COMBATTANTS ET NON-COMBATTANTS : L'EXPÉRIENCE DE LA GUERRE ENTRE L'IRAK ET L'IRAN (*)

PAR

Paul TAVERNIER

Professeur à l'Université de Rouen (France)
Directeur du CREDHO
(Centre de recherches et d'études
sur les Droits de l'Homme
et le droit humanitaire)

La distinction entre les combattants et les non-combattants est au cœur du droit des conflits armés, c'est-à-dire du droit de la guerre (droit de La Haye) et du droit humanitaire (droit de Genève). Pourtant, comme le fait remarquer Jean Pictet, le principe de la distinction mit longtemps à s'établir : « On a, pendant des siècles, considéré que la guerre opposait non seulement les États et leurs armées, mais aussi les peuples ; de la sorte, les civils étaient abandonnés au bon vouloir des vainqueurs, qui, trop souvent, lorsqu'ils leur laissaient la vie, les soumettaient au travail forcé, pillaient leurs biens et les traitaient au mépris des droits les plus élémentaires » (1). Le progrès des règles du droit a donc consisté à séparer nettement ceux qui prennent part au combat et ceux qui restent étrangers à celui-ci.

Ce processus a été très lent et a exigé plusieurs siècles dans les pays de tradition européenne, mais il n'est pas inconnu dans les pays de tradition islamique. Selon Hamed Sultan, ancien professeur de droit public à l'Université du Caire, « dans la conception islamique humanitaire, il est un devoir de distinguer entre deux catégories de personnes en cas de conflit armé de quelque nature qu'il soit : les combattants et les non-combattants. Les hostilités ne sont permises qu'entre combattants. Les actes hostiles ne sont jamais permis ou tolérés contre les non-combattants. C'est une règle fondamentale et impérative dans le système de l'Islam ... Les juristes de l'Islam sont unanimes sur l'obligation de distinguer entre combattants et

(*) Cette étude a été présentée tout d'abord en anglais lors du colloque de l'Institut Asser sur « La Guerre du Golfe au regard du Droit international », La Haye, 23 novembre 1990, et doit faire l'objet d'une publication en anglais dans un ouvrage portant le titre : « The Gulf War in international legal perspective », édité par I. Dekker et H. Post.

(1) PICTET, J., *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève-Paris, 1983, p. 63.

non-combattants » (2). Une telle convergence est réconfortante, mais, dans la pratique, la distinction entre les combattants et les non-combattants soulève encore bien des problèmes. Les discussions qui ont abouti à l'adoption du Protocole I de 1977 en ont fourni amplement la démonstration. Ce texte a pris en compte les nouvelles méthodes de combat de la guérilla et des guerres de libération nationale qui rendent beaucoup plus difficile la séparation entre combattants et non-combattants (3). D'autre part, l'évolution des guerres modernes, qui prend souvent la forme de la guerre totale, conduit aussi à effacer la frontière entre ceux qui participent au combat et ceux qui n'y participent pas. Or la guerre du Golfe, qui a opposé pendant près de huit années (septembre 1980 à août 1988) l'Irak à l'Iran, présente à bien des égards les caractères d'une guerre totale. Est-ce à dire, comme l'affirme Maurice Torrelli, que cette guerre « relève de la logique de la guerre totale qui nie le droit humanitaire et qui accuse l'impuissance de la communauté internationale » (4) ? Une conclusion aussi pessimiste nous semble exagérée. Certes, l'application des règles du droit de Genève ou du droit de La Haye, qui consacrent la distinction entre les combattants et les non-combattants, s'est heurtée à des difficultés dans la guerre irako-irannienne, mais les belligérants n'ont pas récusé ces règles en elles-mêmes. Au contraire, ils les ont invoquées pour accuser l'autre partie de les avoir violées, sans toutefois se demander si, de leur côté, ils respectaient toujours ces principes.

Il est donc intéressant d'examiner le comportement des deux États dans ce conflit qui a fait de nombreuses victimes civiles et militaires (5), et de le confronter aux règles existantes du droit international. Un tel examen permettra de vérifier, une fois de plus, qu'il subsiste certaines lacunes dans le droit international applicable aux conflits armés, mais que le plus souvent, la règle de droit existe : il suffit de l'appliquer. Encore faut-il que les États soient disposés à la respecter. Il n'est pas possible, dans le cadre limité de cette étude, de passer en revue tous les aspects du droit des conflits armés qui se réfèrent à la distinction des combattants et des non-combattants : ils sont beaucoup trop nombreux et certains ont été abordés et traités fort savamment par ailleurs. Nous nous bornerons, par conséquent, à examiner deux questions qui intéressent directement notre sujet

(2) SULTAN, H., « La conception islamique », in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris-Genève, 1986, p. 58.

(3) L'article I^{er} du Protocole I a intégré, on le sait, les guerres de libération nationale dans les conflits armés internationaux.

(4) TORRELLI, M., « La guerre du Golfe et le droit humanitaire », Rapport présenté aux Journées du C.E.D.S.I., Grenoble 7-8 décembre 1989, sur « Les enseignements militaires, politiques, juridiques et économiques de la guerre du Golfe ».

(5) Les évaluations relatives aux victimes de la guerre du Golfe sont très variables et parfois fantaisistes. Elles se chiffrent pas centaines de mille ou par plusieurs millions. Il serait, dans ces conditions, fort utile de disposer d'une étude sérieuse et fiable sur la question.

et qui ont soulevé bien des polémiques durant la guerre du Golfe : la question des prisonniers de guerre et celle des enfants-soldats.

I. LE PROBLÈME DU STATUT DES PRISONNIERS DE GUERRE

L'évolution du droit humanitaire a tendu à faire bénéficier du statut de prisonnier de guerre un nombre de plus en plus grand de catégories de personnes afin de couvrir l'ensemble des combattants par opposition aux non-combattants soumis à d'autres dispositions protectrices (6). Seuls sont exclus du statut de prisonnier de guerre les espions et les mercenaires (articles 46 et 47 du Protocole I de 1977). Toutefois, la guerre du Golfe a montré que, dans la pratique, certains problèmes se posaient.

Le sort des prisonniers de guerre dans ce conflit a ému l'opinion publique mondiale et la communauté internationale (7). Le Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.) a rencontré beaucoup de difficultés dans l'accomplissement de la mission qui lui est confiée par la IV^e Convention de Genève de 1949. Pourtant, dès le début des hostilités, le C.I.C.R. est intervenu, aussi bien en Iran qu'en Irak. Il a procédé à des visites des camps de prisonniers et il a facilité les échanges de prisonniers. Cette action méritoire s'est heurtée à des obstacles de toutes sortes qui l'ont conduit à recourir à deux reprises à une procédure inhabituelle, l'appel en mai 1983 puis en février 1984 à l'ensemble des États parties aux Conventions de Genève de 1949 leur demandant de déployer tous leurs efforts pour que le droit humanitaire soit intégralement respecté dans le conflit entre l'Irak et l'Iran (8).

