

L'adoption par la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire de l'article I du Protocole I reconnaissant à certaines guerres de libération nationale le caractère de conflit armé international, ne réglait qu'une partie du problème du statut des combattants dans ces guerres (1).

(1) Voyez la première partie de cet article dans cette *Revue*, vol. XII, 1976/1, pp. 27-52. Depuis la parution de cette première partie, l'article I du Protocole I a fait l'objet d'un vote final. Alors que le 22 mars 1974, ce texte avait été adopté en commission par 70 voix contre 21 et 13 abstentions, le 23 mai 1977, le même texte a été adopté par 87 voix contre 1 et 11 abstentions. En comparant les votes (v. *R.B.D.I.*, 1976, p. 36, note 6), on constate un net glissement en faveur du texte.

Voici le détail du vote définitif :

Votent pour : Liban, Liechtenstein, Luxembourg, Madagascar, Mali, Malte, Maroc, Mauritanie, Mexique, Mongolie, Mozambique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Oman, Ouganda, Pakistan, Panama, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Qatar, République arabe syrienne, République de Corée, République démocratique allemande, République populaire démocratique de Corée, République socialiste du Viet-Nam, République socialiste soviétique de Biélorussie, République socialiste soviétique d'Ukraine, République Unie de Tanzanie, Roumanie, Saint-Siège, Sénégal, Somalie, Soudan, Sri Lanka, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Union des Républiques socialistes soviétiques,

En effet, tout le droit international classique de la guerre repose sur une distinction entre les forces régulières et les autres combattants. Les premières bénéficient, de plein droit, du statut le plus favorable, les seconds, dont la qualité n'est admise que parcimonieusement, doivent répondre à des conditions à ce point rigoureuses que l'exception accordée est pratiquement vidée de sa substance. Les critiques apportées à cette distinction traditionnelle, conduisirent le C.I.C.R. à faire des propositions (article 42 du projet de protocole I) qui firent, à leur tour, l'objet de vives critiques au cours de la première et de la deuxième session de la conférence. La troisième et la quatrième sessions permirent l'élaboration d'un texte de compromis.

Dans les lignes qui suivent, nous examinerons successivement :

- la distinction classique entre forces régulières et autres combattants légitimes et les critiques qu'elle a suscitées;
- les propositions du C.I.C.R. et les critiques qu'elles ont soulevées;
- le compromis final.

A. LA DISTINCTION CLASSIQUE ENTRE FORCES REGULIERES ET AUTRES COMBATTANTS LEGITIMES ET LES CRITIQUES QU'ELLE A SUSCITEES

I. ORIGINE DE LA DISTINCTION

La distinction trouve son origine dans l'article 1 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Annexe A à la Convention IV de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

Cet article 1 du chapitre premier relatif à « la qualité de belligérant » se lit comme suit :

« Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes :

- 1°) D'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés;
- 2°) D'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance;

Uruguay, Venezuela, Yémen, Yémen démocratique, Yougoslavie, Zaïre, Afghanistan, Algérie, Arabie Saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Bangladesh, Belgique, Brésil, Bulgarie, République Unie du Cameroun, Chili, Chypre, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, Danemark, Egypte, Emirats arabes unis, Equateur, Finlande, Ghana, Grèce, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Irak, Iran, Jamahiriya arabe libyenne, Jamaïque, Jordanie, Kenya, Koweït.

Vote contre : Israël.

Abstentions : Monaco, Royaume-Uni, République fédérale d'Allemagne, Canada, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Guatemala, Irlande, Italie, Japon (CDDH/SR. 36, p. 12). (Ci-dessous, nous ne reproduirons plus les lettres CDDH).

- 3°) De porter les armes ouvertement; et
- 4°) De se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre.

Dans les pays où les miliciens ou des corps de volontaires constituent l'armée ou en font partie, ils sont compris sous la dénomination d'armée ».

L'article 2 prévoyait la *levée en masse* :

« La population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de s'organiser conformément à l'article premier, sera considérée comme belligérante si elle porte les armes ouvertement et si elle respecte les lois et les coutumes de la guerre ».

Les personnes amenées à prendre les armes dans une guerre sur terre et ne tombant dans aucune des catégories précitées ne pouvaient relever que de la clause dite de Martens figurant au Préambule de la Convention IV :

« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

Ce système, on le constate, privilégie l'armée classique; les milices et corps de volontaires, pour y être assimilés, doivent répondre à quatre conditions supplémentaires, bien lourdes on le verra plus loin; la levée en masse doit, elle, se conformer à deux conditions supplémentaires. Il n'est pas question de groupes de résistance procédant à la guérilla, bien que le phénomène ait été connu pendant la guerre napoléonienne en Espagne.

A la suite de la seconde guerre mondiale, on s'est rendu compte de l'inadéquation de ce système à la réalité. Les combattants des maquis, les résistants armés, les partisans n'étaient pas couverts par ces dispositions.

L'article 4 de la Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 a prévu en conséquence que :

« A. Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi :

1. les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées;
2. les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :
 - a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés;
 - b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance;
 - c) de porter ouvertement les armes;
 - d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre;
3. les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice;

4. les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé;
5. les membres des équipages, y compris les commandants, pilotes et apprentis, de la marine marchande et les équipages de l'avion civile des Parties au conflit qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu d'autres dispositions du droit international;
6. la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre ».

Cet article, on le voit, reprenait et codifiait les textes antérieurs, en y ajoutant des dispositions relatives aux mouvements de résistance. Cette nouvelle extension de la notion de prisonnier de guerre s'était faite aux quatre conditions onéreuses qui avaient été imposées, en 1907, aux membres des milices et corps de volontaires, sans compter l'obligation d'appartenir à une Partie au conflit (2).

2. CRITIQUE DU SYSTEME TRADITIONNEL

Le système traditionnel était certes diversement apprécié. Une grande partie de la doctrine se contentait de le décrire, sans estimer avoir à prendre position sur la question. Une autre partie de la doctrine émettait depuis quelques années des critiques sévères à l'égard d'un système qui avait pour effet de rejeter en dehors de la protection du droit humanitaire, les combattants des très nombreuses guerres de libération nationale que le monde a connues depuis 1949.

Les conditions posées par la Convention de 1949 suscitaient les remarques suivantes.

a) *La nécessité que le mouvement de résistance appartienne à une Partie au conflit armé* soulève une première difficulté : il faut que l'on admette que le mouvement de libération nationale est une « Partie » au conflit. On peut certes défendre que le statut de droit international du mouvement de libération dérive du droit international et que la non-reconnaissance de ce mouvement par le gouvernement colonial n'affecte pas cette situation du fait

(2) Les conditions sont bien sûr imposées aux mouvements plutôt qu'aux membres pris individuellement.

du paragraphe 3 du même article (3), mais il n'en demeure pas moins qu'en pratique, la charge de la preuve reposait sur le mouvement et que les colonisateurs ou autres occupants ont fait la sourde oreille.

b) La condition que *le mouvement ait à sa tête une personne responsable pour ses subordonnés* n'a en revanche fait l'objet, à notre connaissance, d'aucune critique. Chacun accepte la nécessité que le mouvement possède un certain degré d'organisation, y compris une structure suffisante de commandement. Les mouvements de libération nationale n'ont, à la vérité, jamais failli à cette condition. Encore fallait-il que le colonisateur veuille bien le reconnaître.

c) *Avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance et porter ouvertement les armes.*

Ces conditions reflètent les exigences des armées régulières dans les guerres de type classique. Dans le type de guerres qu'il a conduites ou essayées dans tous les coins du globe depuis le XVIII^e siècle, l'Occident se servait essentiellement des armées de type classique et refusait une quelconque protection aux autres combattants, rejetés dans l'irrégularité à partir du moment où ils n'utilisaient pas les mêmes méthodes de lutte que les siennes.

Ce modèle culturel est certes encore susceptible de trouver application dans une guerre contemporaine de type classique, à condition cependant que les deux parties au conflit soient à peu près de force égale et que l'une d'entre elles ne soit pas forcée, à un moment ou à un autre, de recourir à une autre méthode de lutte : la guérilla.

