



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Sécurité et défense
Dirigé par Monsieur le Professeur Olivier Gohin
2018

La détention administrative sur le théâtre des opérations extérieures

Sous la direction de Madame Charlotte Denizeau

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS – PARIS II

Droit – Economie – Sciences Sociales

Année universitaire 2017-18

Master 2 Sécurité et défense

**LA DETENTION ADMINISTRATIVE SUR
LE THEATRE D'OPERATIONS
EXTERIEURES :**

Etude de la légalité de la détention administrative dans le cadre des
conflits armés non-internationaux

Mémoire préparé sous la direction de Madame Denizeau

Présenté et soutenu publiquement
pour l'obtention du Master 2 Sécurité et défense – Finalité recherche

par
Marine Le Guen

JURY :

Présidente : Charlotte Denizeau (Université Paris II – Panthéon-Assas)

Assesseur : Christophe Aubertin (Université Paris – Descartes)

LA DETENTION ADMINISTRATIVE SUR
LE THEATRE D'OPERATIONS
EXTERIEURES :

Etude de la légalité de la détention administrative dans le cadre des
conflits armés non-internationaux

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier la République française et le service public de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur. Tout au long de ma scolarité, j'ai bénéficié d'un enseignement gratuit, de qualité et reposant sur la valorisation du travail et du mérite.

Je remercie Monsieur le commissaire en chef Lejeune ainsi que Monsieur le commissaire principal Richard, qui au travers de nos échanges, ont participé à choisir le thème de ce mémoire dans l'optique future d'embrasser une carrière militaire comme commissaire des armées.

Je remercie Madame Denizeau, qui m'a apporté tout son soutien dans la réalisation de ce mémoire.

Merci à Monsieur Aubertin pour l'attention portée à mon travail et son rôle d'assesseur.

J'adresse de sincères remerciements à Gaëtan qui, de par sa rigueur et sa minutie, a réalisé une relecture approfondie. Il a su m'apporter un soutien exceptionnel tout au long de ce travail de recherche et de rédaction.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

TABLES DES ABREVIATIONS

AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
CDH	Comité des droits de l’homme des Nations Unies
CADH	Convention américaine des droits de l’homme
CAI	Conflit armé international
CANI	Conflit armé non-international
CArDHP	Commission africaine des droits de l’homme et de ses peuples
C°IADH	Commission interaméricaine des droits de l’homme
CSNU	Conseil de sécurité des Nations Unies
CEDH	Convention européenne des droits de l’homme
CG III	Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre adoptée le 12 août 1949
CG IV	Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre adoptée le 12 août 1949
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIADH	Convention interaméricaine des droits de l’homme
CtEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CtIADH	Court interaméricaine des droits de l’homme
CIJ	Cour internationale de Justice
DIDH	Droit international des droits de l’homme
DIH	Droit international humanitaire
GTDANU	Groupe de travail sur la détention arbitraire des Nations Unies
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme
NU	Nations Unies
PA I	Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux
PA II	Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux
PIDCP	Pacte international relatif des droits civils et politiques
TPIY	Tribunal pénal international pour l’Ex-Yougoslavie
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

TITRE Ier : LA RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE PROPRE A LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT ARME NON-INTERNATIONAL

Chapitre 1 : Le droit international humanitaire, une source insuffisante pour l'encadrement juridique de l'internement en cas de conflit armé non-international

Chapitre 2 : L'inadaptation de la transposition par analogie de l'encadrement juridique applicable à l'internement en situation de conflit armé international

Chapitre 3 : La recherche d'autres instruments pour fonder l'internement en cas de conflit armé non-international

TITRE II : UNE APPLICATION PARALLELE NECESSAIRE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE A LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT ARME NON-INTERNATIONAL

Chapitre 1 : L'application extraterritoriale du DIDH au cas de la détention administrative en situation de conflit armé non-international

Chapitre 2 : La mise en œuvre parallèle des régimes procéduraux applicables du DIDH et du DIH en matière de privation de liberté

Chapitre 3 : L'application concrète des normes de DIDH et de DIH à la détention administrative

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION GENERALE

Détenir légalement ou ne pas détenir légalement telle est la question.