L'action de la Croix-Rouge risquant de se trouver paralysée, l'Organisation des Nations Unies a en quelque sorte pris le relais du C.I.C.R. Le Secrétaire général de l'O.N.U., malgré des pouvoirs très limités, a réussi à mener une action intéressante, obtenant l'accord des deux parties pour envoyer sur place des missions afin d'examiner la situation des prisonniers de guerre en 1985 et en 1988 (9). Les rapports des deux missions constituent une source d'information très utile, qui complète les éléments fournis dans les publications du C.I.C.R. et notamment dans ses rapports d'activité. Toutefois, le Conseil de sécurité ne s'est pas prononcé sur leur contenu, bien qu'il ait traité de certains aspects de la question des prisonniers de guerre, soit de manière indirecte, soit de façon plus explicite. Dans la réso-

(6) LAPIDOTH, R., « Qui a droit au statut de prisonnier de guerre ? », *R.G.D.I.P.* (1978), pp. 170 et suiv.

(7) TAVERNIER, P., « La guerre du Golfe : quelques aspects de l'application du droit des conflits armés et du droit humanitaire », 30 *A.F.D.I.* (1984), pp. 61 et suiv.

(8) SANDOZ, Y., « Appel du C.I.C.R. dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran », 29 *A.F.D.I.* (1983), pp. 161 et suiv.

(9) S/16962 du 22 février 1985 et S/20147 du 24 août 1988, rapports des missions envoyées par le Secrétaire général.

lution 540 du 31 octobre 1983, il « condamne toutes les violations du droit humanitaire international, en particulier les dispositions des Conventions de Genève de 1949 sous tous leurs aspects » (§ 2), mais il ne vise pas spécifiquement le problème des prisonniers de guerre. En revanche, dans la résolution 582 du 24 février 1986, le Conseil « demande instamment qu'un échange complet de prisonniers de guerre soit rapidement mené à bien dès la cessation des hostilités, en coopération avec le Comité international de la Croix-Rouge » (§ 4) et dans la résolution 598 du 20 juillet 1987, qui a été acceptée finalement par les deux parties et qui a conduit au cessez-le-feu un an plus tard, il « demande instamment que les prisonniers de guerre soient libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives, en conformité avec la troisième Convention de Genève du 12 août 1949 » (10). Cette dernière disposition a d'ailleurs donné lieu à des divergences d'interprétation entre l'Iran et le C.I.C.R. (11).

Finalement, le rapatriement des prisonniers de guerre n'a pu commencer réellement qu'au mois d'août 1990 après le renversement spectaculaire de la position irakienne vis-à-vis de l'Iran, à la suite de l'invasion du Koweït par les troupes de Bagdad. Plus de 70 000 prisonniers, selon les chiffres fournis par le C.I.C.R., ont pu regagner leur pays (12). La Croix-Rouge a indiqué que ses délégués avaient enregistré l'identité des prisonniers et qu'elle s'était assurée de leur volonté de retourner dans leur pays. Elle a ajouté que parmi les prisonniers rapatriés figuraient des captifs qui n'avaient pas été visités par le C.I.C.R. durant leur captivité, tant en Irak qu'en Iran, et que ses délégués les avaient enregistrés à cette occasion.

En effet, parmi les très nombreuses questions de fait et de droit soulevées à propos des prisonniers de guerre dans le conflit irako-iranien, beaucoup concernent le traitement qui leur a été accordé et qui n'a pas toujours été conforme aux dispositions de la III^e Convention de Genève. Mais, d'autres touchent au statut de prisonnier de guerre : ce sont les seules qui nous intéressent ici car elles mettent en cause la distinction des combattants et des non-combattants. Trois séries de problèmes seront retenus car ils ont soulevé des difficultés particulières : le cas des civils internés en Irak, le statut

(10) Voir TAVERNIER, P., « La résolution 598 du 20 juillet 1987 et le rôle du Conseil de sécurité dans la guerre entre l'Irak et l'Iran », *ARES*, 1988/2, pp. 209 et suiv. ; TAVERNIER, P., « Le caractère obligatoire de la résolution 598 (1987) du Conseil de sécurité relative à la guerre du Golfe », *1 European Journal of International Law* (1990), pp. 278 et suiv. Voir aussi DECAUX, E., « La résolution 598 (1987) du Conseil de sécurité et les efforts de paix des Nations Unies entre l'Iran et l'Irak », *34 A.F.D.I.* (1988), pp. 62 et suiv.

(11) Voir lettres de l'Irak : S/20478 (22 févr. 1989) ; S/20597 (18 avril 1989) ; S/20754 (27 juill. 1989) ; S/20814 (28 août 1989) ; S/20892 (10 oct. 1989) ; S/20913 (23 oct. 1989) ; S/21092 (18 janv. 1990) ; S/21097 (22 janv. 1990). Lettres de l'Iran : S/20798 (18 août 1989) ; S/21104 (24 janv. 1990). Sur ce problème, SAHOVIC, M., « La question de la libération des prisonniers de guerre entre l'Irak et l'Iran », *35 A.F.D.I.* (1989), pp. 259 et suiv.

(12) Bulletin du C.I.C.R., n° 177, octobre 1990. Selon l'Iran, le quart des prisonniers iraniens rapatriés après le cessez-le-feu étaient des civils dont la captivité en Irak constituait en soi une violation du droit international (S/20529, 17 mars 1989).

des bassijis et des pasdarans et celui des détenus non irakiens en Iran. Il convient toutefois de préciser un point préalable : celui de l'enregistrement des prisonniers.

A. *L'obligation d'enregistrer les prisonniers*

Il ressort des documents de la Croix-Rouge (C.I.C.R.) comme de l'O.N.U., et notamment des deux rapports de 1985 et 1988, que les deux parties n'ont pas enregistré la totalité des personnes qu'elles détenaient, contrairement aux obligations que leur imposent les Conventions de Genève de 1949, pourtant en vigueur à l'égard de l'Irak comme l'Iran (13). Les deux gouvernements se sont d'ailleurs accusés mutuellement de détenir des prisonniers dans des camps secrets et ont invoqué des considérations fondées sur les idées de réciprocité et de représailles pour justifier leur comportement. Le rapport de la mission de l'O.N.U. de 1988 fait valoir, à juste titre, que ces considérations, qui ont été avancées pour retarder les opérations d'enregistrement, ne devraient pas intervenir dans le contexte des questions humanitaires (14). De plus, l'article 13 de la III^e Convention de Genève interdit les mesures de représailles à l'encontre des prisonniers de guerre.