En revanche, ce modèle n'est pas normalement celui des luttes de libération nationale, si on excepte le stade final de certains conflits où la guerre révolutionnaire s'est transformée en guerre de type classique (le conflit vietnamien en 1954 ou 1975 par exemple). Dans la plupart des cas, les guerres de libération nationale ont eu la forme de guerre de guérilla dans laquelle la distinction entre le combattant et la population civile tendait à s'estomper. Les conditions historiques ne laissaient pas d'autre choix aux révolutionnaires. Etant donné la disproportion entre les forces en présence et, en particulier, l'opposition entre, d'une part, des armées modernes dotées de méthodes de combat sophistiquées (rôle des forces aériennes, chars d'assaut, armes ultra-modernes) et, d'autre part, des forces populaires sans couverture aérienne, pratiquement sans équipement ni uniforme et avec des armes

(3) Voyez ABI SAAB, G., « Wars of National Liberation and the Laws of War », *Annales d'Etudes internationales* 1972, pp. 93-117, spécialement à la p. 109, et la position du C.I.C.R. (soulignée par CHAUMONT, Ch., « La recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla en droit international humanitaire contemporain », *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p. 52) qui, dans son rapport sur la guérilla, avait envisagé la reconnaissance d'« une certaine personnalité internationale par un ou plusieurs Etats, voire par la Communauté internationale (Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève 24 mai - 12 juin 1971, VI Règles applicables dans la guérilla, doc. CE/6, Genève, janvier 1971, p. 19).

limitées et comparativement primitives, la seule méthode de combat ne signifiant pas la destruction inéluctable et systématique était la guerre de guérilla, guerre révolutionnaire reposant sur l'appui des populations civiles avec lesquelles le combattant tend à ne pas se distinguer, d'une part, des opérations de surprise, camouflées d'autre part.

Comme l'a fort bien écrit Charles Chaumont : la guérilla s'explique :

« en partie par les inégalités existant entre les moyens militaires et logistiques des occupants et ceux des résistants : la guérilla s'efforce de compenser ces inégalités par des procédés de lutte spécifiques. La surprise, l'embuscade, le sabotage, le combat de rues ou le combat au maquis se substituent à la guerre en rase campagne et à l'affrontement d'unités militaires comparables.

Dans ces procédés, le port d'armes apparent et le signe distinctif peuvent, ou bien n'avoir pas de signification (pour le sabotage et l'embuscade par exemple) ou bien être réellement incompatibles avec l'efficacité de la lutte (par exemple lorsque les guérilleros s'appuient sur la population ou sont mêlés à elle).

Dès lors refuser les procédés spécifiques, c'est refuser la guérilla.

Le droit humanitaire, pour être objectif et crédible doit laisser à chaque partie des chances égales dans le combat : si une norme de ce droit est incompatible avec ce principe et rend impossible d'avance pour l'une des parties la perspective de la victoire, mieux vaut renoncer à établir la norme » (4).

L'exigence de ces conditions apparaît à la réflexion d'autant plus inégalitaire que les armées coloniales ou occupantes utilisent des méthodes de guerre où le camouflage joue un rôle important lorsque les fantassins sont en ligne, et où le plus clair des opérations militaires se fait par l'entremise d'engins où les hommes ne sont nullement visibles.

Imposer aux guérilleros d'avoir un signe distinctif reconnaissable à distance et de porter ouvertement les armes, alors qu'ils s'opposent à des attaques aériennes, relève du cynisme ou de la cécité intellectuelle du juriste formaliste qui se refuse à voir les conséquences concrètes du texte juridique abstrait.

d) La dernière condition — que *le mouvement se conforme dans ses opérations aux lois et coutumes de la guerre* — ne suscite d'autres critiques que celles découlant du caractère discriminatoire de la condition. Pourquoi, en effet, exiger cette condition comme une *condition de recevabilité* du caractère de combattant légitime, alors qu'on ne l'impose pas aux armées classiques ? Les armées classiques qui ont violé dans leurs opérations les lois et coutumes de la guerre, ne se comptent plus. On n'en a pas, pour autant, refusé à leurs membres le statut de prisonnier de guerre. Rares sont, au surplus, les criminels de guerre des armées colonialistes et occupantes qui depuis ces vingt dernières années ont été soumis à une procédure de jugement pourtant prévue et admise par la Convention III de Genève.

On juge ainsi combien discriminatoire est l'exigence imposée aux mouvements de libération nationale et aux mouvements de résistance.

(4) *Op. cit.*, p. 50.

B. LES PROPOSITIONS DU C.I.C.R. ET LES CRITIQUES QU'ELLES ONT SOULEVEES

Devant les critiques faites au texte traditionnel, les propositions du C.I.C.R. étaient bien timides. Elles étaient contenues dans l'article 42 du projet de protocole additionnel I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux.

Ce projet d'article avait le contenu suivant :

« Statut de prisonnier de guerre.

Article 42. — Nouvelle catégorie de prisonniers de guerre.

1. En plus des personnes visées par l'article 4 de la III^e Convention, sont prisonniers de guerre les membres des mouvements organisés de résistance tombés au pouvoir de l'ennemi, pourvu que ces mouvements appartiennent à une Partie au conflit, même si cette Partie est représentée par un Gouvernement ou une Autorité non reconnue par la Puissance détentrice, et pourvu que ces mouvements remplissent les conditions suivantes :

- a) être placés sous un commandement responsable pour ses subordonnés à l'égard d'une Partie au conflit;
- b) se distinguer, dans les opérations militaires, de la population civile;
- c) se conformer, dans les opérations militaires, aux Conventions et au présent Protocole.

2. La non-observation des conditions ci-dessus par des membres isolés du mouvement de résistance ne privera pas du statut de prisonnier de guerre les autres membres du mouvement. Les membres du mouvement de résistance qui auraient commis des violations des conventions et du présent Protocole bénéficieraient, en cas de poursuites pénales, des garanties judiciaires prévues par la III^e Convention et conserveront, même s'ils sont condamnés, le statut de prisonnier de guerre ».

A ce texte était joint la *remarque* suivante :

« Si la Conférence diplomatique décidait, comme de nombreux gouvernements l'ont souhaité, de mentionner dans le présent Protocole les membres des mouvements de lutte armée pour l'autodétermination, une solution serait d'inclure dans cet article un troisième alinéa ainsi libellé :

« 3. Dans les cas de luttes armées dans lesquelles les peuples exercent leur droit à disposer d'eux-mêmes tel qu'il est garanti par la Charte des Nations Unies et par la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, les membres des mouvements organisés de libération qui rempliraient les conditions ci-dessus seront traités comme prisonniers de guerre aussi longtemps qu'ils seront détenus ».

L'assimilation des luttes de libération nationale aux conflits internationaux ayant été admise par l'article 1 du Protocole I, les deux premiers alinéas de l'article 42 du projet du C.I.C.R. trouvaient à s'appliquer aussi bien aux conflits interétatiques traditionnels qu'aux conflits internationaux nouveaux prévus par l'article 1 du Protocole I. C'est pourquoi le délégué du C.I.C.R. renonça, dès sa première intervention, au troisième alinéa du projet.

Dans la philosophie de l'article 42 du projet du C.I.C.R., la lutte de libération nationale était conduite par une armée régulière ou par des guérilleros. Si elle était le fait d'une armée régulière, le droit traditionnel

s'appliquerait; si elle était menée par des guérilleros, le statut des résistants (tel qu'il est d'ailleurs amendé par l'article 42) serait applicable.

Cette philosophie a été mise en cause par le représentant de l'Algérie qui a fait les remarques pertinentes suivantes :

« ... Son économie [de l'article 42] ne correspond plus, selon nous, à la situation qui découle de l'adoption de l'article 1 : à savoir, le principe d'égalité, au sein d'un conflit considéré comme international, entre les parties au conflit, c'est-à-dire les troupes qui constituent le mouvement de libération et la Partie adverse qui est dans la plupart des cas une armée de type classique.

3. Ce principe d'égalité entraîne comme conséquence logique que le combattant d'un mouvement de libération tombé aux mains de l'ennemi doit être considéré comme un prisonnier de guerre au sens de la III^e Convention de Genève de 1949. Toute autre façon d'envisager la question qui consisterait, comme le fait le texte du C.I.C.R., ainsi que certains amendements, à exiger que le combattant d'un mouvement de libération remplisse des conditions précises pour pouvoir bénéficier du statut de prisonnier de guerre, placerait celui-ci dans une situation d'infériorité juridique et pratique face au soldat de la Partie adverse ouvrant ainsi la voie à toutes les violations » (5).

Il s'agissait là d'une critique fondamentale qui tendait à obtenir que la guerre de guérilla soit acceptée comme telle et que cesse la discrimination *politique* dont elle fait l'objet. Rien ne justifie, en effet, sinon des choix politiques, le fait de privilégier le combattant d'une armée classique par rapport au guérillero.

L'analyse des diverses critiques émises à propos du projet du C.I.C.R. confirme que la vision de ce dernier restait fondamentalement classique et discriminatoire.

a) *Le commandement responsable*

Selon l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 42 du projet du C.I.C.R., les mouvements devaient « être placés sous un commandement responsable pour ses subordonnés à l'égard d'une partie au conflit ».

