

QUELQUES GARANTIES NOUVELLES OFFERTES AU COMBATTANT CAPTURE

par

Guy GENOT *

Licencié en droit

A Jean De BREUCKER

*Pour le droit humanitaire, il a toujours eu la volonté
de bien penser et bien faire. Il s'y est dépassé.*

Mais la demeure de l'Homme n'est jamais achevée...

Jusqu'en 1949, le statut de combattant avait, certes fait l'objet de controverses, dont on retrouve la trace jusque dans les actes de la Conférence de Bruxelles de 1874. Mais ces controverses étaient relatives à la seule définition de ce statut. Comme elles n'avaient pas abouti, le droit était demeuré dans la claire perspective, codifiée à La Haye en 1907, selon laquelle on pouvait être soldat, milicien, volontaire en corps, et où la guerre était affaire de « militaires ». Quant aux civils, même occupés, ils restaient, en pratique, civils une fois pour toute et priés de vaquer à leur besogne comme à l'accoutumée, se dérangeant à peine lorsque les généraux, par hasard dans les environs jouaient aux échecs à coup de bataillons, et que le perdant, beau joueur, cédait la place au vainqueur, à charge de revanche.

C'était le droit du conflit armé international classique. Les choses étaient, en théorie, claires, et aucune confusion n'était « pensable ». Ainsi en fut-il jusqu'à la deuxième guerre mondiale.

Les conséquences déjà lourdes de la catastrophe déclenchée par le nazisme furent sans nul doute aggravées par cet immobilisme du droit.

* Membre de la délégation belge à la Conférence diplomatique de Genève sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable dans les conflits armés.

Au lendemain du deuxième conflit mondial la Conférence diplomatique de Genève de 1949, en élaborant la III^e Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, dut se résoudre à compliquer quelque peu la belle systématique de 1907. Elle décida donc l'assimilation des mouvements de résistance « organisés » aux milices et autres corps de volontaires. A cet effet, les mouvements seraient astreints à remplir les mêmes conditions, imposées depuis 1907 aux milices et corps de volontaires : commandement responsable, port du signe fixe et reconnaissable à distance, port ouvert des armes, respect des lois et coutumes de la guerre. L'appartenance à un de ces mouvements garantirait, en cas de capture, le bénéfice du statut de prisonnier de guerre (*). Bref, on élargissait ainsi en théorie le cercle, défini en 1907, des personnes qui pouvaient se prévaloir du droit de participer aux hostilités sans encourir pour autant de sanction pour avoir exercé ce droit même.

La même Conférence, appelée à créer une convention pour la protection des civils, dut bien évidemment se pencher sur le sort de ceux qui ne pourraient pas se prévaloir de ce droit, les francs-tireurs, à qui la qualité de civil ne conférerait jusqu'alors aucune protection en droit international de la guerre. Les quelques garanties offertes par la IV^e Convention, dont le départ, comme l'aboutissement souvent lugubre, se retrouvait dans l'article 68, ne mettent pas ces individus à l'abri de la peine capitale. Ces garanties sont d'ailleurs soumises à toutes les restrictions, voire les dérogations que permet le libellé de l'article 5 de la IV^e Convention.

On se trouva alors face à ces qualifications — combattant « régulier » et privilégié par son statut de prisonnier de guerre en cas de capture et « franc-tireur », civil, passible de la peine de mort — face aussi aux conditions dans lesquelles la qualification devrait être opérée, compte tenu de l'élargissement du statut de prisonnier de guerre, dans les circonstances plus floues de la « guerre de résistance ».

Pour la première fois, la question de la preuve fut posée. Elle le fut imparfaitement. Certains délégués, conscients, quoique confusément, de l'arbitraire auquel les textes allaient confronter le captif dont la situation « ne serait pas claire », effrayés des conséquences que l'interprétation hâtive des faits aurait sur son sort, se précipitèrent sur une solution *qui n'engageait précisément pas sur le terrain* propre de la preuve. Aussi eurent-ils toutes les peines du monde à arracher — c'est le terme qui convient — à la Conférence ce qui est devenu le deuxième alinéa de l'article 5, dans la troisième Convention :

« S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance, et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent ».

Certes, les premières propositions, faites en 1949 par le Danemark, étaient plus riches. Elles étaient liées, malheureusement, à des propositions d'un autre ordre, dont la Conférence ne voulut pas.

(*) Voir l'article 4 de la III^e Convention de Genève.

Et pourtant, le texte finalement retenu avait bien des faiblesses. Sans nul doute, les négociateurs avaient conscience qu'en élargissant les catégories de prisonniers de guerre, ils ouvraient la porte aux contestations les plus vives sur la qualification.

Celle-ci ne pouvait plus se poser dans l'absolu. Elle ne pouvait non plus se régler « à vue » par le moindre soldat de la partie adverse. Mais peu de délégations à la conférence de 1949 voulurent — ou furent en mesure — d'aller au bout du raisonnement.

Combien donc se mirent dans la situation du captif, assumant sa condition d'être à ce moment unique où on allait décider pour lui, par un acte de sélection radicale, de sa vie ou de sa mort probable, de son assujettissement à la III^e Convention de Genève, qui le sauvait, ou de la IV^e Convention qui pouvait le tuer, même dans les formes, pour avoir pris les armes. Oui, bien sûr, en cas de doute... Un tribunal compétent...

*

* *

En cas de doute...

Mais qui devait ou pouvait douter, sinon l'adversaire ? Et quel adversaire ? Le caporal, dont la patrouille aurait capturé quelques individus suspects ?