B. *Le cas des civils internés en Irak*

Le droit des conflits armés distingue deux hypothèses, celle des combattants qui sont tombés au pouvoir de l'ennemi et qui doivent être considérés comme des prisonniers de guerre (article 4 de la III^e Convention de Genève) et celle des personnes civiles qui peuvent éventuellement être internées (article 79 de la IV^e Convention, qui renvoie aux articles 41, 42, 43, 68 et 78). Or l'Iran a accusé l'Irak d'avoir violé ces dispositions et notamment l'article 49 de la IV^e Convention qui interdit « les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non » (15). Selon Téhéran, le gouvernement de Bagdad aurait ainsi déporté environ 75 000 personnes au début du

(13) L'Iran a signé les quatre Conventions de Genève le 8 décembre 1949 et les a ratifiées le 20 février 1957 tandis que l'Irak a accédé à celles-ci le 14 février 1956.

(14) S/20147, §§ 104-105 et 129. Les autorités iraniennes ont transmis à la mission de 1985 une liste de 20 000 noms concernant des personnes ne figurant pas sur les listes ou disparues et dont beaucoup seraient détenues dans des camps clandestins ; une précédente liste de 10 000 noms avait déjà été communiquée deux ans plus tôt à la Commission des Droits de l'Homme pour enquête (§ 77 du rapport). Quant à l'Irak, il a accusé l'Iran de n'avoir pas enregistré 15 000 prisonniers irakiens dont plus de 1 500 officiers, mais la mission de l'O.N.U. n'a pas pu vérifier ces allégations (§§ 194 à 201 du rapport de 1985).

(15) L'article 49 a également été invoqué dans le contexte des territoires arabes occupés par Israël et le Conseil de sécurité a eu l'occasion de rappeler à plusieurs occasions les obligations d'Israël sur ce point.

conflit, lorsque celui-ci se déroulait sur le sol iranien (16). Le C.I.C.R. a reconnu dans le Mémoire annexé à l'appel du 7 mai 1983 que « plusieurs dizaines de milliers de civils iraniens, originaires des régions frontalières de Khouzistan et du Kurdistan, résidant dans les zones tombées sous le contrôle des forces armées irakiennes, ont été déportées vers le territoire de la République d'Irak, en violation grave de la IV^e Convention » et il ajoutait : « les délégués du C.I.C.R. n'ont eu accès à ces populations que d'une manière partielle et incomplète ».

L'Irak n'a pas contesté les faits mais a fait valoir qu'il considérait ces citoyens iraniens comme des réfugiés civils et non pas comme des déportés, des détenus ou des internés, et il avait accepté de les faire bénéficier des dispositions de la IV^e Convention de Genève (17). La mission de l'O.N.U. en 1985 donne des renseignements sur un camp de 25 000 civils d'origine arabe, de la région du Khouzistan (§§ 84-92 du rapport) et la mission de 1988 est plus précise encore (§§ 109-116), l'Irak ayant reconnu l'existence de trois camps regroupant 25 000 personnes d'origine irano-kurde, 30 000 d'origine irano-arabe et 300 d'origine iranienne.

Par ailleurs, l'Iran s'est plaint de l'existence de civils iraniens détenus dans des camps de prisonniers de guerre en Irak. Le C.I.C.R., dans son Mémoire de 1983, a reconnu l'exactitude de ces allégations qui concernent plus d'un millier de civils, dont des vieillards et des femmes. L'Irak, pour se justifier, a soutenu que ces personnes avaient été capturées alors qu'elles participaient activement aux hostilités et les armes à la main (18). Pour sa part, la mission de l'O.N.U., en 1985, soulignait qu'elle considérait « la présence dans les camps de prisonniers de guerre de l'Irak, d'un certain nombre de détenus qui ne devraient pas normalement s'y trouver comme établie sans le moindre doute » (§ 97 du rapport).

L'Iran a également fait état de la violation du Protocole I de 1977 en ce qui concerne la détention de membres du Croissant-Rouge : médecins, assistants et autres catégories de personnel, ces personnes n'ayant pas été autorisées à entrer en contact avec les membres de la Croix-Rouge ni avec leurs familles (19). Il est vrai que l'article 15 du Protocole I prévoit la protection du personnel sanitaire et religieux civil, mais selon le Commentaire du C.I.C.R. « aucune disposition particulière n'est prévue au cas où des membres du personnel sanitaire civil tombent entre les mains de la partie adverse (en dehors du cas d'occupation de territoires) » (20). Pour le C.I.C.R., ces personnes devraient en tout état de cause être protégées au sens de la IV^e Convention. Toutefois, il faut souligner que le Protocole I

(16) S/17299.

(17) S/16978, 16996 et 17397.

(18) S/17435.

(19) S/16962, §§ 101-108 et Appendice I. Voir aussi S/16998 (4 mars 1985).

(20) Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, C.I.C.R., Genève, 1986, p. 190.

n'est pas en vigueur entre l'Irak et l'Iran, puisque seul l'Iran l'a signé mais ne l'a pas ratifié. Le rapport de la mission envoyée par le Secrétaire général en janvier 1985 se place d'ailleurs sur le terrain de la première Convention relative aux blessés et aux malades qui prévoit que le personnel des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et celui d'autres sociétés d'assistance volontaire doit être respecté en toutes circonstances : articles 24 et 26. S'il tombe entre les mains de l'adversaire, il ne doit être retenu que dans la mesure où l'état de santé et le nombre des prisonniers de guerre l'exigent (article 28) et dans le cas contraire il doit être rapatrié (articles 30 et 31).

Il est vrai que l'Irak a fait savoir à la mission du Secrétaire général que les médecins et assistants qu'il détenait devaient être considérés comme personnel militaire, puisqu'ils étaient membres de l'armée régulière ou, même s'ils étaient en civil, ils faisaient partie des forces volontaires. Toutefois, selon l'article 28 de la première Convention, le personnel sanitaire et assimilé qui est retenu n'est pas considéré comme prisonnier de guerre, même s'il bénéficie des avantages prévus dans la III^e Convention (voir aussi article 33 de la III^e Convention).

Un autre cas particulier a été soulevé par les autorités iraniennes, celui de M. Tondguyan, ministre du Pétrole, et de ses collaborateurs, faits prisonniers par les forces irakiennes, que la mission envoyée par le Secrétaire général n'a pu rencontrer (21).

Le cas des civils iraniens considérés par l'Irak comme des prisonniers de guerre montre qu'il est parfois difficile de tracer clairement la frontière entre les combattants et les non-combattants (22), d'autant plus que Bagdad a prétendu que certaines de ces personnes avaient participé aux combats aux côtés des forces régulières, ce qui posait le problème du statut des pasdarans et des bassijis.