Il n'y a guerre d'objections sur la nécessité de ce commandement responsable, mais bien sur le point de savoir si ce critère doit *conditionner* l'octroi du statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Il suffit qu'il y ait une règle de *fond* imposée au mouvement sans en faire une règle de *recevabilité* de la qualité de mouvement dont dépend celle de prisonnier de guerre pour les membres du mouvement.

C'est ainsi qu'il convenait d'analyser la proposition norvégienne qui estimait que ce critère devait figurer à l'article 41 relatif à l'organisation et la discipline plutôt qu'à l'article 42 (6). Dans le même sens, le représentant du

(5) Intervention à la 35^e séance du 21 mars 1975 par M. Abada, III/SR. 33-36, *Annexe*, p. 81.

(6) III/SR. 33-36, *Annexe*, p. 38, intervention du 19 mars; v. aussi l'amendement norvégien n° 259.

Ghana proposait d'ajouter les mouvements de libération nationale à la mention des mouvements de résistance se trouvant à l'article 41 :

« En effet tout comme les mouvements de résistance, les mouvements de libération doivent être organisés et disciplinés » (7).

b) *La distinction, dans les opérations militaires, de la population civile.*

Deux courants se sont fait jour pendant les débats de la conférence en 1975. L'un d'entre eux qui souhaitait conserver les deux critères traditionnels de l'article 4 A 2) de la Convention III de Genève, c'est-à-dire le port ouvert des armes et du signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, l'autre qui exigeait la suppression totale de ces conditions.

Du premier courant, on mentionnera : la République du Viet-Nam - ex-Gouvernement Thieu (8), l'Argentine (9), l'Espagne (10), la Grèce (11), les Pays-Bas (12), les Etats-Unis et le Royaume-Uni (13) et Israël (14). La justification habituellement donnée est que c'est seulement grâce aux modes de distinction traditionnels que la population civile peut être protégée. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

Le second s'opposait aux deux critères traditionnels. Ici encore, il s'agissait d'un débat *politique*, nous dirions volontiers *culturel*. La tradition culturelle occidentale pousse le juriste à ne concevoir le combattant que comme le soldat rutilant, armé de pied en cap, professionnel casqué et chamaré du combat. C'est là une conception de riche adoptée sans qu'il s'en doute ou veuille en prendre conscience.

Plusieurs représentants ont insisté sur cette question à propos notamment du port de l'*uniforme*.

Déjà à propos de l'article 40 qui exclut de la notion d'espion « les membres des forces armées en uniforme », le représentant de la République Démocratique du Viet-Nam a déclaré ceci, commentant son amendement CDDH/III/245 qui consistait à supprimer les mots « en uniforme » :

« L'uniforme peut être exigé dans les situations de guerre visées par le Règlement de La Haye, annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre : quand les deux parties en guerre sont des pays

(7) III/SR. 30, intervention du 13 mars 1975, p. 208, et amendement n° 28. L'amendement du Ghana fut soutenu par l'U.R.S.S. (III/SR. 30, p. 208), le Nigéria, l'Inde, la Côte d'Ivoire (p. 209), ainsi que par la Yougoslavie (p. 210). V. aussi l'amendement n° 256 présenté par les Pays-Bas, et l'amendement n° 11 déposé par le Pakistan.

(8) Amendement n° 5 Rev. 1 et intervention du 19 mars 1975, III/SR. 33-36, *Annexe*, p. 8.

(9) Intervention du 19 mars 1975, *ibidem*, p. 37.

(10) Intervention du 19 mars 1975, *ibidem*, p. 20.

(11) Intervention du 20 mars 1975, *ibidem*, p. 46.

(12) Amendement n° 256.

(13) Amendement n° 257.

(14) Intervention du 21 mars 1975, III/SR. 33-36, *Annexe*, pp. 97-98.

industrialisés d'Europe à peu près au même degré de développement économique et militaire et lorsque l'activité des armées est complètement distincte de la vie de la population civile. Mais, à l'heure actuelle, dans les guerres menées aux fins de l'auto-détermination, les armées n'ont souvent pas assez d'uniformes. En outre, les activités des armées de libération sont intimement liées à la vie de la population civile ».

(...)

Puisqu'il s'agit, en fait, de distinguer le civil du militaire — ce que le port de l'uniforme permet de faire dans le cas de guerre « classique » — il conviendrait de fixer, pour les structures nouvelles des guerres néo-coloniales, d'autres critères de non-clandestinité, comme par exemple, l'appartenance à une organisation militaire ou à un commandement responsable » (15).

Comme l'a répété le représentant de la République Démocratique du Viet-Nam à propos de l'article 42 :

« Les combattants des mouvements de libération nationale n'ont pas d'uniforme; même leurs forces armées — constituées après de nombreuses années de lutte — n'ont pas toujours d'uniforme » (16).

Un représentant du Zimbabwe (Z.A.N.U.) a de même insisté sur le fait que les combattants de la liberté :

« ne peuvent s'offrir le luxe d'uniformes et d'emblèmes. Il n'est pas rare de voir un guérillero livrer bataille, ayant pour seul uniforme un pantalon court en lambeaux.

La caractéristique de la guérilla est la grande inégalité qui règne entre les deux parties, d'un côté le mouvement de libération nationale et de l'autre les armées des régimes coloniaux et racistes » (17).

Le critère du port de signes distinctifs ou d'armes a été jugé irréaliste même sous sa forme édulcorée proposée par le C.I.C.R. par diverses délégations : du Lesotho (18), de l'Algérie (19), du Nigéria (20) et de Madagascar (21).

Une motivation plus approfondie a été donnée par le représentant de la République Démocratique du Viet-Nam. Selon lui, la condition de visibilité pouvait être compréhensible dans les formes de guerre classique visées en 1907-1949 ayant les trois caractéristiques suivantes :

- les deux parties en guerre sont des pays européens industrialisés ayant atteint un niveau de développement économique et militaire équivalent;
- ces pays peuvent exercer des représailles sur le territoire ennemi;
- l'activité des armées est complètement distincte de la vie de la population civile (22).

(15) III/SR. 30, 13 mars 1975, pp. 205. L'amendement fut appuyé par l'Algérie et par la Roumanie (*ibid.*, p. 206).

(16) III/SR. 33-36, Annexe, p. 24, intervention du 19 mars 1975.

(17) *Ibidem*, p. 120, intervention du 24 mars 1975.

(18) *Ibidem*, p. 59, intervention du 20 mars 1975.

(19) *Ibidem*, p. 82, intervention du 21 mars 1975.

(20) *Ibidem*, p. 92, intervention du 21 mars 1975.

(21) *Ibidem*, p. 14, intervention du 19 mars 1975 et amendement III/73.

(22) III/SR. 33-36, Annexe, intervention du 19 mars 1975, 33^e séance, § 7, p. 23.

Or, dans les luttes de libération nationale où il s'agit de guerres populaires contre le colonisateur ou l'occupant étranger, la lutte des combattants est inséparable de l'appui de la population civile (23).

« 13. Du côté des armées de libération nationale, du fait intrinsèque et originel que ce sont des armées de peuples faibles en matériel militaire en lutte contre des ennemis puissants et surarmés, leurs activités et leur vie sont inséparables de la population civile. C'est la nouvelle loi de la guerre du peuple. C'est une nécessité historique matérielle des guerres de libération nationale.

14. Tout le monde sait que dans les guerres de guérilla, le combattant doit utiliser le voile de la nuit pour n'être pas la cible des armes modernes de l'adversaire. Dans ces conditions, l'esprit d'humanité consisterait-il à l'obliger à porter des signes ou des uniformes qui le distingueraient « dans les opérations militaires de la population civile ? » Ce serait exposer ce combattant à la puissance de feu infernale des impérialistes agresseurs qui monopolisent la technique moderne des armes.

... on aboutirait au résultat pratique de servir la tactique contre-guérilla des impérialistes agresseurs » (24).

Le représentant du Zimbabwe (Z.A.N.U.) a souligné également que :

« ...

Les membres de cette organisation [d'avant-garde du peuple] ne peuvent se distinguer de la population. Un guérillero dépend pour sa survie de sa confiance dans la population et de son étroite coopération avec elle. Il dépend aussi de la population civile pour sa nourriture et quelquefois pour son logement » (25).