Un officier chargé spécialement de la sélection ? E quand fallait-il que le doute pénètre ces esprits ? Dans quelles conditions ? Aussi bien, pouvaient-ils ne pas douter, dans l'autre sens, et classer le captif en toute sérénité, à l'ombre ou non de la mauvaise foi, s'agissant tout de même d'un sympathisant de la partie adverse et « l'étiqueter » comme civil pour le remettre aux autorités compétentes qui appliqueraient la IV^e Convention, à commencer par le bâillon créé à l'article 5 de celle-ci. D'autre part, à supposer que le doute du militaire capteur ou sélectionneur profitât dans un premier temps au captif, le « tribunal compétent » saisi, quel serait-il, sinon inévitablement celui du capteur, de l'adversaire ? Qui empêchait qu'il fût administratif, plutôt que judiciaire ? Qui établirait la procédure à suivre par ce tribunal ? Selon quels critères jugerait-il ?

Au surplus, un des problèmes les plus aigus restait, au-delà du cadre dans lequel la décision serait prise, celui de la preuve de la qualité de combattant.

Les conditions à réunir s'adressaient à des entités plus qu'à des individus. C'étaient les mouvements de guérilla qui devaient être placés sous un commandement responsable, organisés et dotés d'un régime de discipline propre à assurer le respect des lois et coutumes de la guerre, et dotés d'un signe fixe et reconnaissable à distance. C'était pourtant à l'individu capturé que l'on demandait des comptes...

Mais la résistance en territoire occupé pouvait-elle s'accommoder de donner à chacun de ses membres la preuve d'un commandement responsable aux ordres duquel ils se seraient retrouvés ? C'était contraire aux méthodes les plus élémentaires de cloisonnement des mouvements.

Mais le résistant capturé au début des opérations du groupe auquel il appartenait devait-il faire le relevé des actions du groupe et leur description propre à prouver que le groupe respectait les lois et coutumes de la guerre ?

Mais ce même résistant, pris dans son lit au cours d'une opération de police devait-il, si son groupe n'avait opéré que par embuscades, dévoiler le lieu du prochain coup de main pour prouver le port du signe distinctif ?

Toutes ces questions ne trouvent de réponse concrète que dans l'attitude de l'ennemi. La mauvaise foi de ce dernier, au mieux, son manque d'empressement à leur trouver une solution en équité, ne pourraient alors être balancés que par les faits, et ce ne serait qu'au moment où, sous l'empire de la réciprocité d'intérêt des parties, un équilibre s'établirait, après combien d'horreurs, que le résistant capturé pourrait espérer un sort plus compatible avec les intentions profondes de ceux qui créèrent l'article 5 de la III^e Convention.

On le voit, cet article ne résout pas la difficulté de la preuve — voire son impossibilité quant au fond, pas plus qu'il ne résout la difficulté de fournir cette preuve, par l'absence de garanties quelconques de procédure, à ce stade crucial où l'on décidera que le prisonnier, auteur d'un acte d'hostilité, relève de la III^e Convention ou de la IV^e.

Alors, si par cette « procédure », le prisonnier se voit attribuer la qualité de civil, il ne lui reste plus qu'à se laisser traîner devant un autre tribunal, celui de la IV^e Convention dont la tâche se bornera à vérifier la matérialité des faits incriminés et préjudiciables à l'ennemi, pour ensuite mettre en œuvre l'article 68 de la IV^e Convention, lequel implique la possibilité de condamner le prisonnier à la peine de mort.

*
* * *

Ces considérations avaient déjà leur sens au lendemain de la Conférence de Genève de 1949.

*
* * *

Vingt-cinq ans plus tard, en 1974, s'ouvrait la Conférence diplomatique de Genève saisie des projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, élaborés par le Comité international de la Croix Rouge.

Parmi les problèmes que les négociateurs avaient à examiner figurait, on s'en doute, celui d'un nouvel élargissement de la catégorie des prisonniers de guerre. En effet, la recrudescence du phénomène de la guérilla, auquel la Conférence de 1949 n'avait apporté, par l'article 4 de la III^e Convention, qu'un statut très partiel, imposait la recherche de solutions plus réalistes — et plus équitables — pour le traitement des combattants de guérilla capturés.

Mais à la remise en question des conditions théoriques d'obtention du statut de prisonnier de guerre, et tout au long de cet examen, quelques-uns furent pris de vertiges. Ils mesuraient la vanité de cette tentative, dès lors que la mise en œuvre des dispositions d'élargissement à venir, quelles qu'elles soient, resterait soumise à l'arbitraire de l'ennemi. On pressentait ces dispositions liées plus que jamais, dans leur application, aux circonstances de fait, et par surcroît, plus complexes que jamais. Ainsi, par exemple, le dylégué de la Belgique, intervenant en Commission III le 20 mars 1975 dans le débat général sur l'élargissement du statut de prisonnier de guerre (le projet d'article 42, devenu 44) n'hésita pas à dire que le projet « ne changeait rien de fondamental à la situation de 1949 ». Ce projet n'offrait pas la moindre garantie juridique d'application effective de l'élargissement proposé, lequel, aménagement sans imagination de la systématique de 1949, en maintenait toutes les défaillances.

La Conférence ne resta pas insensible à de telles considérations. Son apport dans le développement de l'article 5 de la III^e tconvention se retrouve à l'article 45 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, issu de ses travaux :

Article 42 bis. — *Protection des personnes ayant pris part aux hostilités.*

1. Une personne qui prend part à des hostilités et tombe au pouvoir d'une Partie adverse est présumée être prisonnier de guerre et, par conséquent, se trouve protégée par la III^e Convention lorsqu'elle revendique le statut de prisonnier de guerre, ou lorsqu'il apparaît qu'elle a droit au statut de prisonnier de guerre, ou lorssque la Partie dont elle dépend revendique pour elle ce statut paar voie de notification à la Puissance qui la détient ou à la Puissance protectrice. S'il existe un doute quelconque au sujet de son droit au statut de prisonnier de guerre, cette personne continue à bénéficier de ce statut et, par suite, de la protection de la III^e Convention et du présent Protocole en attendant que son statut soit déterminé par un tribunal compétent.