C. *Le cas des pasdarans et des bassijis*

S'il y a désaccord sur le statut de certaines personnes, considérées comme civiles par l'Iran et comme des combattants par l'Irak, en revanche les deux pays semblent se rejoindre pour reconnaître aux pasdarans (Gardiens de la Révolution islamique, *Islamic Revolutionary Guards*) et aux bassijis (membres de l'Armée des Volontaires du Peuple, *members of the Volunteer Mass Army*) le statut de combattants, et donc de prisonniers de guerre, lorsqu'ils sont aux mains de l'adversaire. L'Iran reproche à l'Irak non pas

(21) S/16962, §§ 98-100. Voir aussi S/20762 du 31 juillet 1989 (lettre de l'Iran). Le cas de M. Tondguyan a été à nouveau évoqué récemment. Alors que l'Iran affirme qu'il a des preuves qu'il est toujours vivant et détenu dans une prison secrète en Irak, les autorités de Bagdad soutiennent qu'il est mort durant sa détention. Le C.I.C.R. a d'ailleurs reçu son certificat de décès. Voir *Le Monde*, 24 octobre 1990.

(22) Selon l'Iran, l'Irak a libéré 600 prisonniers environ entre 1980 et 1985, dont à peu près 400 étaient des civils : S/18895 (4 juin 1987) et S/20012 (13 juill. 1988).

le statut que celui-ci leur attribue, mais le traitement qu'il leur inflige : il soutient que des atrocités ont été commises contre ces deux groupes de combattants, notamment des mutilations et des exécutions (23). Devant la mission envoyée par le Secrétaire général, les autorités iraniennes se sont plaintes plus particulièrement de l'exécution massive des détenus faisant partie des Gardiens de la Révolution, en application de directives émanant des autorités militaires irakiennes. L'Irak a nié l'existence de telles directives et de tels massacres et la mission du Secrétaire général ne s'est pas estimée en mesure de se prononcer (24).

Il ressort en tout cas des prises de positions des deux belligérants que le statut de combattant doit être reconnu aussi bien aux pasdarans qu'aux bassijis. L'Iran invoque à cet égard l'article 45 du Protocole I, qu'il n'a pourtant pas ratifié (25). Quant à l'Irak, il admet que « dans le cadre des efforts de guerre déployés par l'Iran, de nombreuses personnes avaient participé aux combats aux côtés des forces régulières, notamment les Gardiens de la Révolution et d'autres volontaires » (26).

On peut en effet rappeler que le droit humanitaire a tendance à élargir la notion de combattant au regard du statut de prisonnier de guerre. Le règlement de 1907 prévoit que « les forces armées des parties belligérantes peuvent se composer de combattants et de non-combattants » (article 3), mais il ajoute immédiatement qu'« en cas de capture par l'ennemi, les uns et les autres ont droit au traitement des prisonniers de guerre » (27). La III^e Convention de Genève de 1949 entend très largement la notion de personnes ayant droit à la qualité de prisonnier de guerre (article 4) et elle vise notamment, à côté des « membres des forces armées » (*members of the armed forces*), les « membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires » (*members of other militias and members of other volunteer corps*). Quant au Protocole I de 1977, il poursuit l'élargissement de la notion de combattant (articles 43, 44 et 45). Tous les membres des forces armées d'une partie à un conflit sont des combattants (art. 43, paragraphe 2), la distinction faite par le règlement de 1907 étant abandonnée. De plus, « tout combattant, au sens de l'article 43, qui tombe au pouvoir d'une partie adverse est prisonnier de guerre » (article 44, paragraphe 1) et l'article 45, sur lequel l'Iran s'appuie, prévoit une présomption en faveur de la qualité de prisonnier de guerre pour toute personne qui prend part à des hostilités.

Il semble cependant inutile de se référer au Protocole I qui ne lie pas l'Irak et l'Iran alors que les Conventions de Genève de 1949 sont en vigueur entre ces deux pays et qu'elles s'appliquent sans conteste aux pasdarans et

(23) *A review of the imposed war*, Ministry of Foreign Affairs of Iran, 1983, p. 66.

(24) S/16962, §§ 72-76.

(25) *A review of the imposed war*, *ibid.*

(26) S/16962, § 94.

(27) Le règlement de 1907 est annexé à la IV^e Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre. Il a été signé, mais non ratifié par la Perse le 18 octobre 1907.

aux bassijis. L'attitude concordante des deux belligérants trouve d'ailleurs une confirmation dans le comportement adopté par certains États tiers. C'est ainsi que, selon Ronzitti, les États-Unis « ont traité les marins de l'*Iran Ajr*, attaqués au moment où ils étaient en train de mouiller des mines, comme des prisonniers de guerre » (28).

Il n'en demeure pas moins que l'Irak paraît avoir une conception plus large de la notion de combattant que l'Iran puisqu'il englobe dans cette catégorie des personnes que Téhéran considère, non sans raison, comme des civils. En revanche, on peut se demander si l'exclusion de certaines personnes du statut de combattant de la part des autorités iraniennes se justifiait.

D. *Le cas des détenus non irakiens en Iran*

Les missions envoyées par le Secrétaire général des Nations Unies en 1985 et 1988 ont signalé la présence d'environ deux cents détenus non irakiens dans le camp de Davoudieh en Iran (29). Les principales nationalités représentées sont l'Égypte, le Liban, la Somalie et le Soudan, mais il y a aussi des ressortissants originaires d'Algérie, de Djibouti, des Émirats arabes unis, d'Éthiopie, de Jordanie, de Libye, du Maroc, de Mauritanie, du Nigeria, de la Syrie et de Tunisie, au total 17 pays, arabes essentiellement. Ces détenus ont été capturés en 1983 et 1984. Certains ont déclaré être des civils (pêcheurs ou travaillant pour le compte de la Société nationale irakienne des pétroles), mais un grand nombre ont affirmé qu'ils étaient des soldats engagés volontaires dans l'armée populaire irakienne. Aucun de ces détenus n'avait été vu par le C.I.C.R. en 1985 et la plupart n'avaient pas été enregistrés par l'organisme de Genève en 1988.

Au point de vue juridique, il faut évidemment distinguer le cas des civils et celui des engagés volontaires qui doivent être traités comme des combattants. Pour la mission envoyée par le Secrétaire général en 1985, « il ne fait ... aucun doute que les civils qui sont des nationaux de pays non belligérants doivent être renvoyés dans leur pays d'origine » (30). Il est vrai que la IV^e Convention de Genève de 1949 contient des dispositions relatives aux étrangers sur le territoire d'une partie au conflit (titre III, Section II, articles 35 à 46). Ces dispositions prévoient au profit des personnes protégées le droit de quitter le territoire (articles 35-36), mais elles n'interdisent pas leur internement (article 41). De plus, les ressortissants des États non

(28) RONZITTI, N., « La guerre du Golfe, le déminage et la circulation des navires », in 33 *A.F.D.I.* (1987), pp. 658 et suiv. L'auteur fait remarquer, avec raison, que « la distinction entre combattants réguliers et combattants irréguliers a peu de place dans le théâtre maritime où l'accent est posé plutôt sur la nature du navire ». Or si les États-Unis ont qualifié l'*Iran Ajr* de navire de guerre (S/19149), l'Iran a soutenu qu'il s'agissait d'un navire de commerce (S/19153 et S/19161).

(29) S/16962, §§ 263-267 et S/20147, § 65.