La capture d'individu suivi d'une détention administrative est un acte courant des conflits armés. Cet acte s'impose comme un instrument militaire stratégique (**section 1**) dont l'encadrement juridique est nécessaire afin d'assurer la légalité, la légitimité et le caractère non-arbitraire des opérations militaires. Le droit des conflits armés – droit international humanitaire (les deux termes sont utilisés indifféremment) – a été initialement conçu dans la perspective d'encadrement de la conduite des hostilités (**section 2**). Ce corpus juridique repose sur la réalisation d'un objectif entre efficacité militaire et considérations humanitaires. De telles considérations ont reçu une influence décisive au travers du mouvement des droits internationaux des droits de l'homme, qui participent à renforcer l'exigence de légalité de tout acte adopté en particulier par les forces armées étatiques (**section 3**).

Section 1 : La détention administrative, un instrument militaire stratégique

La détention administrative - ou l'internement (les deux termes sont utilisés indifféremment) - doit être définie (**paragraphe 1**) afin de mieux appréhender ses contours (**paragraphe 2**). Son importance pour les forces armées est à souligner : il s'agit en effet d'un instrument militaire stratégique et juridique (**paragraphe 3**).

§1- La définition de la détention administrative :

Tout d'abord, la détention administrative doit être distinguée de la détention judiciaire, qui consiste dans une mesure de privation de liberté initiée ou ordonnée par l'autorité pénale d'un Etat (en France, par l'ordre judiciaire) dans le but de prévenir, d'enquêter et/ou de punir la commission d'une infraction pénale¹.

Dans le cadre du droit international général, la terminologie « détention administrative » est communément utilisée pour désigner une forme de privation de liberté initiée ou

¹ Groupe de travail sur la détention administrative, *Annual report 1996*, para. 96.

ordonnée par l'autorité administrative (i.e. exécutif) d'un Etat comme mesure préventive et sans charge contre la personne concernée².

Dans le contexte plus spécifique d'un conflit armé, la détention administrative est définie comme une mesure de privation de liberté initiée ou ordonnée par le pouvoir exécutif d'une partie à un conflit armé ou d'une puissance occupante, sans qu'une inculpation pénale précise ne soit portée contre la personne qui en est l'objet³. Le terme de détention administrative est réservé à des situations de conflit armé et est utilisé dans les instruments juridiques internationaux pour régir les situations qui se produisent dans ce cadre. Ainsi, l'internement constitue un instrument juridique à la disposition des forces armées, et plus particulièrement du chef militaire, dans la conduite des opérations.

§2- Cadre temporel de la détention administrative

La gestion des personnes capturées débute à la capture ou à la reddition. Elle s'arrête au moment de la mise en liberté, du transfert à une autorité compétente ou à sa traduction devant un tribunal compétent⁴.

La décision opérationnelle de capture est le produit d'opportunités tactiques (finalité de la capture), d'aptitude de soutien (planification des engagements militaires) et de potentiels capacitaires (préparation des forces). Tout au long de la détention administrative, l'ensemble des activités pouvant ou devant être menées par les armées pour retenir temporairement toute personne capturée sur une zone d'engagement doit s'établir dans le respect des droits applicables et dans un souci d'efficacité opérationnelle⁵.

Par ailleurs, les forces françaises n'ont pas vocation à se substituer à l'administration pénitentiaire d'un pays failli, ni à se voir confier la gestion d'une population carcérale de droit commun. Mais elles peuvent provisoirement soutenir les administrations locales afin de rétablir le système carcéral local.

² *Report on the practice of administrative detention*, Submitted to the UN sub-commission on prevention of discrimination and protection of minorities by Louis Joinet (1990).

³ Yves SANDOZ, Christophe SWNARSKI et Bruno ZIMMERMAN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, 1987, p.875.