2. Si une personne tombée au pouvoir d'une Partie adverse n'est pas détenue comme prisonnier de guerre et doit être jugée par cette Partie pour une infraction liée aux hostilités, elle est habilitée à faire valoir son droit au statut de prisonnier de guerre devant un tribunal judiciaire et à obtenir que cette question soit tranchée. Chaque fois que la procédure applicable le permet, la question doit être tranchée avant qu'il soit statué sur l'infraction. Les représentants de la Puissance protectrice ont le droit d'assister aux débats au cours desquels cette question doit être tranchée, sauf dans le cas exceptionnel où ces débats ont lieu à huis clos dans l'intérêt de la sûreté de l'Etat. Dans ce cas, la Puissance détentrice doit en aviser la Puissance protectrice.

3. Toute personne qui, ayant pris part à des hostilités, n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre et ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable conformément à la IV^e Convention, a droit, en tout temps, à la protection de l'article 65 du présent Protocole. En territoire occupé, une telle personne, sauf si elle est détenue pour espionnage, bénéficie également, nonobstant les dispositions de l'article 5 de la IV^e Convention, des droits de communication prévus par ladite Convention.

En bref, cet article :

- crée un faisceau de présomptions de la qualité de prisonnier de guerre,
- porte le doute, en conséquence, non sur cette qualité mais sur les présomptions,
- réaffirme alors seulement l'article 5 alinéa 2 (III^e) dans cette nouvelle perspective,

- crée, dans le chef du prisonnier, un droit au recours sur la question du statut devant une instance *judiciaire*,
- impose, pour garantir la régularité du recours, la présence de tiers non parties au conflit (puissance protectrice),
- garantit à tout prisonnier pour faits d'hostilités, *quelle que soit sa relation avec la Puissance captrice* les garanties minima fondamentales prévues à l'article 75 du Protocole, par lequel les droits de l'homme sensu stricto opèrent une nouvelle percée dans le droit de Genève,
- réserve faite de l'espionnage, enlève le baillon dde l'article 5 de la quatrième Convention, à savoir la suspension des droits de communication.

Pour en arriver là, le chemin fut long, dur, ne manqua ni de traverses ni de voies sans issues. Il est parsemé d'espoirs déçus, mais aussi de découvertes remarquables. Peu d'articles cachent autant de marques sous leurs dehors rébarbatifs de français — traduit de l'anglais —, suite sèche de paragraphes souvent illisibles à première vue. C'est ce chemin, ce sont ces marques qu'on voudrait tenter de décrire pour essayer d'expliquer cet article et laisser le lecteur faire sa conclusion...

*
* *

Lorsque, dans les chancelleries, on entama l'étude des documents préparatoires de la Conférence, élaborés par le C.I.C.R., les Britanniques prirent l'initiative de consultations entre les capitales européennes intéressées. Ces consultations allaient s'élargir à tous les pays occidentaux.

Très vite, le projet d'article 42 subissait une avalanche de critiques d'ailleurs contradictoires. Parmi ces critiques, déjà, l'insurmontable dialectique entre les conditions d'obtention du statut de prisonnier de guerre liées à l'attitude des mouvements de guérilla et de résistance et celles dont le respect incombaux aux membres de ces mouvements. Très normalement, cette question ne frappa d'abord que certaines des délégations dont le pays avait subi une occupation assez récente et connu un phénomène de résistance qu ne fût pas seulement celui des maquis. Les mêmes pays se retrouvaient d'ailleurs pour souhaiter un réel progrès dans l'ensemble de la problématique des combattants, doublant parfois leurs réminiscences de leur intérêt pour les phénomènes actuels de guérilla.

Certains s'orientèrent, tels la Norvège, vers la recherche d'aménagements théoriques propres à diminuer les difficultés perçues, voire à les supprimer sensiblement. D'autres approfondirent les questions liées à la preuve, quelles que soient par ailleurs les conditions à prouver. C'est ce dernier courant qui nous retient ici, encore que les uns et les autres fussent conscients de la convergence possible, voire probable, de leurs efforts, vers un même but : donner à la résistance, à la guérilla, un statut qui ait un sens, qui soit praticable sans ouvrir la porte aux abus dans un sens comme dans un autre.

Mais les uns et les autres ne furent suivis par leurs interlocuteurs occidentaux comme par la Conférence elle-même que par étapes, quoique parfois

avec l'heureuse surprise de se trouver, sur certains points, moins audacieux que ceux qu'ils avaient pu convaincre.

Au cours des discussions restreintes que suscita le courant qui nous intéresse ici, un premier projet finit par être ébauché, auquel Sir David Hughes Morgan, délégué britannique, ne fut certes pas étranger.

Un premier paragraphe suivait les lignes directrices de l'article 5 (III^e). Toutefois, il accordait au captif la protection de la III^e Convention, en attendant qu'un tribunal ait décidé de son statut, non seulement en cas de doute, mais aussi si le captif *revendiquait* le statut de prisonnier de guerre. Donc, soit le captif était ou apparaissait qualifié pour bénéficier du statut de P.G.; soit un doute se posait dans l'esprit du capteur, qui devait alors remettre le soin de déterminer son statut à un tribunal; soit encore, parce que le capteur ne pensait pas devoir douter, le captif, sur sa seule prétention, même non immédiatement fondée, à réclamer le statut de prisonnier de guerre, pouvait s'assurer le bénéfice du tribunal et, dans l'entretemps, la protection de la Convention; soit enfin, en l'absence de doute du capteur, le captif restait muet et était alors d'office catalogué comme civil.