(30) S/16962, § 266.

belligérants ne sont protégés par la IV^e Convention que si leur État n'a pas de représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent (article 4).

Quant aux engagés volontaires, ils doivent être considérés comme des combattants. À ce titre, ils devraient avoir droit au statut de prisonniers de guerre. Toutefois l'Iran leur refuse ce statut estimant qu'il s'agit de mercenaires et s'appuie notamment sur l'article 47 du Protocole I. Outre le fait que Téhéran n'a pas ratifié le Protocole I, on peut se demander si les personnes en question entrent bien dans la définition du mercenaire figurant au paragraphe 2 de l'article 47. Certaines des conditions requises semblent remplies (alinéas *a*, *b*) et *f*). En revanche, les conditions prévues aux alinéas *c*, *d*) et *e*) ne paraissent pas réunies dans la mesure où, selon le rapport de la mission de l'O.N.U. de 1985, « ces militaires ne semblent pas avoir agi en vue d'obtenir un avantage personnel et, en tout état de cause, il ne leur avait pas été promis de rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui était promise ou payée à d'autres combattants irakiens ; ou bien il s'agissait de résidents de l'Irak ou de territoires précédemment sous contrôle irakien ; ou bien ils étaient de toute façon membres des forces armées irakiennes » (31).

La définition du mercenaire figurant à l'article 47 du Protocole I a été reprise en 1989 dans la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (32) dont l'article 1^{er}, paragraphe 1 reprend les six conditions prévues en 1977, à l'exception de la seconde, à savoir la part directe prise aux hostilités (33). De toutes façons, l'article 16 de la nouvelle Convention précise qu'elle « n'affecte pas ... *b*) le droit des conflits armés et le droit international humanitaire, y compris les dispositions relatives au statut de combattant ou de prisonnier de guerre ».

Quoi qu'il en soit de la qualification juridique des détenus non irakiens en Iran, il apparaît, en pratique, que les autorités de Téhéran les ont traités comme les autres prisonniers de guerre et que certains d'entre eux ont été libérés (34).

De tous les cas passés en revue (civils internés en Irak, pasdarans et bas-sijis, détenus non irakiens en Iran), sans omettre d'autres cas particuliers signalés dans les rapports des deux missions envoyées par le Secrétaire général en 1985 et 1988, comme celui du personnel capturé par des forces

(31) S/16962, § 267. Sur les problèmes posés par la définition du mercenaire, voir TERCINET, J., « Les mercenaires et le droit international », 23 *A.F.D.I.* (1977), p. 269 et seq. ; DAVID, E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, 1978, 459 p.

(32) A/RES/44/34 du 4 décembre 1989 adoptée sans vote.

(33) Selon le commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977, publié par le C.I.C.R. (Genève 1989, p. 589), cette condition exclut de la définition des mercenaires les conseillers et techniciens militaires étrangers, tant qu'ils ne prennent pas une part directe aux hostilités.

(34) S/20147, § 65 ; S/21078 (15 janv. 1990).

irrégulières et détenu sur le territoire de l'autre partie (par exemple les Iraniens que l'Armée de libération des moudjahidin Khalq retiendrait prisonniers) (35), il ressort que la distinction entre les combattants et les non-combattants, simple en théorie, n'est pas facile à appliquer. Certes, il n'y a pas de désaccord fondamental sur les normes juridiques. En revanche, il y a souvent un problème de qualification des faits, problème qui apparaît comme un problème de droit et non de pur fait. Dans ces conditions, la norme juridique fonctionne mal. Les difficultés sont encore plus grandes quand la règle de droit est imprécise, voire lacunaire, ce qui semble bien être encore le cas pour les enfants-soldats.

II. LA QUESTION DU RECRUTEMENT DES ENFANTS-SOLDATS

Depuis de nombreuses années, le sort réservé aux enfants dans les conflits armés a ému à juste titre la communauté internationale. L'opinion publique a été alertée, le C.I.C.R. a mené une action vigoureuse, aidée en cela par plusieurs organisations non gouvernementales (O.N.G.) et les juristes se sont penchés sur la question (36). Si, d'une manière générale, l'enfant a droit à une protection spéciale en tant que personne civile, non combattante, il arrive malheureusement assez fréquemment depuis la Seconde Guerre mondiale et même, semble-t-il, de plus en plus fréquemment, que l'enfant soit utilisé comme combattant (37). Dans ce cas, il a droit — c'est le moins qu'on puisse faire — au statut de prisonnier de guerre s'il est capturé. C'est dire que la distinction entre combattants et non-combattants est particulièrement délicate à utiliser lorsqu'on est en présence d'enfants et non plus d'adultes.

La question de l'emploi d'enfants dans les combats durant la guerre du Golfe est certainement une des plus douloureuses qui ait surgi pendant le conflit. Dès 1983, le C.I.C.R. a constaté qu'un grand nombre d'enfants ira-

(35) S/20147, § 139. Il convient aussi de signaler le cas des enfants prisonniers devenus majeurs en cours de détention (S/20832, 6 septembre 1989, lettre de l'Irak) et celui des prisonniers iraniens capturés après le cessez-le-feu, au nombre de 700 et qui ne devraient pas être considérés comme des prisonniers de guerre selon l'Iran : S/20179, 20187, 20531, 20631, 20764, 20798, 20809, 21104. Voir aussi S/20814, lettre de l'Irak (28 août 1989). Par ailleurs, l'Iran a proposé un échange de prisonniers dès 1985 en distinguant parmi eux neuf catégories de prisonniers : S/16992 (1^{er} mars 1985), S/19044 (14 août 1987) et S/20012 (13 juill. 1988).

(36) PLATTNER, D., « La protection de l'enfant dans le droit international humanitaire », 747 *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mai-juin 1984, p. 148 et seq. SINGER, S., « La protection des enfants dans les conflits armés », *R.I.C.R.*, mai-juin 1986, p. 135 et seq. DUTLI, M.T., « Enfants-combattants prisonniers », *R.I.C.R.*, septembre-octobre 1990, p. 456 et seq. ELAHI, M., « The rights of the child under islamic law : prohibition of the child soldier », 19 *Columbia Human Rights Law Review* (1988-2), p. 259 et seq.

(37) D'après Howard MANN, « International law and the child soldier », 36 *I.C.L.Q.* (1987), p. 33, un demi-million d'enfants de moins de 15 ans auraient été tués au combat durant les deux dernières décennies.

niens avaient été tués ou capturés alors qu'ils participaient aux combats (38). L'Irak a repris à son compte ces constatations et il a affirmé que l'Iran « envoie des enfants sur le front des combats et se sert d'eux pour faire exploser des mines » (39). La présence d'enfants prisonniers de guerre dans les camps irakiens a d'ailleurs été reconnue par les missions envoyées par le Secrétaire général des Nations Unies (40). L'Irak a fait valoir à cette occasion qu'il avait créé des écoles spéciales pour les enfants prisonniers de guerre, ce qui va au-delà des obligations imposées par la III^e Convention de Genève (41). La Commission des Droits de l'Homme de l'O.N.U. a adopté le 12 mars 1984 une résolution où elle demande à l'Iran de « cesser sur-le-champ d'utiliser des enfants dans les forces armées de la République islamique d'Iran, en particulier en temps de guerre » (42). Elle « invite en outre les organisations internationales compétentes à offrir toute l'aide possible pour assurer le bien-être des enfants actuellement prisonniers de guerre en Irak, en particulier en ce qui concerne leur éducation et leur santé physique et mentale, ou encore à aider les enfants qui le souhaitent à s'établir dans un autre pays islamique jusqu'à ce qu'il leur soit possible de regagner la République islamique d'Iran ».