Pour concrétiser son point de vue, le représentant de la République Démocratique du Viet-Nam a présenté un projet d'amendement CDDH/III/253 :

nouvel alinéa 3 :

« Tous les combattants des mouvements de libération dans les conflits armés visés par l'alinéa 2 de l'article 1 nouveau, pourvu que ces mouvements remplissent les conditions énoncées à l'alinéa 1 a et c), une fois capturés, auront le statut de prisonnier de guerre aussi longtemps qu'ils seront détenus.

Les membres isolés de ces mouvements seront régis également par l'alinéa 2 ».

(23) Voyez également la distinction faite par CHAUMONT, Charles entre la guérilla « géographiquement et tactiquement séparée des civils » et « le cas d'immersion dans la population civile » comme à Cuba et au Vietnam.

« Dans le cas d'immersion », les résistants sont comme une sorte « d'armée des ombres » indéterminée et indéterminable au premier abord; et la base-guérilla est au sein de la population, elle est à certains égards la population elle-même » (*op. cit.*, p. 55).

(24) III/SR. 33-36, Annexe, intervention du 19 mars 1975, 33^e séance, §§ 13-14, p. 24.

(25) *Ibidem*, p. 120, intervention du 24 mars 1975; v. aussi ABISAAB, G., *op. cit.*, pp. 114-115 : « ... the freedom fighters have to hide among the masses and depend on their passive support by not being denounced by them, and on the active support of the most politically conscious and active segment of the population in the form of food, shelter and information as well as new recruits. This support is by definition forthcoming in a community taking up arms to achieve its right of self-determination in the face of its forcible denial ». V. encore intervention du délégué du Pan Africanist Congress, le 24 mars 1975, III/SR. 33-36, Annexe, p. 113.

Le représentant vietnamien a expliqué ainsi son point de vue :

« 4. La seule différence entre ces deux catégories [mouvements organisés de résistance et mouvements des peuples en lutte armée pour leur droit à disposer d'eux-mêmes] serait que les membres de la première catégorie doivent remplir la condition de visibilité, c'est-à-dire qu'ils doivent « se distinguer dans les opérations militaires, de la population civile » aux termes de l'alinéa 1 b) de l'article 42 du projet du C.I.C.R. Tandis que ceux de la seconde catégorie seraient exempts de cette condition » (26).

A notre sens, cet amendement avait le tort de distinguer les mouvements de libération nationale de ceux de résistance. Dans les deux cas, il s'agit de lutter contre l'occupation étrangère et l'article 1 du Protocole I ne distingue plus les deux hypothèses.

Le représentant de la France, rappelant de manière émouvante l'expérience des résistants clandestins de la seconde guerre mondiale, a insisté avec raison sur ce que :

« Ils sont organisés en « réseau » mais leur caractéristique est précisément que rien ne les distingue et ne doit les distinguer de la population civile » (27).

La Norvège a également fait une proposition d'amendement (28) particulièrement digne de retenir l'attention. Cet amendement changeait toute la structure de l'article 42 qui se bornait à définir « les combattants légaux ».

« 1. Sont combattants légaux — outre les personnes visées par l'article premier du Règlement de La Haye de 1907 — les membres des forces armées d'une Partie au conflit désignées à l'article 41 du présent Protocole, même si cette Partie est représentée par un Gouvernement ou une Autorité non reconnus par l'adversaire.

2. Nonobstant l'article 4 de la III^e Convention, tous les combattants légaux qui tombent au pouvoir de l'ennemi, ont droit au statut de prisonniers de guerre, au sens de la III^e Convention ».

Quant à la condition de visibilité, la Norvège en faisait une règle de fond applicable à tous les combattants, en ajoutant à l'article 33 du projet un nouvel alinéa :

« Les combattants se distingueront, dans les opérations militaires, de la population civile ».

Le représentant de la Norvège s'en est expliqué comme suit :

« 6. Toutefois, nous pensons qu'il serait beaucoup plus approprié de réaffirmer ce principe dans l'article 33 en en faisant une norme fondamentale du droit international, applicable à toutes les forces armées plutôt qu'une condition à l'octroi du statut de prisonnier de guerre en cas de capture... »

« La portée de l'alinéa 1 b) figurant dans le projet de texte du C.I.C.R. est, en cas de capture, de priver une certaine catégorie de combattants des garanties fondamentales

(26) III/SR.33-36, *Annexe*, intervention du 19 mars 1975, p. 22.

(27) *Ibidem*, p. 100, intervention du 24 mars 1975, p. 100.

(28) III/259.

énoncées dans la III^e Convention de Genève de 1949, relativement aux prescriptions de droit pénal, aux poursuites judiciaires et à l'exécution de sanctions, s'ils étaient inculpés en violation collective du principe en question » (29).

La proposition norvégienne était indéniablement positive en ce qu'elle tendait à supprimer la discrimination entre guérillero ou résistant et combattant classique, en ne faisant plus du caractère de visibilité du mouvement une condition de *recevabilité* de la qualité de prisonnier de guerre.

On lui a reproché, comme à tout le courant libéral, d'amenuiser la distinction entre combattants et populations civiles.

Il convient de s'arrêter un moment à ce postulat classique prétendument humanitaire qui, sous le prétexte du respect du principe de la protection des civils, refuse concrètement le statut de prisonnier de guerre aux guérilleros et aux résistants.

Cette règle abstraite a, en fin de compte, pour effet d'essayer de couper les guérilleros et les résistants de leur base qui est la population civile. Cette règle n'est donc que la continuation de la lutte anti-guérilla du plan militaire sur celui du droit.

On ne peut cependant se laisser abuser par ce prétendu humanisme. La question n'est pas en effet d'imaginer des luttes de libération nationale qui veillent bien se conformer aux règles du jeu établies en 1907 ou en 1949 par les Etats occidentaux, mais bien de savoir si le droit daignera s'adapter aux faits. Or les faits, au cours de ces vingt, voire trente dernières années, ont montré que les résistants et les guérilleros ne peuvent se maintenir que grâce au soutien de la population civile où, selon la formule célèbre, résistants et combattants révolutionnaires se trouvent comme un poisson dans l'eau.

Que le juriste formaliste l'accepte ou non, la réalité est telle et toutes les guerres de libération sanglantes que l'Afrique et l'Asie ont connues face au colonialisme et à l'impérialisme se sont déroulées de cette façon. Les instructions données par tous les mouvements de guérilla à propos des relations des combattants avec la population civile sont, à cet égard, éclairantes. Il ne s'agit que de conseils de correction et de coopération, joints aux directives politiques (cf. le cas algérien, cubain, chinois, vietnamien, colonies portugaises, etc.).

Face à cette attitude respectueuse (faute de quoi le combattant se coupe de sa base) de la population civile, le colonisateur ou l'impérialiste ne respecte ni le combattant auquel il ne donne pas le statut de prisonnier de guerre, *ni le civil*, car tout civil est un ennemi potentiel (cf. la fameuse phrase qu'« il n'est de bon Vietnamien, qu'un Vietnamien mort »).

Georges Abi Saab, dans son article précité (30), a bien montré combien la tactique anti-guérilla consiste à effectuer des arrestations en masse, des prises d'otages, des tortures pour obtenir des informations, des expulsions, exécu-

(29) III/SR. 33-36, Annexe, p. 39, intervention du 19 mars.

(30) p. 115.

tions et représailles massives, des destructions de maisons ou de villages. Il a également mis en lumière combien les armées anti-guérilla opèrent pour couper les guérilleros des masses, en regroupant les populations dans des centres et villages fortifiés affublés de noms lénifiants, mais constituant en fait des camps de concentration, en déclarant certaines zones : zones de tir libre (*free fire zones*) en utilisant des armes aveugles anti-personnel et anti-matériel, précisément conçues pour frapper la population civile en détruisant l'environnement et toute possibilité de vie dans les régions qui soutiennent la guérilla.

Que dans ces conditions de bons apôtres soutiennent qu'assimiler le guérillero au « combattant légitime » (cette formulation en dit long) porterait atteinte à la distinction combattants — population civile, relève à la limite de la naïveté ou de la duperie. *De toute manière*, la population civile et les guérilleros seront massacrés (31).

On peut légitimement plaider l'inverse. C'est que l'adoption de règles plus larges relatives aux formes de combat et l'admission par le droit *du fait* de l'immersion de la guérilla, obligerait l'armée traditionnelle à plus d'humanité tant du côté des combattants que de la population civile.

c) *Conformité dans les opérations militaires aux Conventions et au présent Protocole.*

On notera tout d'abord que le texte du C.I.C.R. était plus libéral que le texte classique (1907 et 1949) qui réclamait du groupement :

« de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre ».

Le texte C.I.C.R. était plus libéral en ce qu'il se bornait à exiger la conformité aux seules conventions et Protocole d'une part, dans les seules opérations *militaires* d'autre part.