Un deuxième paragraphe se préoccupait alors de ce civil. Sans doute, dans la plupart des cas, ce dernier ne restait-il pas sans protection : la IV^e Convention lui accordait quelques garanties. Mais celles-ci étaient-elles encore suffisantes ? Et avait-il toujours droit au bénéfice de cette Convention ? Enfin, ne restait-il pas l'article 5 de cette Convention, qui permettait de sévères dérogations, à commencer par la suppression des droits de communications, terrible bâillon de nature à briser combien de volontés et à favoriser combien de mauvais traitements ? Aussi le paragraphe garantissait-il à la personne capturée au moins les protections fondamentales prévues par le projet d'article 65 (devenu 75) du Protocole, au cas où elle n'aurait pas droit au statut de prisonnier de guerre. L'incidence de cette disposition était réelle, notamment dans le cas où, à tort ou à raison, l'ennemi considérerait la personne capturée comme un de ses propres ressortissants; cas, par exemple, de ceux des prisonniers faits par les forces américaines au Vietnam, non « catalogués » comme prisonniers de guerre et donc remis comme civils aux autorités sud vietnamiennes. Ce même paragraphe rétablissait les droits de communication, réserve faite des seuls espions, auxquels l'article 5, alinéa 2 de la IV^e Convention, permettait de déroger en territoire occupé.

Un dernier paragraphe enfin stipulait expressément que le C.I.C.R., à défaut de la désignation d'une Puissance protectrice ou d'un substitut pour toutes les tâches qui leur étaient assignées par les Conventions, exercerait en tout cas les fonctions de la Puissance protectrice en relation avec tout jugement de prisonnier de guerre ou de civil ayant commis un acte en relation avec les hostilités en territoire occupé. Ainsi cherchait-on à assurer le fonctionnement entier des Conventions dans ce domaine précis quelle que soit par ailleurs l'issue des négociations de portée plus générale sur l'amélioration du mécanisme de désignation des Puissances protectrices.

Cette préoccupation s'avéra hélas justifiée, puisqu'aussi bien ce mécanisme — qui n'avait jamais fonctionné depuis 1949 — ne fut pratiquement pas amélioré.

Le projet fit derechef l'objet de discussions parfois houleuses au sein du groupe. On proposa des améliorations au premier paragraphe, en faisant valoir que le prisonnier ne serait pas nécessairement en état de réclamer le statut de prisonnier de guerre, ni éventuellement en mesure de le faire sans danger pour la sécurité du mouvement dont il ferait partie. Par ailleurs, rien n'était changé quant aux garanties que devrait offrir le tribunal. Or, on l'a dit, c'est à ce stade que le sort du prisonnier serait tranché. Considéré comme civil, il tombait certes — en territoire occupé surtout — au bénéfice des garanties judiciaires offertes par la IV^e Convention. C'était cependant pour s'entendre condamner, le cas échéant, à la peine de mort, et non pour protester de son statut de combattant, que les tribunaux ennemis pouvaient considérer comme définitivement tranché. On proposa alors de faire référence à un minimum de garanties judiciaires inspirées tantôt de la III^e, tantôt de la IV^e Convention. Un accord sur ce point tardait à se réaliser, alors que le temps pressait de déposer un amendement formel — en fait une proposition d'article nouveau — pour permettre une ouverture de débat sur l'ensemble de la question au sein de la Conférence.

Compte tenu des méthodes de travail de la III^e Commission, l'article pourrait être enrichi ultérieurement à condition que des interventions évoquent les problèmes encore posés lors de la présentation des amendements. Ainsi les co-auteurs du projet s'accordèrent-ils à proposer à la délégation belge d'en faire la présentation assortie d'un commentaire sur la question des garanties judiciaires.

C'est donc sous la forme suivante que la Belgique présenta le projet d'article 42 bis lors de la seconde session de la Conférence diplomatique, au nom du Canada, des U.S.A., de la Grèce, de l'Irlande, de la Nouvelle-Zélande, de la Norvège, des Pays-Bas, de la République arabe d'Egypte, du Royaume-Uni, du Soudan et enfin de la Suède :

Ajouter le nouvel article suivant :

Article 42 bis. — *Protection des personnes prenant part à des hostilités.*

1. Quiconque prend part à des hostilités et tombe aux mains de la Partie adverse sera mis au bénéfice des dispositions de la III^e Convention et du présent Protocole s'il revendique le statut ou s'il apparaît qu'il a droit au statut de prisonnier de guerre, ou s'il y avait doute en ce qui concerne ce droit. Cette protection ne prendra fin que si un tribunal compétent détermine que l'intéressé n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre.

2. Les infractions individuelles (*) aux règles du droit international applicable dans les conflits armés n'entraîneront pas la déchéance du droit qu'à toute personne visée au chapitre premier du règlement de La Haye de 1907, à l'article 4 de la III^e Convention ou à l'article 42 du présent Protocole d'être traitée en combattant légitime, d'avoir droit au statut de prisonnier de guerre ou d'être admise au bénéfice des dispositions de la III^e Convention et du présent Protocole.

(*) Les premiers mots du paragraphe 2 refléteront la décision qu'aura prise la Commission quant à la teneur de l'article 42.

3. Une personne qui n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre mais qui a pris part à des hostilités aura néanmoins droit en tout temps aux garanties et protections énoncées à l'article 65 du présent Protocole. En territoire occupé, ladite personne aura en outre le droit, nonobstant les dispositions de l'article 5 de la IV^e Convention, de bénéficier en tout temps des garanties et de la protection énoncées à la section III du Titre III de ladite Convention. En particulier, elle ne sera en aucun cas privée de ses droits de communiquer avec un représentant de la Puissance protectrice ou du Comité international de la Croix Rouge ou de recevoir sa visite.

4. S'il y a défaut de Puissance protectrice, la notification prescrite par l'article 104 de la III^e Convention ou l'article 71 de la IV^e Convention sera adressée au Comité international de la Croix Rouge. A réception d'une telle notification, le Comité aura qualité pour exercer toutes les fonctions d'une Puissance protectrice en relation avec le procès de la personne à propos de laquelle la notification aura été faite.