⁴ Françoise BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, 2013.

⁵ Jean CARIO, « Des personnes capturées en opération », Centre de doctrine, Emploi des forces, 2005.

§3- *La détention administrative comme instrument juridique et stratégique dans la conduite des opérations militaires :*

Face aux individus qui s'opposent à une force engagée dans un cadre légal, la capture peut viser un triple objectif pour le chef militaire⁶.

Tout d'abord, elle participe à la sécurité de ses moyens et à l'attribution ou à la diminution du potentiel adverse, tout en réalisant la mission fixée par l'échelon hiérarchique supérieur. Dans les opérations modernes, les militaires opèrent souvent au contact immédiat d'une population au sein de laquelle l'adversaire trouve refuge. Etant versatile et fugace, sa destruction ne peut pas constituer une priorité. La capture d'individus peut en conséquence contribuer à la poursuite de l'objectif militaire global. Dans ce contexte, le commandement peut utiliser la capture comme un moyen de préserver les avantages obtenus pour prévenir, dissuader, protéger et conserver sa liberté d'action. En somme, la capture affaiblit l'ennemi ; elle cherche aussi à la démobiliser.

Aussi, la capture permet la recherche de renseignements afin d'étayer le processus décisionnel : il s'agit donc d'une véritable opportunité tactique.

Enfin, la capture d'individus permet d'exercer une influence au sein des populations. La stricte observation des lois dans le traitement des personnes capturées atteste que la force armée applique elle-même les principes qu'elle annonce défendre. Cela constitue un élément essentiel de légitimité de l'action militaire, qui est jugée au travers de la réalisation de ses buts mais aussi à la manière de les atteindre. L'attachement à la licéité de l'action militaire dans la gestion des personnes capturées favorise une perception positive de la force par la population. Le jugement porté *a posteriori* sur une opération et sur sa légitimité dépend de l'effort de préparation et du soutien consenti.

C'est pour l'ensemble de ces raisons que la planification opérationnelle intègre la possibilité de capture et y alloue les moyens nécessaires⁷.

⁶ Centre inter-armée de concepts, doctrine et expérimentation, « Gestion des personnes capturés », 2011.

⁷ Jean CARIO, « Des prisonniers de guerre aux personnes capturées », mai 2007.

En amont, au cours de la planification, les forces armées définissent la stratégie globale à adopter et établissent les règles à appliquer aux captures. Les dispositions juridiques sont rappelées au niveau stratégique dans les ordres d'opérations généraux⁸. Dans le cadre d'une opération internationale, les règles opérationnelles d'engagement (ci-après « ROE ») font généralement l'objet d'une directive complémentaire nationale, souvent au sein d'un plan supplétif – dit SUPPLAN – dans le cadre de l'OTAN par exemple⁹.

De même, pour mener à bien les actes de détention dans les conditions exceptionnelles que sont les périodes de conflit armé, la formation au droit du personnel militaire est poursuivie et entretenue : c'est un critère de professionnalisme et un facteur de crédibilité. En outre, la bonne gestion des personnes capturées concourt au succès de la mission et protège les militaires engagés.

Le « *Legal Advisor* » (ci-après « LEGAD »), principalement un commissaire des armées, agit en tant que conseil auprès du commandement durant les phases de planification et de conduite des opérations.

En aval, les règles juridiques relatives à la détention assurent en toutes circonstances aux personnes capturées le bénéfice de leurs droits. Sur le terrain, l'internement engage la responsabilité du militaire qui en a la charge. Cette responsabilité ne prendra fin qu'une fois que la personne capturée sera libérée ou confiée.

Des forces dédiées sont exclusivement en charge de la gestion des personnes capturées pour apporter un renfort spécialisé en cas de besoin, à l'occasion de chacune des phases d'engagement, y compris lors d'une reddition.

Les moyens alloués à la capture correspondent à cette perspective tactique, tant en termes humains (forces dédiées et consacrées) que matériels.