Ce second point est important car l'ensemble des obligations des conventions peuvent être lourdes pour un mouvement de libération nationale — tout comme pour des résistants, voire de petits États — nous l'avons signalé dans la première partie de cet article.

Ce paragraphe a fait l'objet de quelques propositions d'amendement. Certaines tendent à élargir la portée du droit à respecter aux « autres règles de droit international applicables dans les conflits armés » (amendement des États-Unis et de la Grande-Bretagne, III/257) (32).

D'autres aspirent à revenir au texte de 1907-1949 comme l'amendement de l'Argentine (III/258) ou comme la proposition helvétique :

(31) Cf. l'observation du délégué norvégien le 24 mars 1974 ; « Tout traitement discriminatoire... risquerait de déchaîner la violence et la contre-violence qui, dans le passé, a été trop souvent le trait caractéristique des opérations de guérilla et dont, en fin de compte, la population civile a toujours obligatoirement fait les frais », III/SR. 33-36, Annexe, p. 111.

(32) Voyez aussi l'amendement norvégien III/259 à l'article 41, § 2.

« 7. ... la délégation suisse voudrait que l'on fasse du principe énoncé à l'alinéa 1 c) un principe continu, universel et suggère que l'on supprime les mots « dans les opérations militaires » et remplace l'obligation prévue par celle de « se distinguer dans la région où ont lieu des combats terrestres de la population civile » (33).

La portée anti-guérilla et le caractère éminemment politique de cette proposition ne souffrent aucun doute.

Dans le sens inverse, on notera simplement la proposition ghanéenne (III/28) tendant à n'assurer la conformité aux Conventions et au Protocole que « dans la mesure du possible », proposition de caractère peu souhaitable.

La très grande majorité des délégations ne semble pas avoir mis en cause l'exigence du respect par les combattants dans leurs opérations militaires, du droit de la guerre. Ce qui, en revanche, a été critiqué par plusieurs délégations, et encore une fois par la Norvège en tête, c'est la discrimination que le texte C.I.C.R. continue à comporter entre forces armées régulières et guérilleros ou résistants.

Les membres des forces armées régulières conservent, en cas de capture, leur statut de prisonnier de guerre en vertu des articles 4, 5 et 85 de la III^e Convention de Genève de 1949, même s'ils n'ont pas respecté les lois et coutumes de la guerre.

Au contraire, les guérilleros ou résistants, pour obtenir le statut de prisonnier de guerre, doivent encore prouver que leur mouvement se conforme au droit de la guerre. C'est là, à l'évidence, une inégalité, une discrimination de départ entre eux et les membres des forces classiques.

Par son amendement III/259, la délégation norvégienne a essayé de faire disparaître cette inégalité en supprimant l'exigence de la conformité au droit de la guerre à l'article 42 où elle opérait comme une *condition de recevabilité* et en l'incluant à l'article 41, paragraphe 2, où elle jouerait comme une règle de *fond*.

« ... leur régime de discipline [celui des forces armées y inclus les milices, corps de volontaires et mouvements organisés de résistance ou de libération] devra pouvoir imposer le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés, y compris les conventions et le présent protocole » (34).

Ce point de vue a été soutenu par de très nombreux pays : l'Algérie, la Belgique, la Finlande, la Suède, la France, la Mongolie, Madagascar, l'U.R.S.S. et le Zimbabwe (35).

Le représentant de la Finlande a notamment émis le point de vue suivant :

« 6. ... l'alinéa 1 c) concernant le respect des Conventions et du Protocole devrait être la condition la plus facile à éliminer, il s'en suit que l'obligation découlant de cette condition devrait être précisée du fait que la Partie au conflit a ratifié, accordé ou

(33) III/SR. 33-36, *Annexe*, p. 68, intervention du 21 mars.

(34) V. aussi intervention du délégué norvégien, le 19 mars 1975, III/SR. 33-36, *Annexe*, p. 39.

(35) V. *Annexe* précitée, pp. 111 et 116.

donné son adhésion à ces instruments. La répétition de cette obligation dans l'article 42 traitant du statut de prisonnier de guerre semble mettre les forces irrégulières dans une position d'infériorité par rapport aux forces régulières puisque l'application de la III^e Convention de Genève à la dernière catégorie de forces est une règle générale indépendante du fait que l'armée régulière dans son ensemble, ou l'Etat qu'elle représente, se conforme à cette Convention » (36).

Dans une contribution à la Conférence de San Remo en 1975 (37), M. J. De Breucker a souligné ainsi les avantages de la proposition norvégienne :

« 1) Elle établit d'office que les membres des mouvements de résistance sont des combattants ayant droit au statut de prisonnier de guerre; ils seront par conséquent habilités à jouir du traitement de la troisième Convention et, le cas échéant, être poursuivis selon les règles de celle-ci pour des infractions individuelles antérieures à leur capture;

2) La proposition norvégienne ventile aux articles 41, 33 et 35 du Protocole les conditions posées à l'article 42 en les imposant à *tout* combattant soldat du type classique ou membre d'un mouvement de résistance. La proposition de la Norvège procède de l'idée que tous les combattants, soldats du type classique ou autre, doivent être rigoureusement traités en cas de capture sur pied d'égalité ».

Au passif de l'amendement, M. De Breucker relevait :

- le problème de la preuve de l'appartenance à un mouvement (mais c'est là un problème général);
- la possibilité d'abus par de « simples terroristes — s'efforçant de se couvrir d'une couleur de résistance », mais on répondra que de tels abus ne sont pas plus à craindre que ceux qui se produisent en sens contraire;
- la possibilité d'encourager la pratique des procès contre les prisonniers de guerre, mais ici encore la pratique n'est pas en ce sens et tout compte fait, cette pratique serait moins odieuse que celle qui constitue à abattre sur le champ « les rebelles terroristes »;
- l'effacement de la distinction civils - combattants; nous y avons répondu plus haut.

C. LE COMPROMIS FINAL

A la fin de la 3^e session de la Conférence (avril-juin 1976), le groupe de travail formé pour étudier la question de l'article 42 ne se trouvant pas, faute de *consensus*, en mesure d'adopter un texte, se borna à distribuer un projet (38) sous la responsabilité du président. Ce texte était le résultat d'efforts de

(36) III/SR. 33-36, *Annexe*, p. 80, intervention du 21 mars.

(37) Inédite, intitulée « Notion de combattant légitime à la lumière de l'alinéa 1, de l'article 42 ainsi qu'à la lumière des amendements proposés à l'article 42 », p. 11 du texte dactylographié. Cette note a été présentée à la seconde table ronde sur les problèmes actuels du droit humanitaire à San Remo, les 3-6 septembre 1975.

(38) III/362.

compromis auquel avaient œuvré, en particulier, les représentants de la Norvège, des États-Unis, de la R.F.A. et de la République démocratique du Viet-Nam (39).

Le projet fut donc renvoyé à la 4^e session de la Conférence (avril-mai 1977), où il apparut rapidement que le texte, en dépit des faiblesses que certaines délégations soulignaient, représentait un équilibre dans le compromis que personne ne souhaitait remettre en cause. C'est ce texte qui fut finalement adopté.

Avant d'en faire l'analyse, il faut cependant remarquer que les idées du délégué de la Norvège ayant fait leur chemin, certains aspects du problème ont été réglés par d'autres dispositions. Ainsi, l'article 43 et l'article 96 reconnaissent aux mouvements de libération nationale la qualité de Partie au conflit et assurent l'application au conflit des dispositions des Conventions et du Protocole. L'article 43 définit, de manière large, les forces armées afin d'y inclure les combattants des groupes de résistance ou de guérilla. Enfin, le même article 43 impose à toutes les forces armées la nécessité d'un commandement responsable et l'obligation de respecter les règles du droit international applicable dans les conflits armés.

Examinons d'abord ces différents points.

LES MOUVEMENTS DE LIBERATION NATIONALE ONT LA QUALITE DE PARTIES AU CONFLIT

Ce premier acquis résulte du paragraphe 4 de l'article 1 que nous avons examiné dans la première partie de cet article. Ceci a été rappelé à bon escient dans le rapport de la 3^e Commission à l'issue de la 3^e session :

« ... comme dans d'autres passages du Protocole, l'expression « Partie à un conflit » englobe les mouvements de libération nationale, en vertu des dispositions de l'article 1^{er}, § 4 du projet de Protocole I » (40).

Seuls les mouvements de libération nationale qui entrent dans le champ de cette définition ont cette qualité. Les autres mouvements relèvent du Protocole II relatif aux conflits non internationaux.