Un paragraphe apparaît dans ce projet, qui semble éloigné de tout ce qui a été évoqué ici. Ce paragraphe 2 est en fait une reformulation du paragraphe 3 proposé à l'article 42 par le C.I.C.R., destiné à garantir le traitement effectif de prisonnier de guerre en cas d'élargissement du statut.

Cette formulation tenait compte d'un élément nouveau : les discussions à propos de l'article 42 (44 nouveau) pourraient transformer certaines des conditions de La Haye nécessaires pour l'obtention du statut de prisonnier de guerre en infractions au droit de la guerre, comme le proposait la Norvège, dont l'effort était déjà appuyé par l'Algérie, la France et la Belgique notamment. Cette transformation aurait pour conséquence une augmentation quasi automatique de la proportion des prisonniers de guerre parmi les personnes capturées.

En contrepartie, les possibilités d'infraction augmentaient aussi. Or, certaines Puissances, par des réserves à l'article 85 de la III^e Convention, retireraient aux criminels de guerre le statut de prisonnier de guerre et les garanties qui l'entouraient. Il fallait fermer une telle possibilité qui eût trop facilement permis de reprendre d'une main ce qu'on allait accorder de l'autre à la guérilla.

Comme prévu, le chef de la délégation belge, en présentant le projet, retraça schématiquement les critiques émises à l'encontre de l'article 5 (III^e), que ne dissipait pas le projet d'article 42 préparé par le C.I.C.R., les questions qui s'étaient posées et qui trouvaient une réponse dans le projet d'article 42 bis, mais aussi celles encore restées sans réponse :

« Une question importante se pose néanmoins : celle de la *qualité* du tribunal compétent, de sa *composition* et des *garanties de procédure* qu'il doit présenter. (...) Le jugement de sélection, opéré par le « tribunal compétent » sera pour le prévenu en cause l'AIGUILLAGE DU DESTIN.

Les auteurs de la présente proposition en ont nettement conscience et s'associeraient volontiers à toute démarche cherchant à pénétrer davantage l'ordre de *garanties protectrices* que ledit tribunal compétent pourrait et devrait offrir ». (J. De Breucker, Belgique, III^e Commission, séance du 20 mars 1975).

Comme on le verra ensuite, la délégation belge s'avancait quelque peu en affirmant une telle conscience dans le chef de tous ses co-auteurs. En fait, l'accueil réservé à ce projet d'article tel quel fut déjà très partagé. Toute la Commission était braquée sur l'article 42; on n'apercevait tout simplement

pas le problème, ni son impact sur ce même article 42 au pouvoir quasi hypnotique — à juste titre d'ailleurs.

Le Ghana se joignit aux co-auteurs, avec la République fédérale allemande et l'Espagne, alors que la Biélorussie déclarait ne pas pouvoir appuyer le projet « parce qu'il introduit des éléments entièrement nouveaux et passablement imprécis en faisant intervenir, par exemple, l'idée d'un tribunal (...) ou le rôle particulier attribué au C.I.C.R. (...) » qui à notre avis s'écarte des principes de l'article 5 du projet de Protocole (...) ». A mi-chemin, la délégation algérienne faisait savoir que l'article 42 bis serait acceptable en fonction du résultat acquis pour ce qui concerne l'article 42. Enfin, l'observateur du ZANU (Zimbabwe) renforçait en fait l'appel de la délégation belge en exprimant les craintes de sa délégation :

« en ce qui concerne la deuxième phrase de l'alinéa 1 de l'article 42 bis qui se lit comme suit : (citation) cette protection ne prendra fin que si un tribunal compétent détermine que l'intéressé n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre (fin de citation). Comme vous le savez, dans les régimes racistes, les tribunaux ont été utilisés, et le sont encore, pour servir les intérêts de ces régimes. Des jugements impartiaux sont une chose inconnue de ces régimes (...) ».

Le Président de la Commission, le Professeur Ahmed Sultan (*) chef de la délégation égyptienne, proposa de renvoyer l'article 42, les projets d'amendements et d'articles nouveaux, « ainsi que toutes vos remarques et vos observations » en groupe de travail. Toute la question était dès lors renvoyée en troisième session.

Dans l'intervalle, il incombait à la délégation belge de préciser ses idées. Il s'agissait donc d'obtenir des garanties sur la constitution et les procédures suivies par le tribunal, la possibilité de recours, l'intervention obligée de la Puissance protectrice. Le projet suivant prit forme, destiné à compléter l'alinéa 1 du projet d'article 32 bis :

« Ce tribunal sera un tribunal militaire, non politique et régulièrement constitué (1), qui ne pourra statuer qu'à l'issue d'un procès régulier (2) respectant notamment les droits de la défense, tels qu'énoncés à l'article 72 de la IV^e Convention.

Aucune pression morale ou physique ne pourra être exercée sur cette personne pour l'amener à se reconnaître comme n'étant pas qualifiée pour bénéficier du statut de prisonnier de guerre (3).

La personne dont le statut aura été ainsi déterminé aura le droit d'exercer un recours contre la décision prise. Elle sera avertie de ce droit et des modalités de son exercice. Le recours sera suspensif. Il devra être examiné par un tribunal militaire d'appel qui appliquera une procédure pénale, au moins analogue à celle prévue dans la section III du titre III de la IV^e Convention.

Pour l'application de cette procédure, la décision relative au statut sera assimilée à un chef d'accusation pouvant entraîner une peine d'emprisonnement pour deux ans ou plus (4) ».

(1) Référence possible à l'article 66 de la IV^e Convention, à la lumière du Commentaire du C.I.C.R. sur la IV^e Convention.