En conséquence, au-delà d'être un instrument indispensable à la conduite des opérations, l'internement ou la détention provisoire doit trouver son fondement en droit.

⁸ Pascal BONIFACE, *Le cadre juridique des opérations extérieures de la France d'aujourd'hui*, Le seuil, 2008.

⁹ OTAN, Glossaire OTAN des abréviations utilisées dans les documents et publications OTAN.

C'est le droit sur lequel doit reposer le fondement de cet acte : le droit est l'élément de légitimation de l'action militaire. Il fournit le cadre légal de l'opération, étaye l'engagement et protège les militaires dans l'accomplissement de sa mission. Le droit international humanitaire (ci-après « DIH »), doit être défini et apprécié car il a été spécifiquement conçu pour encadrer juridiquement l'ensemble des actes se déroulant dans le cadre des hostilités.

Section 2 : Le recours au DIH, un corpus spécifiquement conçu dans l'encadrement juridique de la conduite des hostilités

Au travers d'un aperçu historique du développement du DIH, il faudra souligner que les questions relatives à la détention administrative ont été à l'origine du développement de ce corpus juridique (**paragraphe 1**). Ensuite, le DIH actuel et son application seront étudiés afin de comprendre son influence dans l'encadrement juridique de la détention administrative (**paragraphe 2**).

§1- Aperçu historique de l'encadrement de la détention administrative par le droit international humanitaire :

La protection juridique des ennemis capturés, comme prisonnier de guerre, a été une des premières manifestations des efforts de la communauté internationale pour humaniser la guerre au travers d'un encadrement juridique¹⁰. En effet, dès l'époque médiévale, les règles de la chevalerie, ont permis une amélioration du sort des prisonniers de guerre. Aussi, le concile de Latran en 1179 a posé l'interdiction de réduire en servitude et de vendre comme esclaves les prisonniers de guerre entre chrétiens.

Pour la première fois en 1648, un acte international, le traité de Münster, a établi des règles modernes relatives au traitement des prisonniers de guerre. Par la suite, la législation interne de certains Etats a fait progressivement place aux idées humanitaires. En France, une ordonnance de la Marine de 1832 a fait obligation aux officiers de rappeler à leurs hommes qu'ils « *devaient se montrer généreux envers les prisonniers et que chacun de ceux-ci devait être traité avec les honneurs dus à son rang* ».

¹⁰ Els DEBUF, *Captured in War: Lawful Internement in Armed Conflict*, Strasbourg, Pedone, 2013.

Au moment de l'élaboration de la première convention de Genève, au courant de la guerre de Sécession, le gouvernement des Etats-Unis a, sous l'influence du juriste Lieber, adopté un règlement d'inspiration humaniste. Fidèles aux idées de Rousseau et de Vattel ces « Lois de Lieber » disposaient : « *Le prisonnier de guerre en tant que belligérant est le prisonnier du Gouvernement et non du capteur* »¹¹ (traduction par l'auteur de l'article 74). Elles précisait également : « *Les prisonniers de guerre recevront une nourriture saine et abondante autant que possible et seront traités avec humanité* »¹² (traduction par l'auteur de l'article 75).

Il faut toutefois attendre la première conférence de la paix à la Haye en 1899 pour que soit adopté pour la première fois un règlement international sur le statut des prisonniers de guerre ainsi que la Convention de Genève de juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, qui dispose en son article 3 « *les prisonniers de guerre doivent être traités avec humanité* »¹³.

A la suite de la seconde guerre mondiale, la conférence diplomatique organisée sous l'égide du Comité international de la Croix-Rouge (ci-après « CICR ») a adopté la Convention de Genève III (CG III) du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre¹⁴, composé de 143 articles.

En parallèle, les développements historiques du droit montre une préoccupation croissante de protéger ceux qui ne participent pas directement aux hostilités¹⁵. Une première tentative d'introduire une protection juridique au profit des non-belligérants a été menée par le cardinal Bellarmin, qui écrit en 1619 que « *les inaptés à la guerre: mineurs, femmes, vieillards et autres incapables de porter les armes ne doivent pas être molestés parce que les raisons d'humanité veulent que l'on ne puisse tuer ceux qui ne peuvent combattre* »¹⁶.