LES MOUVEMENTS DE LIBERATION NATIONALE PARTIES A UN CONFLIT PEUVENT SE VOIR APPLIQUER LES CONVENTIONS ET LE PROTOCOLE I

L'application des Conventions et du Protocole I aux mouvements de libération nationale a été adroitement organisée par l'article 96 du Protocole I, notamment en ses paragraphes 1 et 2 :

(39) III/SR. 50.

(40) 236/Rev. 1, § 42.

« Art. 96 — *Rapports conventionnels dès l'entrée en vigueur du présent Protocole.*

1. Lorsque les Parties aux Conventions sont également Parties au présent Protocole, les Conventions s'appliquent telles qu'elles sont complétées par le présent Protocole.

2. Si l'une des Parties au conflit n'est pas liée par le présent Protocole, les Parties au présent Protocole resteront néanmoins liées par celui-ci dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par le présent Protocole envers ladite Partie, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions ».

Ainsi, sans faire formellement des mouvements de libération nationale parties à un conflit international, une partie aux Conventions et au Protocole I, on aboutit au même résultat en précisant les effets juridiques de l'engagement unilatéral pris par l'autorité représentant le peuple.

LA DEFINITION LARGE DES FORCES ARMEES INCLUT LES COMBATTANTS DES GROUPES DE RESISTANCE OU DE GUERRILLA

L'article 43, paragraphes 1 et 2, donne une définition des forces armées qui inclut les combattants des groupes de résistance ou de guérilla :

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

2. Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la III^e Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités ».

D'après cet article, la notion de combattant, c'est-à-dire de personne ayant le droit de participer directement aux hostilités renvoie simplement à celle de forces armées dont ces combattants sont membres.

LES CONDITIONS TRADITIONNELLES DE COMMANDEMENT RESPONSABLE ET DE RESPECT DES REGLES DU DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMES DEVIENNENT DES OBLIGATIONS QUI S'IMPOSENT A TOUTE FORCE ARMEE QUELLE QUE SOIT SA COMPOSITION

Ainsi, les idées soutenues par le représentant de la Norvège ont été en partie acceptées. Deux des conditions traditionnellement exigées des mouvements de résistance comme conditions de *recevabilité* pour obtenir la qualité de prisonnier de guerre, deviennent des conditions de *fond* applicables à toutes les forces armées, quelle que soit leur composition. En conséquence, si un membre des forces armées d'un mouvement de libération nationale viole certaines obligations relatives au droit de la guerre, tout comme pour le combattant traditionnel, son statut de prisonnier de guerre

n'en sera pas affecté. Mais, tout comme ce combattant traditionnel, il pourra faire l'objet d'un jugement ou d'une condamnation dans les limites de l'article 85 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.

*
* *

L'adoption de l'article 42 (devenu 44 dans la numérotation définitive) s'est donc faite au cours de la 4^e session de la Conférence. Le texte a été adopté, en III^e Commission, par 66 voix contre 2 et 18 abstentions (41) et, en séance plénière, par 73 voix contre 1 et 21 abstentions (42).

Le texte complet de l'article 44 est le suivant :

« Art. 44 — Combattants et prisonniers de guerre.

1. Tout combattant, au sens de l'article 43, qui tombe au pouvoir d'une Partie adverse est prisonnier de guerre.

(41) En III^e Commission :

Ont voté pour : Afghanistan, Algérie, République fédérale d'Allemagne, Arabie Saoudite, Autriche, Belgique, Bulgarie, Cameroun, Chypre, Costa-Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, Egypte, Emirats arabes unis, Equateur, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Ghana, Grèce, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran, Jordanie, Koweït, Liban, Libye, Madagascar, Mali, Maroc, Mauritanie, Mexico, Mongolie, Nigéria, Norvège, Oman, Ouganda, Pakistan, Panama, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Qatar, République de Corée, République démocratique allemande, République populaire démocratique de Corée, République socialiste du Viet-Nam, République socialiste soviétique de Biélorussie, République socialiste soviétique d'Ukraine, Roumanie, Sénégal, Somalie, Sri Lanka, Soudan, Suède, République arabe syrienne, Tunisie, Turquie, U.R.S.S., Tanzanie, Tchécoslovaquie, Venezuela, Yougoslavie, Zaïre.

Ont voté contre : Brésil, Israël.

Se sont abstenus : Argentine, Australie, Bolivie, Canada, Chili, Colombie, Danemark, Espagne, Guatemala, Irlande, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, Nicaragua, Royaume-Uni, Saint-Siège, Thaïlande et Uruguay.

(42) En séance plénière :

Ont voté pour : Afghanistan, Algérie, Arabie Saoudite, Autriche, Bangladesh, Belgique, Bulgarie, Chypre, Côte d'Ivoire, Cuba, Danemark, Egypte, Emirats arabes unis, Equateur, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Ghana, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Irak, Iran, Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste, Jamaïque, Jordanie, Kenya, Koweït, Liban, Luxembourg, Madagascar, Mali, Malte, Maroc, Mauritanie, Mexique, Mongolie, Mozambique, Nigéria, Norvège, Oman, Ouganda, Pakistan, Panama, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Qatar, République arabe syrienne, République de Corée, République démocratique allemande, République populaire démocratique de Corée, République socialiste du Viet-Nam, R.S.S. de Biélorussie, R.S.S. d'Ukraine, République Unie de Tanzanie, République Unie du Cameroun, Roumanie, Saint-Siège, Sénégal, Soudan, Sri Lanka, Suède, Tchécoslovaquie, Tunisie, Turquie, Union des Républiques socialistes soviétiques, Venezuela, Yémen, Yémen démocratique, Yougoslavie, Zaïre.

A voté contre : Israël.

Se sont abstenus : Argentine, Australie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Espagne, Guatemala, Honduras, Irlande, Italie, Japon, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Philippines, Portugal, Royaume-Uni, République fédérale d'Allemagne, Suisse, Thaïlande, Uruguay.

2. Bien que tous les combattants soient tenus de respecter les règles du droit international applicable dans les conflits armés, les violations de ces règles ne privent pas un combattant de son droit d'être considéré comme combattant ou, s'il tombe au pouvoir d'une Partie adverse, de son droit d'être considéré comme prisonnier de guerre, sauf dans les cas prévus aux paragraphes 3 et 4.

3. Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Etant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement :

- a) pendant chaque engagement militaire; et
- b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer.

Les actes qui répondent aux conditions prévues par le présent paragraphe ne sont pas considérés comme perfides au sens de l'article 37, paragraphe 1, alinéa c.

4. Tout combattant qui tombe au pouvoir d'une Partie adverse, alors qu'il ne remplit pas les conditions prévues à la deuxième phrase du paragraphe 3, perd son droit à être considéré comme prisonnier de guerre, mais bénéficie néanmoins de protections équivalentes à tous égards à celles qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la III^e Convention et par le présent Protocole. Cette protection comprend des protections équivalentes à celles qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la III^e Convention dans le cas où une telle personne est jugée et condamnée pour toutes infractions qu'elle aura commises.

5. Le combattant qui tombe au pouvoir d'une Partie adverse alors qu'il ne participe pas à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque ne perd pas, en raison de ses activités antérieures, le droit d'être considéré comme combattant et prisonnier de guerre.

6. Le présent article ne prive personne du droit d'être considéré comme prisonnier de guerre aux termes de l'article 4 de la III^e Convention.

7. Le présent article n'a pas pour objet de modifier la pratique des Etats, généralement acceptée, concernant le port de l'uniforme par des combattants affectés aux unités armées régulières en uniforme d'une Partie au conflit.

8. Outre les catégories de personnes visées à l'article 13 des I^{re} et II^e Conventions, tous les membres des forces armées d'une Partie au conflit, tels qu'ils sont définis à l'article 43 du présent Protocole, ont droit à la protection accordée par lesdites Conventions s'ils sont blessés ou malades, ou dans le cas de la II^e Convention, s'ils sont naufragés en mer ou en d'autres eaux ».

Analysons-en les dispositions principales :

LE PRINCIPE GENERAL RELATIF A L'OCTROI DU STATUT DE PRISONNIER DE GUERRE — ART. 44, § 1

Le premier paragraphe établit que tout combattant, au sens de l'article précédent, bénéficie du statut de prisonnier de guerre. Ainsi les catégories de personnes ayant droit à ce statut se trouvent élargies.