(*) Le très fin et perspicace Président de la Commission III mena les travaux de bout en bout avec une ferme gentillesse et un humour qui lui gagna tous les cœurs et assura un climat qui contribua pour beaucoup à la réussite des travaux.

(2) Référence possible à l'article 71 de la IV^e Convention qui précise également les conditions minimales d'un procès régulier.

(3) Voir, *mutatis mutandis*, l'alinéa 2 de l'article 99 de la IV^e Convention.

(4) L'article 71 de la IV^e Convention oblige la Puissance détentrice à aviser la Puissance protectrice de l'ouverture des poursuites pour tout chef d'accusation pouvant entraîner une peine d'emprisonnement pour deux ans ou plus.

Les sondages effectués montrèrent l'extrême réticence des délégations consultées à alourdir, selon leur opinion, les procédures des tribunaux de campagne appelés à classer les prisonniers sur le terrain. Il leur paraissait peu réaliste de demander à ce stade l'intervention de la Puissance protectrice « qui encombrerait les tribunaux » ou serait matériellement impossible. La plupart d'entre elles en revanche se déclarèrent prêtes à accepter une procédure de recours dans le cadre de l'article 65 (actuel 75) lequel devrait définir les garanties fondamentales minimales — y compris judiciaires — à accorder à toute personne tombée aux mains d'une des Parties en conflit pour des faits en relation avec les hostilités.

La délégation belge ne pouvait évidemment passer outre à ces recommandations sans s'isoler. La question se posait dès lors dans un cadre très différent, et une reformulation complète était nécessaire pour introduire l'idée clef : il s'agissait maintenant de permettre à un individu déjà qualifié comme civil, alors qu'il avait posé un acte en relation avec les hostilités et faisant à ce titre l'objet de poursuites pénales de renverser la qualification lorsque celle-ci se serait opérée dans les circonstances les moins favorables. La Belgique déposa en conséquence avec l'Autriche l'amendement suivant au paragraphe 3 du projet d'article 65 débattu en troisième session, sous la cote CDDH/III/307 : « Insérer au § 3 avant la lettre a) actuel le nouvel alinéa a) suivant :

le tribunal ne pourra tenir pour acquis dès l'ouverture du procès que l'inculpé n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre, à moins qu'une décision coulée en force de chose jugée n'ait été déjà prise en ce sens par un tribunal fonctionnant selon les principes énoncés ci-dessus et que l'inculpé ait eu la faculté d'exercer un recours contre une telle décision en première instance judiciaire.

L'inculpé sera, sous cette réserve, reçu à faire valoir tous faits et arguments ainsi que tous moyens de droit tendant à établir sa qualité de combattant au sens des articles 4 de la III^e Convention et 42 du présent Protocole et par voie de conséquence son droit au statut de prisonnier de guerre.

Même si l'inculpé ne fait pas usage de la faculté énoncée à l'alinéa précédent, le tribunal devra d'office, selon le cas, soit se prononcer sur le statut de l'inculpé, soit constater que ce statut a été déjà fixé en bonne et due forme, et rendre son jugement en conséquence ».

Le chef de la délégation belge, constatant que l'article 65 était en somme « une mini-convention portant surtout sur le respect et la protection de la personne humaine là où cette dernière avait été laissée en dehors du champ d'application des Conventions de Genève de 1949 ou insuffisamment aménagée par la quatrième d'entre elles » rappela la base fragile de la sélection entre combattants et civils capturés pour montrer qu'il fallait ôter à cette

sélection son caractère définitif, si elle ne s'était pas opérée avec suffisamment de garanties, à l'égard du tribunal appelé à juger un civil. Dans ce cas donc, pas de présomption de la qualité de civil, et un droit de recours possible.

« Il s'agit ainsi (...) d'assurer sa dernière chance à l'accusé, face à des juges naturellement pressés à conclure sur la base des faits, quant à l'application de l'article 68 de la quatrième Convention ».

La proposition, sans rencontrer d'objections majeures, suscita un intérêt poli, parfois positif, souvent dubitatif. La commission se demandait où ce projet la mènerait, alors que l'article 42 redevenait la préoccupation majeure du groupe de travail, lancé à cet égard dans une discussion laborieuse et épuisante.

Le rapporteur (*), qui présidait le groupe, fit table rase des amendements formels à l'article 42. Il élaborait un questionnaire posant et sériant tous les problèmes liés à la question de la définition des combattants. Dans cette problématique apparaissaient entre autres les questions posées par les co-auteurs du projet d'article 42 bis. A la surprise de la délégation belge, et à sa satisfaction, le point complémentaire formulé à l'article 65 réapparaissait dans la problématique générale de l'article 42, qui lui avait toujours semblé le cadre le plus naturel de ses efforts.

Le rapporteur entama alors avec le groupe la progression dans les réponses à apporter à son questionnaire. Comme un puzzle, les éléments sur lesquels un consensus se réalisait s'assemblaient avec lenteur, s'articulaient en nouvelles propositions d'articles. Les composantes des projets du C.I.C.R., les amendements étaient ainsi redistribués, orientés, ajustés par touches successives selon les fluctuations d'opinion dans le groupe de travail, marqués aussi de l'empreinte personnelle du rapporteur.

Ainsi, assez vite, apparaissait une première formulation des articles 39, 40, 41, 42 et 42 bis qui, examinés à tour de rôle, réapparaissaient à plusieurs reprises au cours des semaines de discussion, chaque fois sous une forme modifiée, jusqu'à ce que le groupe s'arrête sur la formulation finalement la plus susceptible d'un consensus à proposer à la Commission. L'article 42 bis ne connut ainsi pas moins de quatre versions différentes — en deux bonnes semaines de discussion alternée avec d'autres projets — avant d'être renvoyé à la Commission.