Si le problème des enfants-soldats concerne essentiellement le recrutement d'enfants par la République islamique, on doit toutefois souligner que l'Irak n'est sans doute pas à l'abri de toute critique à cet égard et l'Iran a d'ailleurs publié une liste de 199 adolescents irakiens prisonniers de guerre qui avaient entre 13 et 15 ans ou plus au moment de leur capture, c'est-à-dire entre 1982 et 1984 (43).

Les deux belligérants ne sont pas en désaccord sur le statut à accorder à l'enfant qui prend part aux hostilités et lui reconnaissent le statut de prisonnier de guerre lorsqu'il est capturé. En revanche, le droit de recruter des enfants et de les enrôler dans les forces armées pose problème. La distinction entre les combattants et les non-combattants a-t-elle encore un sens lorsqu'il s'agit d'enfants ? Tous les enfants ne devraient-ils pas entrer dans la catégorie des non-combattants ? Sur le plan de la morale, la réponse ne fait guère de doute. Selon le C.I.C.R., les faits signalés et constatés en 1983, s'ils étaient prouvés, heurteraient « une règle morale universelle d'une exceptionnelle importance » (44). Toutefois, sur le plan du droit, la réponse est beaucoup moins certaine, d'autant plus que le droit des conflits armés et le droit humanitaire sont des droits « réalistes », c'est-à-dire qu'ils tien-

(38) C.I.C.R., *Rapport d'activité*, 1983, p. 59.

(39) S/16438, 27 mars 1984, lettre de l'Irak.

(40) S/16962, §§ 129 et 130 ; S/20147, § 97.

(41) S/16996 du 4 mars 1985, lettre de l'Irak.

(42) Résolution 1984/39.

(43) A/40/872-S/17622 du 11 novembre 1985 Ce document donne le grade des adolescents concernés, leur nom, la date et le lieu de leur naissance, la date et le lieu de leur capture. Il signale quelques cas d'enfants-mercenaires, nés au Liban ou en Egypte (n^{os} 21 et 76).

(44) C.I.C.R., *Rapport d'activité*, 1983, p. 59.

nent largement compte des faits. Or, la réalité prouve que les enfants-soldats existent, non seulement dans la guerre du Golfe, mais aussi dans de nombreux conflits, notamment en Afrique. Il n'est donc pas inutile d'examiner l'état du droit positif et des règles nouvelles récemment adoptées à propos du recrutement des enfants-soldats (45). Cette étude nous conduit, malheureusement, à constater que le Protocole I, dont l'applicabilité est pour le moins douteuse en ce qui concerne le conflit entre l'Irak et l'Iran, présente de toutes façons de graves lacunes. Quant à la Convention sur les droits de l'enfant adoptée en 1989, elle reste très ambiguë dans ce domaine.

A. *Les lacunes du Protocole I de 1977*

Deux questions doivent être abordées à propos du Protocole I de 1977 : d'une part, ce texte est-il opposable à l'Iran et à l'Irak ? D'autre part, dans quelle mesure interdit-il aux autorités de Téhéran (ou de Bagdad) de recruter des enfants-soldats ?

1. *Le statut juridique du Protocole I à l'égard des deux belligérants*

Apparemment, la réponse à la première question est simple et le Protocole I est seul en cause ici puisqu'il vise les conflits internationaux, ce qui est bien le cas de la guerre du Golfe. En revanche, le Protocole II, qui contient aussi des dispositions relatives aux enfants dans les conflits armés, ne saurait être invoqué puisqu'il ne concerne que les conflits non internationaux. Toutefois, si le Protocole I est entré en vigueur le 7 décembre 1978, il ne lie pas l'Irak et l'Iran. L'Irak ne l'a pas signé ni ratifié et l'Iran l'a seulement signé le 12 décembre 1977.

On pourrait cependant faire valoir que le Protocole I se borne à reprendre et consacrer dans un texte conventionnel des règles qui font l'objet d'un consensus entre les États et qui, dès lors, s'imposeraient à eux sans qu'ils aient besoin de respecter formellement les procédures gouvernant la mise en vigueur des traités. Pourtant, comme nous le verrons, s'il y a eu consensus, il s'est établi sur la base d'un compromis et il n'interdit pas de manière absolue le recrutement et l'utilisation des enfants-soldats.

Un tel argument est valable aussi bien pour l'Iran que pour l'Irak, ce qui n'est pas le cas d'un autre argument avancé par Eric David, lequel ne concerne que l'Iran. Cet auteur souligne, en effet, que l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit une obligation de bonne foi pour l'État qui a signé un traité : « Un État doit s'abstenir

(45) Sur cette question, voir DAVID, E., « La Guerre du Golfe et le droit international », *Revue belge* (1987), p. 166 et seq. ; MANN, H., « International law and the child soldier » 36 *I.C.L.Q.* (1987), p. 32 et seq. ; TAVERNIER, P., « La Guerre du Golfe : quelques aspects de l'application du droit des conflits armés et du droit humanitaire », 30 *A.F.D.I.* (1984), p. 57 et seq.

d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : a) lorsqu'il a signé le traité ... tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ». Certes, l'Irak ne peut guère invoquer cette disposition puisqu'il n'a pas signé lui-même le Protocole I de 1977, mais l'obligation de bonne foi qui pèserait éventuellement sur l'Iran pourrait trouver un appui supplémentaire dans l'attitude adoptée par ce pays.

En effet, le gouvernement de Téhéran a très souvent invoqué les dispositions du Protocole I à son profit, comme en témoignent les nombreux documents qu'il a adressés aux Nations Unies (46). On peut donc se demander si l'Iran ne considère pas que le Protocole I lui est opposable, puisqu'il semble admettre que ses dispositions sont applicables dans ses relations avec l'Irak. De toutes façons, et quelles que soient les réponses apportées à ces questions, il apparaît que le Protocole I n'impose pas des obligations très lourdes aux États en ce qui concerne l'utilisation des enfants dans les combats.