RELATION EXISTANT ENTRE LA VIOLATION DES REGLES
DU DROIT INTERNATIONAL ET L'OCTROI DU STATUT
DE PRISONNIER DE GUERRE — ART. 44, § 2

Aux termes de ce paragraphe, le non-respect par un combattant des règles de droit international applicables dans les conflits armés, ne prive pas ce combattant de son droit à être considéré comme prisonnier de guerre, sauf les exceptions prévues aux paragraphes 3 et 4. Comme on l'a dit plus haut, tous les combattants sont ainsi mis sur un pied d'égalité; la violation des règles du droit international ne prive pas un combattant isolé du droit de se prévaloir du statut de combattant et, s'il tombe au pouvoir de la Partie adverse, du statut de prisonnier de guerre (43).

Certaines délégations ayant exprimé la crainte que ce système ne contribue à encourager la violation des conventions et des protocoles en assurant l'impunité à des criminels de guerre (44), il a été répondu qu'un prisonnier de guerre n'est pas dispensé de passer en jugement pour un crime de guerre (45).

L'OBLIGATION DE SE DISTINGUER DE LA POPULATION CIVILE
ART. 43, §§ 3 ET 7

Le paragraphe 3 rappelle tout d'abord le principe traditionnel selon lequel la protection de la population civile contre les effets des hostilités exige que les combattants se distinguent de la population lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque.

Ce principe est renforcé par le paragraphe 7 du même article, selon lequel l'article 44 « n'a pas pour objet de modifier la pratique des Etats, généralement acceptée, concernant le port de l'uniforme par des combattants affectés aux unités armées régulières en uniforme d'une Partie au conflit.

On a ainsi voulu dissuader les combattants réguliers en uniforme à revêtir une tenue civile (46). Encore que, ainsi que le relève le rapport de la 3^e Commission :

« ... les membres des forces armées régulières à qui sont assignées des tâches pour lesquelles ils doivent porter des vêtements civils, selon le cas, par exemple, les conseillers affectés à certaines unités de résistance, ne sont pas tenus de porter l'uniforme lorsqu'ils accomplissent ces tâches » (47).

(43) V. intervention du délégué de la Norvège, *III/SR. 50*, § 7.

(44) V. le point de vue exprimé par le délégué syrien, *III/SR. 51*, § 5 et 53, § 16.

(45) Le rapporteur (U.S.A.) : *III/SR. 53*, §§ 17 et 19.

Sur la question de l'article 85 de la III^e Convention, les réserves qui y ont été apportées par certains Etats et leur absence de pertinence pour l'application de l'article 44, § 2 du Protocole I. Voyez le rapport de la Commission III, à l'issue de la 3^e session, *236/Rev. I*, § 87.

(46) *236/Rev. I*, § 84, le délégué de l'Egypte a même été jusqu'à dire que le droit au déguisement est limité aux combattants des mouvements de libération et que pour les armées régulières, ne pas porter l'uniforme pendant les opérations militaires serait un acte de perfidie : *SR. 41 (prov.)*. Ce jugement est à nuancer, ainsi qu'il est dit ci-après au texte.

(47) *Ibid.* Ce point avait été soulevé en particulier par le délégué du Canada, *III/SR. 56*, § 40 et *SR. 41 (prov.)*.

LE DROIT DES COMBATTANTS A NE PAS SE DISTINGUER
DE LA POPULATION CIVILE
DANS CERTAINES SITUATIONS EXCEPTIONNELLES — ART. 44, § 3

L'article 44, paragraphe 3, admet ensuite qu'« il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile ».

Quelles sont ces situations ? Selon le rapport de la III^e Commission :

« Dans certains types de conflits, des situations peuvent se présenter — en particulier dans les guerres de libération nationale et dans les territoires occupés — dans lesquelles un combattant ne peut pas se distinguer de la population civile en conservant une chance de réussir » (48).

Les conflits armés auxquels le paragraphe 3 se réfère, sont bien entendus des conflits armés internationaux. Le rapport de la Commission cite, en particulier, « les guerres de libération nationale » et les situations « dans les territoires occupés ». Certaines délégations ont tenté de restreindre l'application du paragraphe aux seules situations de guerres de libération nationale (49). D'autres estimaient que les situations visées à la deuxième phrase du paragraphe 3 ne pouvaient exister que dans des territoires occupés (50). Ces derniers ne voulaient peut-être pas tant exclure la situation de guerre de libération nationale (où l'on peut en quelque sorte présupposer le fait d'occupation) que celle de guerre de guérilla dans un conflit interétatique (51).

Seul le délégué italien a soutenu expressément que l'exception ne visait que la protection des membres de mouvements de résistance dans la mesure où ils se situent dans le cadre d'un conflit armé entre Etats (52). Cette interprétation est difficilement soutenable. Comme l'ont relevé certains délégués (53), l'article 42 est directement lié à l'article 1 du Protocole I et vise, dès lors, les mêmes situations que celles visées au paragraphe 2 de celui-ci.

Cette interprétation large a été soutenue en des termes divers par de nombreuses délégations (54), et, nous l'avons relevé plus haut, c'est celle-là

(48) 236/Rev. 1, § 88.

(49) Le délégué de l'U.R.S.S., après une tentative en ce sens (III/SR. 53, § 5), se rallia à l'extension de l'exception aux mouvements de résistance en territoires occupés (§ 7). Encore qu'il lui fut répondu que l'expression « mouvements de résistance » n'engloberait pas toutes les personnes en cause (§ 10).

(50) Australie (III/SR. 55, § 51), France (III/SR. 56, § 19), Nouvelle-Zélande (*ibid.*, § 83), République fédérale d'Allemagne [(SR. 40 (*prov.*)), Royaume-Uni (*ibid.* et III/SR. 55, § 16)].

(51) « In unoccupied territory it was always possible for guerilla fighters to take steps to distinguish themselves from the civilian population when engaged in military operations » (III/SR. 55, § 16).

(52) SR. 40 (*prov.*), § 3.

(53) Ainsi de l'Algérie (III/SR. 55, § 66).

(54) Suède (III/SR. 56, § 28), U.R.S.S. [SR. 41 (*prov.*)], Argentine [SR. 40 (*prov.*)], Grèce (*ibid.* - revenant sur sa position restrictive soutenue en Commission : III/SR. 56, § 7), Suisse [SR. 40 (*prov.*)], Hongrie (*ibid.*), Canada [SR. 41 (*prov.*)] revenant aussi sur sa position : III/SR. 56, § 39, U.S.A. [SR. 41 (*prov.*)] opérant la même volte-face : III/SR. 56, § 53, Iran [SR. 41 (*prov.*)].

qui consacre le commentaire officiel que constitue le rapport de la 3^e Commission.

Dans ces situations donc, le combattant qui ne peut se distinguer de la population civile conserve son statut de combattant, pourvu que :

« Il porte ses armes ouvertement :

- a) pendant chaque engagement militaire; et
- b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer ».

L'exigence de porter ouvertement les armes n'existe que dans certaines circonstances bien précises.

Le mot « arme » n'a guère fait l'objet de commentaires. Seul le délégué syrien a fait valoir que le mot signifie « n'importe quelle arme de nature militaire de quelle que sorte que ce soit » (55).

En revanche, le mot « déploiement » a suscité de vives divergences. Quelques délégations ont déclaré qu'il s'agissait de tout mouvement vers un lieu (un endroit/une position) à partir duquel (d'où) une attaque doit être lancée (56).

D'autres délégations ont soutenu que le mot s'entendait uniquement d'un mouvement final vers des positions de tir (57). D'autres enfin ont estimé que les armes ne devaient être portées ouvertement que lors des préparatifs militaires qui précèdent immédiatement une attaque (58).

La règle selon laquelle les armes doivent être portées ouvertement « vise à permettre l'identification de l'individu en tant que combattant. Cette règle implique que le combattant sait ou doit savoir qu'il est visible » (59).

Que signifient, à cet égard, les mots « exposé à la vue » ? Une divergence d'interprétation s'est fait jour pendant les débats et n'a pas été élucidée. Selon les uns, il doit s'agir du champ de vision naturel, de vision à l'œil nu (60);

(55) *III/SR. 55*, § 34. Le délégué argentin a, pour sa part, critiqué la disposition du fait que certaines opérations militaires se font sans arme [*SR. 40 (prov.)*].

(56) République de Corée (*III/SR. 55*, § 37); Australie (*ibid.*, § 52), Pays-Bas [*III/SR. 56*, § 15 et *SR. 41 (prov.)*], U.S.A. [*III/SR. 56*, § 54 et *SR. 41 (prov.)*], Italie [*SR. 40 (prov.)*], Australie (*ibid.*), Royaume-Uni (*ibid.*), Canada [*SR. 41 (prov.)*], Japon (*ibid.*), R.F.A. [*III/SR. 55*, § 61 et *SR. 40 (prov.)*].