Cette dernière version, comparée avec le projet initial des douze Puissances et avec le projet belge, porte sans nul doute la marque personnelle du rapporteur. Elle dévoile aussi — surtout — l'affrontement subtil auquel cet article, à l'instar de quelques autres, donna lieu en groupe de travail.

Pour s'en rendre compte, reprenons le texte définitif de l'article 45, qu'on retrouvera ci-avant (page 302), le projet d'article 42 bis (page 305) et le projet austro-belge (page 308).

(*) Georges Aldrich, chef de la délégation des Etats-Unis d'Amérique.

Le premier paragraphe de l'article 45 crée, avons-nous dit, un faisceau de *présomptions*. Remarquable idée du Rapporteur qui extrapolait ainsi ce qui, confusément, se sous-entendait du « 42 bis ». Si en effet, par sa seule revendication, le captif oblige le capteur à faire vérifier son droit au statut de prisonnier de guerre, c'est donc que le capteur, bon gré mal gré, doit présumer ce statut jusqu'à décision du tribunal. Pourquoi ne pas pousser plus avant le raisonnement et imposer cette présomption non plus seulement au capteur, mais, au-delà, au tribunal lui-même, provoquant ainsi un renversement de la charge de la preuve au bénéfice de celui qui est le moins bien armé pour l'assumer ? On fait de la sorte d'une pierre deux coups : non seulement on ménage au captif des chances plus grandes pour un examen plus sérieux de son cas mais en outre on met à charge de l'ennemi la preuve positive de la qualité de civil du prisonnier.

Dans le droit existant, celui de 1949, c'est au prisonnier qu'incombe la preuve de sa qualité, dans les conditions que nous avons décrites à propos de l'article 5 (III^e).

Au surplus, le paragraphe est encore enrichi. Outre les présomptions déjà implicites dans le « 42 bis » soit la revendication du statut et l'apparence du statut — c'est-à-dire le doute « positif », la vraisemblance qui permet — et oblige — à reconnaître au moins provisoirement ce statut, apparaît une troisième présomption : la Partie dont dépend la personne capturée revendique pour elle ce statut : cette idée, quoique très théorique, répond dans une mesure non négligeable pourtant aux critiques mentionnées à propos du projet initial d'article 42 bis, et sans nul doute plus fortement encore que ne le réalise la seconde présomption. Elle a en outre l'avantage, si elle s'opère, de donner la preuve automatique de la dépendance du groupement à la Partie dont il se réclame, et de ses corollaires normaux : organisation, discipline, responsabilité...

Toutes ces présomptions restent néanmoins, inévitablement, à la discrétion du capteur. Pour le cas donc où le doute serait « négatif » — et pour ceux des cas qui viennent d'être évoqués qui seraient contestés — on renvoie au tribunal déjà prévu par l'article 5 de la III^e Convention. Mais l'histoire ne se termine pas là...

Le deuxième paragraphe, également débattu de manière serrée, porte, comme tout compromis, la marque évidente de tendances contradictoires : sans doute, satisfaction y est donnée à l'idée belge d'assurer au prisonnier la garantie d'un examen de son statut selon des procédures judiciaires et non administratives, alors que la III^e Convention était muette à cet égard. Par rapport à son expression première cependant, l'idée, il faut bien l'avouer, est ramenée à sa formulation la plus simple. Par souci toujours d'éviter au captif le dilemme « se sauver et perdre les autres », on eût voulu imposer au tribunal la mission de vérifier le statut de l'inculpé même dans le silence de ce dernier, celui-ci eût-il voulu éviter de donner quelque indication que ce fût qui eût été susceptible de donner des informations inconnues — ou supposées telles — à l'ennemi.

Cette idée, sans nul doute théorique elle aussi à plus d'un égard, ne pouvait en tout état de cause pas jouer contre l'inculpé.

Mais la négociation est parfois aussi faite de simplifications...

La possibilité d'examiner le statut de l'inculpé à titre préjudiciel n'était pas une idée à laquelle la délégation belge tenait particulièrement. Les avantages éventuels de procédure, le fait que les circonstances de la cause seraient ainsi, dans le meilleur des cas, examinées sous deux angles différents par le même tribunal, la rendaient sans doute préférable à certains égards, mais certes pas au point de la défendre avec becs et ongles puisqu'il appartenait aussi à l'ennemi de la mettre en œuvre. Mais l'idée une fois avancée, d'autres délégations la retinrent avec un acharnement que la délégation belge eût en fait préféré voir se porter sur d'autres aspects de l'article en discussion.

Acquis transparent de ce paragraphe, l'assurance d'une procédure judiciaire garantit par la même occasion l'appel possible, sur les mêmes faits, de la décision de première instance. Enfin et surtout apparaît, quoique marquée d'une réserve quasi inévitable en la circonstance, l'intervention de la Puissance protectrice, pour laquelle la délégation belge, faut-il le dire, ne fut pas seule à se battre. La réserve de la sûreté de l'Etat, avancée d'abord par les pays de l'Est, apparut en réalité nécessaire à une grande majorité de délégations. Son application exceptionnelle fut toutefois soulignée avec vigueur.

Le paragraphe troisième est la reprise presque intégrale du paragraphe projeté à l'origine. On a considéré que la section III du titre III de la IV^e Convention s'appliquait sans qu'il fût besoin d'y faire référence ici.

L'article 5 de cette même Convention n'est plus applicable, de manière expresse, pour ce qui concerne les territoires occupés, qu'en matière d'espionnage, tel que celui-ci est précisé, et il est important de le noter, dans le protocole.

Qu'est-il alors advenu des autres propositions figurant dans le projet des 12 puissances, non reprises dans l'article 45 nouveau ?

Le paragraphe 2 ancien relatif aux conséquences que pourraient entraîner les infractions individuelles se retrouve dans l'article 44 nouveau avec une portée analogue à celle exposée ci-avant.