2. Le contenu du Protocole I

La protection des enfants en tant que victimes des conflits armés préoccupe le C.I.C.R. depuis de nombreuses années puisque, dès 1918, il avait envisagé de créer un organisme chargé de ce problème. Cela aboutit à la création de l'Union internationale de secours aux Enfants et à l'élaboration, en 1939, d'un projet de Convention pour la protection des enfants en cas de conflit armé : ce projet ne fut pas adopté en raison du déclenchement des hostilités. Il fallut donc attendre la IV^e Convention de Genève de 1949 pour trouver des dispositions protectrices en faveur des enfants. Toutefois, l'article 16 qui prévoit le principe d'une protection spéciale pour certaines catégories particulièrement vulnérables (blessés, malades, infirmes et femmes enceintes) omet de mentionner les enfants. Cette « étrange lacune de la IV^e Convention » (« strange lacuna of the Fourth Convention »), selon l'expression de Mann (47), n'a été comblée qu'en 1977 avec l'article 77 du Protocole I. Cette disposition a le mérite supplémentaire de traiter le problème du recrutement des enfants et de leur participation aux hostilités. Ce problème avait été jusque là occulté bien qu'il ait été soulevé lors de la Seconde Guerre mondiale du fait de l'utilisation d'enfants dans les armées du III^e Reich, mais aussi du côté des partisans et de la résistance contre les Nazis. Comme le souligne Mann, cela apparaissait alors comme des aberrations ne devant pas mettre en cause les principes établis.

A cet égard, l'article 77, paragraphe 2 du Protocole I de 1977 constitue incontestablement un progrès puisqu'il traite pour la première fois du problème des enfants-soldats, en prenant en compte la réalité de l'enfant com-

(46) Voir aussi l'ouvrage publié par le Ministère iranien des Affaires étrangères en février 1983 : *A review of the imposed war*.

(47) MANN, *loc cit.* (note 41), p. 34.

battant et pas seulement celle de l'enfant victime civile du conflit. Aux termes de cette disposition, « Les Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées. Lorsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit s'efforceront de donner la priorité aux plus âgés ». Toutefois, la portée de ces prescriptions reste très limitée. Elle l'est même beaucoup plus que ne l'indiquent la plupart des commentateurs, y compris le C.I.C.R. dans son Commentaire des Protocoles, paru en 1986. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux travaux préparatoires ainsi qu'au texte lui-même.

L'histoire de l'élaboration de l'article 77, paragraphe 2, a déjà été exposée en détail par ailleurs. Il est donc inutile de la reprendre ici. Mais on peut néanmoins en rappeler quelques éléments. On doit tout d'abord noter que le texte de l'article 77 est issu d'une proposition du C.I.C.R. qui était rédigée en termes beaucoup plus vigoureux : « The parties to the conflict shall take all necessary measures in order that children aged under fifteen years shall not take any part in hostilities and in particular they shall refrain from recruiting them in their armed forces or accepting their voluntary enrolment » (48). Ce texte aurait interdit de manière absolue aussi bien le recrutement que l'enrôlement volontaire des enfants de moins de quinze ans. Si on le compare à celui qui a été finalement adopté, il a été édulcoré sur des points essentiels : l'article 77 vise le recrutement, mais non plus l'enrôlement volontaire qui n'est pas interdit ; d'autre part, il se réfère à la participation directe aux hostilités, ce qui *a contrario* autorise la participation indirecte ; enfin, surtout, il a substitué aux « mesures nécessaires » l'expression « toutes les mesures possibles dans la pratique » (« all feasible measures »). Cette dernière expression se retrouve dans d'autres dispositions du Protocole I (articles 57 et 58). D'après le Commentaire du C.I.C.R., elle est destinée à permettre une conciliation entre les impératifs du droit humanitaire et les nécessités militaires. De plus, elle est l'indice d'un compromis entre des thèses opposées. Comme l'ont montré les débats à la Conférence diplomatique, et notamment à la Commission III (49), il n'y avait pas de vrai consensus, mais une réelle contradiction entre les États à propos de l'utilisation des enfants comme combattants, l'ombre des guerres de libération nationale et de résistance étant toujours présente dans les discussions.

On mesure encore davantage la distance entre le projet initial du C.I.C.R. et le texte du Protocole I quand on le compare à la disposition analogue qui figure dans le Protocole II relatif aux conflits armés non internationaux. Ce

(48) Voir MANN, *loc. cit.* (note 41), p. 32 et seq. Voir aussi notre étude : TAVERNIER, *loc. cit.* (note 7).

(49) TAVERNIER, *loc. cit.* (note 7).

deuxième Protocole a connu bien des vicissitudes avant d'être adopté. En ce qui concerne le problème des enfants-soldats, le résultat a été surprenant puisque le texte finalement retenu à l'article 4, paragraphe 3c), est particulièrement rigoureux : « les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités ». L'interdiction du recrutement et de la participation, même volontaire, aux hostilités est absolue mais aucune explication n'a été fournie pour justifier les modifications de rédaction intervenues au dernier moment (50).

Dans ces conditions, il est difficile d'admettre, comme certains commentateurs, que l'article 77 du Protocole I contient une interdiction absolue de recruter des enfants de moins de quinze ans (51) et comme semble le suggérer le rapport de la Commission III. En réalité, le texte de cette disposition est peu contraignant. Mann critique l'opinion d'un auteur selon lequel l'article 77 tendrait seulement à interdire le recrutement des enfants de moins de quinze ans dans les forces armées dans toute la mesure du possible (only « tends to prohibit the recruitment of children under fifteen into the armed forces in so far as possible ») (52). Selon Mann, cette opinion résulterait d'une mauvaise interprétation de l'article étendant l'expression « toutes les mesures possibles dans la pratique » (« all feasible measures ») à la deuxième partie de la phrase : cela ne serait pas nécessaire au point de vue grammatical et apparaîtrait même comme incorrect. A notre avis, l'opinion de Mann peut se justifier au regard de la version anglaise du protocole, mais non pas de la version française. En effet, la structure de la phrase n'est pas identique dans les deux langues : alors que la phrase du texte anglais comprend deux propositions coordonnées par la conjonction « and », la phrase du texte français se compose d'une proposition principale et d'une proposition subordonnée, marquée par le mode du verbe (participe) : « notamment en s'abstenant ... ». Dès lors, la restriction figurant dans l'expression « toutes les mesures possibles dans la pratique » s'étend bien à l'ensemble de la phrase. Comme l'article 102 du Protocole I prévoit que les textes anglais et français sont authentiques, à côté des textes arabe, chinois, espagnol et russe, il convient de les interpréter afin d'éviter des divergences entre eux. Les doutes qui pouvaient apparaître à la lecture du texte anglais devraient être levés si on se réfère au texte français qui traduit bien les hésitations des auteurs du texte et les contradictions qu'ils n'ont pas surmonter.

S'il était encore nécessaire d'ajouter un argument supplémentaire, il nous serait fourni par les débats qui ont eu lieu à l'occasion de l'élaboration de la Convention sur les droits de l'enfant. On peut donc conclure sur le plan

(50) MANN, *loc. cit.* (note 41), p. 43.

(51) En ce sens MANN, *loc. cit.* (note 41).