Comme le délégué du Canada l'a encore exprimé : « Lorsque la personne ou les personnes concernées font mouvement à partir d'un point de rassemblement ou de rendez-vous dans l'intention d'avancer vers leur objectif et, à ce stade, quel que soit le danger, les armes doivent être portées ouvertement (*III/SR. 56*, § 38).

(57) Egypte [*III/SR. 55*, § 27 et *SR. 41 (prov.)*], Emirats arabes unis (*ibid.*) et Qatar (*ibid.*), R.D.V.N. (*III/SR. 53*, § 21).

(58) Syrie (*III/SR. 55*, § 34), Suède (*III/SR. 56*, § 29), O.L.P. [*ibid.*, § 73 et *SR. 41 (prov.)*].

(59) Rapport de la 3^e Commission, 3^e session, 236/Rev. 1, § 88. Dans le même sens, le délégué de la Syrie : *III/SR. 55*, § 34.

(60) Egypte : *SR. 41 (prov.)*, O.L.P. : *III/SR. 56*, § 73 et *SR. 41 (prov.)*.

pour d'autres, ce peut être une vision par des instruments optiques ou électroniques (61).

L'obligation pour le combattant de se distinguer de la population civile ne comporte donc qu'une exception limitée. En toute autre circonstance, la nécessité d'éviter l'amalgame entre population civile et combattant exige le respect de la règle générale.

Le rapport de la 3^e Commission explique ainsi la justification de la règle :

« ... Cette règle a évidemment pour but de protéger la population civile en dissuadant les combattants de dissimuler leurs armes et de se faire passer pour des civils non-combattants, par exemple, afin de s'établir sur des positions avantageuses pour l'attaque. Il convient de décourager ces agissements par ce moyen, non pas seulement parce qu'ils sont fautifs (une sanction pénale pourra leur être applicable), mais aussi parce que cette absence de distinction, même minimale, par rapport à la population civile, expose cette population à de grands risques, surtout si elle se répète » (62).

Si le combattant ne respecte pas cette règle, il pourra être jugé et condamné pour violation des lois de la guerre, sans perdre pour autant son statut de combattant ou de prisonnier de guerre (63). Un tel acte tombe, en effet, dans la définition des actes de perfidie. L'article 37, paragraphe 1, dispose :

« 1. Il est interdit de tuer, blesser ou capturer un adversaire en recourant à la perfidie. Constituent une perfidie les actes faisant appel, avec l'intention de la tromper, à la bonne foi d'un adversaire pour lui faire croire qu'il a le droit de recevoir ou l'obligation d'accorder la protection prévue par les règles du droit international applicable dans les conflits armés. Les actes suivants sont des exemples de perfidie :

...

c) feindre d'avoir le statut de civil, de non-combattant, ... »

En revanche, les actes qui répondent aux conditions prévues par le paragraphe 3 de l'article 44 ne sont pas des actes de perfidie au sens de l'article 37 (64).

LA SANCTION DE LA VIOLATION DE L'OBLIGATION DE PORTER OUVERTEMENT LES ARMES — ART. 44, § 4

Si un combattant tombe au pouvoir de la partie adverse, alors qu'il ne remplit pas les conditions prévues à la deuxième phrase du paragraphe 3 (c'est-à-dire porter ouvertement les armes au moment de l'engagement militaire, etc.), non seulement il ne conserve pas son statut de combattant (aux termes du paragraphe 3 lui-même), mais il « perd son droit à être considéré

(61) Royaume-Uni : *III/SR. 65*, § 17 et Australie : *ibid.*, § 52 : « As to the words « visible to the adversary », his delegation interpreted them as including any form of surveillance, electronic or otherwise, used to keep a member of the forces of an adversary under observation ».

(62) *236/Rev. 1*, § 88.

(63) *III/408*, § 19, point de vue U.S.A. : *SR. 41 (prov.)*.

(64) Après une longue discussion à ce sujet, une disposition en ce sens fut ajoutée à la fin de l'art. 44, § 3. V. *SR. 47*, §§ 4 et 5; 49, 60, 70 et *SR. 48*, §§ 3 et 18, *236/Rev. 1*, §§ 18 et 89

comme prisonnier de guerre » (en vertu du paragraphe 4 de l'article 44). En conséquence, il peut être jugé et puni pour tous crimes qu'il aurait commis en tant que belligérant non privilégié » (65). Il s'ensuit que ces belligérants peuvent être jugés et punis pour des actes qui, autrement, seraient considérés comme des actes de combat légitime (66).

Toutefois, le paragraphe 4 spécifie que la personne

« bénéficie néanmoins de protections équivalentes à tous égards à celles qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la III^e Convention et par le présent Protocole. Cette protection comprend des protections équivalentes à celles qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la III^e Convention dans le cas où une telle personne est jugée et condamnée pour toutes infractions qu'elle aura commises ».

Si d'aucuns ont estimé qu'il s'agissait là d'un paragraphe obscur (67), il n'en demeure pas moins que ce paragraphe prévoit — pour reprendre l'expression de la 3^e Commission — « quant au fond, un statut distinct, mais égal » pour les personnes envisagées (68). Le droit à un statut équivalent à celui de la III^e Convention de Genève et du Protocole I a été proclamé avec fermeté et clarté par de nombreuses délégations (69). Plusieurs représentants ont fait valoir que ce paragraphe ne vise en aucun cas à protéger les terroristes qui agissent clandestinement pour attaquer la population civile (70). De telles déclarations doivent, bien entendu, être enregistrées avec les plus expresses réserves. Aucune guerre de libération nationale n'a échappé à la qualification unilatérale de « terroriste » par son adversaire. Il convient d'en rester strictement aux termes des articles que nous avons examinés ici sans en exclure ceux qui définissent les forces armées.

MAINTIEN ULTERIEUR DU STATUT DE COMBATTANT — ART. 44, § 5

Selon l'article 44, paragraphe 5 :

« 5. Le combattant qui tombe au pouvoir d'une Partie adverse alors qu'il ne participe pas à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque ne perd pas, en raison de ses activités antérieures, le droit d'être considéré comme combattant et prisonnier de guerre ».

Le rapport de la 3^e Commission a utilement insisté sur le fait que le combattant ne perd pas ses droits à être considéré comme combattant et

(65) Rapport de la 3^e Commission, III/408, § 19 et vues de divers délégués : Australie : III/SR. 55, § 53 et SR. 40 (prov.); Etats-Unis : III/SR. 56, § 55 et SR. 41 (prov.); Grèce : SR. 40 (prov.); Royaume-Uni : *ibid.*; Canada : *idem* et SR. 41 (prov.); Turquie : *ibid.*; Japon : *ibid.*; Italie : III/SR. 56, § 4; Pays-Bas : *ibid.*, § 14; République fédérale d'Allemagne : SR. 40 (prov.).

(66) Italie : III/SR. 56, § 4; Pays-Bas : *ibid.*, § 14; Etats-Unis : *ibid.*, § 55 et SR. 41 (prov.).

(67) Uruguay : III/SR. 55, § 30.

(68) 236/Rev. 1, § 90.

(69) Norvège : III/SR. 50, § 9; République fédérale d'Allemagne : III/SR. 55, § 62 et SR. 40 (prov.), III/SR. 50, § 23; O.L.P. : SR. 41 (prov.).

(70) 236/Rev. 1, § 90 et délégué de l'Australie : SR. 40 (prov.).

prisonnier de guerre, « qu'il ait ou non enfreint antérieurement la règle visée dans la deuxième phrase du paragraphe 3. Cette règle doit, dans de nombreux cas, s'appliquer à la majeure partie des prisonniers et les mettre à l'abri de tout effort pour trouver ou inventer une conduite antérieure susceptible de les priver de leur protection » (71).

Cette précision est utile, car elle disqualifie la prétention du délégué de l'Australie selon laquelle la violation de la règle contenue dans la deuxième phrase du paragraphe 3 aurait pour effet de faire perdre à l'intéressé son droit à participer directement aux hostilités (72).

*
* *

Que conclure de cette seconde partie ?

Certes on pourrait regretter que les propositions, plus drastiques, du représentant de la Norvège, n'aient pas abouti. Quand on voit cependant d'où l'on vient, les résistances qu'il a fallu briser, il est difficile de se montrer plus exigeant que les délégations dont les peuples ont eu une longue et douloureuse expérience de guerre de libération nationale et qui se sont ralliées au texte que nous avons analysé. Il serait injuste au surplus de ne pas souligner le rôle positif qu'ont joué les Etats-Unis pour aboutir au compromis final.

(71) 1236/Rev. 1, § 91.

(72) III/SR. 55, § 53.