A cet égard donc, les textes sont satisfaisants, même si on avait pu espérer, avec les Norvégiens, que la Conférence admettrait de transformer l'ultime condition d'obtention du statut de prisonnier de guerre en une infraction — même grave — au droit de la guerre. Il reste évidemment à savoir quel sort les Puissances, par le jeu des réserves au Protocole, feront à cette disposition.

Par contre, le paragraphe 4 du projet initial (*) ne se retrouve plus dans aucune des dispositions adoptées. Il fit en effet l'objet d'une obstruction systématique et très dure en groupe de travail. Il fallut bien l'abandonner

(*) qui faisait du C.I.C.R. un substitut automatique des Puissances protectrices à défaut de celles-ci, dans le cadre de toute procédure pénale engagée aussi bien contre un prisonnier de guerre que contre un civil en territoire occupé.

pour sauver les autres éléments acquis de l'article, malgré un baroud anglo-belge de dernière heure pour en présenter une version simplifiée et limitée à la seule procédure de détermination du statut de prisonnier de guerre. Même cette version fut massacrée avec une rare violence, sous prétexte qu'elle aussi remettait en cause le difficile « compromis » sur la désignation des Puissances protectrices ou de leur substitut, prévue à l'article 5 du Protocole. En fait de compromis, la Conférence s'était pratiquement contentée de réaffirmer le droit existant. Mais peut-être ce dernier abandon fut-il le prix à payer pour l'acceptation de l'article 42 bis en Commission.

En effet, l'article 45 fut adopté par consensus, d'abord en III^e Commission, ensuite en séance plénière de la Conférence.

Ironie du sort, en même temps que cet article était adopté, une méchante querelle éclatait à propos de la protection des pilotes d'avions en perdition. Cette querelle subsista jusqu'à la fin ultime des débats sur cette question, et escorta, pour ainsi dire, l'article 45 dans ses tribulations.

La portée de l'article 45 dans le prolongement de la problématique de l'article 42 (44 nouveau) lui avait pourtant valu, à la longue, un vif intérêt de la part de nombreuses délégations, et des défenseurs résolus, à ce titre, non seulement parmi les Occidentaux mais aussi parmi les Arabes et les Africains.

On en veut d'ailleurs pour preuve qu'à l'initiative du Professeur Abi Saab, délégué de l'Egypte, aussitôt soutenu par la Suisse et la Belgique, on tint compte à deux titres de cet article dans l'élaboration également difficile de l'article 85 nouveau du Protocole, relatif à la répression des infractions à cet instrument.

Ainsi, constitueront des infractions graves au Protocole, les actes qualifiés d'infraction grave dans les Conventions, s'ils sont commis contre des personnes au pouvoir d'une Partie adverse protégée par les articles 44, 45 et 73 du Protocole.

Ainsi aussi, sera considéré comme infraction grave au Protocole, lorsqu'il sera commis intentionnellement, le fait de priver une personne protégée, par l'article 45 notamment, de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement.

L'article 45 ne devra décidément pas être appliqué à la légère... Au surplus, l'article 85 spécifie bien, pour ceux qui, estimant l'article 45 muet sur ce point, voudraient l'oublier, que la phase du procès relative au statut du prisonnier doit, elle aussi, se dérouler *régulièrement et impartialement*.

*

* *

Ne se limitant pas à élargir le statut de combattant et de prisonnier de guerre en aménageant les « conditions de 1907 », la Conférence a voulu aller jusqu'à la limite du possible — de l'acceptable pour certains — dans la mise en œuvre effective de cet élargissement, la reconnaissance dans les faits de l'application des conditions nouvelles d'obtention du statut de prisonnier de

guerre; à défaut de pouvoir soustraire cette mise en œuvre à l'appréciation du capteur, comme on eût idéalement voulu le faire, elle a, du moins, veillé à en assurer le respect, en instaurant un recours nécessaire aux instances juridiques de la Puissance captrice, selon des normes aussi respectueuses qu'il était possible, du droit. Otant à l'ennemi l'arbitraire absolu, elle a créé non seulement des présomptions en faveur du captif elle a aussi conféré à ce dernier un droit, véritablement subjectif, assurant sa défense. Le guerillero, le résistant capturés, jusqu'alors tristes objets de droit, deviennent sujets de droit et assument enfin une part tangible dans l'accomplissement de leur destin. L'aiguillage n'est plus hors contrôle. Il ne pourra plus prendre la forme dérisoire d'une formule administrative hâtivement complétée et sans appel.

Bien sûr l'article 45 n'est pas la solution idéale au problème posé. Des propositions, avancées pour l'améliorer, n'ont pas été retenues. Même ces propositions n'eussent pas suffi. On eût souhaité un tribunal international composé de ressortissants de pays neutres, soit le comble de l'utopie, on n'eût pas encore atteint l'idéal, car l'esprit de perfection ne suffit pas si, placé dans un système, il n'atteint pas aussi les hommes. De toute manière, au-delà de ce simple article, il reste un moment où le droit n'est plus rien devant le tumulte des circonstances, inapte à prouver et à sanctionner : le moment où le combattant a l'ennemi au bout du fusil et fait son propre choix entre la capture et la mort de l'être humain qui lui fait face.

Mais jusque-là où le droit peut aller, jusque-là aussi où les négociateurs ont bien voulu qu'il aille, ce dernier jugement vaut-il d'être retenu :

« A notre estime, il n'est guère d'article dans lequel les situations concrètes, en l'occurrence celle de l'homme se trouvant dans les conditions dramatiques d'arrestation ou de capture, pour avoir commis un acte d'hostilité à l'égard de la Partie adverse, aient été pesées avec plus de soin et plus de souci du respect du droit ».

(Jean De Breucker, 4^e session de la Conférence diplomatique de Genève, séance plénière, mai 1977).