(52) PASTRE-BURROS, S., « The protection of children in armed conflicts », 46 *Int. Child Welf. Rev.* (1980), p. 33 et seq.

du droit positif — et quel que soit le jugement que l'on porte sur le plan de la morale — qu'aucune règle juridique n'interdit de manière absolue aux États de recruter des enfants-soldats âgés de moins de quinze ans et *a fortiori* d'enrôler des volontaires. L'article 77 du Protocole I n'impose aux États contractants qu'une obligation de moyens et non pas une obligation de résultat. Le comportement de l'Iran ne saurait, dans ces conditions, être qualifié de contraire au droit international.

Certes le juriste peut regretter les lacunes du droit, mais il a le devoir de ne pas se voiler la face et de ne pas ignorer les limites et les imperfections de la règle. Il doit même les souligner afin que celles-ci puissent être éventuellement corrigées. Malheureusement l'examen des règles nouvelles adoptées dans la Convention sur les droits de l'enfant ne porte pas à l'optimisme en ce domaine.

B. *Les ambiguïtés de la Convention relative aux droits de l'enfant*

Le 20 novembre 1989, l'Assemblée générale a adopté sans vote la Convention relative aux droits de l'enfant en cours d'élaboration depuis 1978. L'article 38 de la Convention (ancien article 20 du projet) est l'une des dispositions qui a été la plus discutée : elle traite de la situation dans les conflits armés. Cette disposition, qui ne figurait pas dans le projet initial de la Pologne, a été introduite en 1985 sur proposition de la Finlande, des Pays-Bas et de la Suède, appuyés par la Belgique, le Pérou et le Sénégal. Elle reprenait une suggestion figurant dans le projet élaboré par les organisations non gouvernementales (O.N.G.) en 1984 (53). L'Iran avait également fait une proposition relative à la protection des enfants victimes des conflits armés (notamment du fait des bombardements des villes et de l'utilisation des armes chimiques) mais il ne faisait pas mention du problème des enfants-soldats. Au contraire, en 1986, l'Irak présentait une nouvelle disposition, retirée ensuite, qui traitait expressément du recrutement et de la participation des enfants aux hostilités.

Finalement, un projet d'article 20 a été adopté en 1986 dans les termes suivants en ce qui concerne le paragraphe 2 : « Les États parties à la présente Convention prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour qu'aucun enfant ne participe directement aux hostilités, et ils s'abstiennent notamment d'enrôler tout enfant n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans dans leurs forces armées ». Cette rédaction, qui s'inspirait en partie du Protocole I de 1977 a été très critiquée par le C.I.C.R. et par les O.N.G. en raison des grandes incertitudes qu'elle suscitait. La première par-

(53) On trouvera une bonne présentation de l'historique des débats autour de l'article 20 devenu article 38 dans KRILL, F., « La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et sa protection dans les conflits armés », 4 *Memesker og Rettigheter* (1986). Voir aussi TURPIN, D., « L'enfant dans tous ses droits », *Les Petites Affiches*, 10 janvier 1990, p. 17 et seq.

tie de la phrase n'améliore en rien la protection des enfants par rapport aux deux protocoles de 1977 : elle reprend l'expression « mesures possibles dans la pratique » ; elle ne vise que la participation directe aux hostilités ; elle n'exclut pas la participation des volontaires. Quant à la deuxième partie relative à l'enrôlement et au recrutement des enfants, elle est moins complète que l'article 77 du Protocole I qui visait spécifiquement le cas des enfants entre quinze et dix-huit ans (54).

Le texte définitif de l'article 38 apporte quelques modifications par rapport à l'ancien article 20. Outre le rappel des obligations résultant du droit humanitaire international (paragraphe 1), l'article 38 contient deux paragraphes distincts relatifs aux enfants-soldats : « 2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités. 3. Les États parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les États s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées ».

Ces dispositions s'inspirent de très près de celles qui figurent dans l'article 77 du Protocole I et elles ne comblent pas les lacunes mentionnées plus haut, notamment du fait de l'emploi de l'expression « toutes les mesures possibles dans la pratique » et de la référence à la participation directe aux hostilités, ce qui n'interdit pas la participation indirecte (recherche et transmission d'informations militaires, transport d'armes et de munitions, ravitaillement, etc.). En revanche, en séparant nettement le problème de l'enrôlement de celui de la participation aux hostilités, la Convention de 1989 améliore les dispositions du Protocole de 1977, mais si la rédaction est plus énergique, elle n'exclut pas cependant la participation de volontaires. De plus, la Convention de 1989 ne fait pas de distinction entre les conflits internationaux et les conflits non internationaux, ce qui risque de soulever des problèmes dans la mesure où les deux Protocoles de 1977 contiennent des règles différentes. C'est dire que les lacunes du droit positif ou « *lex lata* », représentée par les protocoles de 1977, n'ont pas été comblées par le droit en gestation ou « *lex ferenda* », contenue dans la Convention de 1989 (55). En définitive, la règle juridique reste beaucoup plus floue que la règle morale, rappelée par le C.I.C.R. Elle ne pose pas vraiment des interdictions formelles, mais plutôt des standards ou des directives à suivre, car elle doit tenir compte de la situation de fait (des enfants sont effectivement utilisés comme soldats dans les conflits armés) mais aussi des nécessités

(54) De plus, le paragraphe 3 de l'article 20 ne reprend pas la règle selon laquelle il est interdit d'attaquer des civils, *a fortiori* des enfants, ce qui est une application de la distinction entre population civile et combattants. Sur ce point le C.I.C.R. n'a pas obtenu satisfaction, le paragraphe 4 de l'article 38 de la Convention reproduisant purement et simplement le texte de 1986.

(55) La Convention relative aux droits de l'enfant est entrée en vigueur le 2 septembre 1990 et constitue désormais du droit positif.

militaires, c'est-à-dire des impératifs de la défense de l'État, de la Patrie, du Peuple (guerres de libération), voire de la Religion ...

L'expérience de la guerre du Golfe incitera une fois de plus le juriste à la modestie en ce qui concerne la distinction, fondamentale pour le droit humanitaire et le droit des conflits armés, entre les combattants et les non-combattants. Cette distinction correspond à des impératifs moraux qu'il est difficile de rejeter, mais le droit doit également tenir compte d'autres considérations et il est bien souvent imparfait. Il revient donc au juriste de dénoncer les lacunes de la règle ou les défauts de son fonctionnement même si l'évolution des techniques de la guerre moderne rend de plus en plus difficile la séparation des civils et des personnes qui prennent part au combat, autrement dit des combattants et des non-combattants. Dans cette optique, les problèmes des prisonniers de guerre et des enfants-soldats que nous avons examinés ici ne doivent pas être séparés de ceux posés par les bombardements de centres urbains ou du recours à l'arme chimique. Ils se rattachent tous à un principe qui devrait se ranger parmi les principes impératifs, voire du *jus cogens*.