¹¹ Henri COURSIER, « Statut des prisonniers de guerre II », *Droit humanitaire*, C.I.C.R., Genève, 1952.

¹² *Ibidem*.

¹³ Convention de Genève III relative à la protection des prisonniers de guerre, 12 août 1949.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Henri COURSIER, « Protection des personnes civiles en temps de guerre III », *Droit humanitaire*, C.I.C.R., Genève, 1952.

¹⁶ De officio principis christiani, Ch. XX.I.

Par la suite, des usages propres à la protection des personnes civiles ont été adoptés. En effet, en raison de l'évolution des formes de conflit, les civils sont progressivement devenus sujets à des dangers similaires à ceux encourus par les militaires.

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

Du fait de l'influence de la Convention de Genève de 1929 sur le statut des prisonniers de guerre, le CICR a encouragé la rédaction d'un projet de Convention approuvé par la XVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Tokyo en 1934¹⁷. Or ce projet n'a jamais été adopté et les populations civiles n'ont donc bénéficié d'aucune protection juridique au cours de la seconde guerre mondiale.

A l'issue de ce second conflit mondial, durant lequel les populations civiles ont souffert de pertes sans précédent dans l'histoire, une Convention de Genève IV relative à la protection des populations civiles en temps de guerre a été adoptée le 12 août 1949.

On constate, à la lumière de ce bref survol historique, que le DIH s'est d'abord construit sur un principe de protection des prisonniers de guerre et sur l'idée d'introduire des considérations humanitaires dans l'encadrement de la conduite des hostilités. Aujourd'hui, les conventions de Genève de 1949 demeurent l'instrument principal de régulation de l'internement dans le cadre de conflits armés.

§2- L'encadrement des conflits armés par le DIH aujourd'hui :

L'application du DIH se caractérise par le recours à une double qualification. La première concerne la qualification d'une situation de conflit armé. La seconde consiste à établir une

¹⁷ Vorgehen FRICK-GRAMER, *Le Comité international de la Croix-Rouge et les Conventions internationales*, Revue internationale de la Croix-Rouge 1943, p. 386-576.

subdivision entre conflit armé international (ci-après « CAI ») et conflit armé non-international (ci-après « CANI »).

A- Les sources du DIH :

Les quatre conventions de Genève adoptée le 12 août 1949 s'imposent comme le socle du DIH¹⁸, dont l'objet est de régir spécifiquement et uniquement des situations de conflit armé. En toute hypothèse, le DIH ne peut donc faire l'objet d'aucune dérogation du seul fait de l'existence d'un conflit armé. L'existence objective d'une situation de conflit armé ou d'occupation entraîne l'applicabilité systématique du DIH, sans considération de la question distincte de la légalité de ce conflit. Il s'agit là de la conséquence nécessaire de la *summa divisio* entre *jus ad bellum* et *jus in bello*.

La matière du DIH a été largement codifié par les différents instruments juridiques internationaux, en particulier par 1) les conventions de Genève de 1949, lesquelles lient l'ensemble des Etats de la communauté internationale, par 2) le Règlement de la Haye de 1907¹⁹ et par 3) les Protocoles additionnels de 1977²⁰ aux conventions de Genève de 1949, qui comptent 160 Etats parties mais auxquelles sont toutefois absents les Etats-Unis, Israël, l'Irak ou encore la Turquie.

L'apport fondamental de ces conventions pour notre étude réside dans l'article 3 commun aux conventions de Genève, qui permet de dépasser le schéma traditionnel et disparu d'un conflit opposant deux ou plusieurs Etats²¹.

¹⁸ Conventions de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre adoptées le 12 août 1949.

¹⁹ Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907.

²⁰ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux.

²¹ Voir, par exemple, la définition donnée par Lassa OPPENHEIM dans *International Law, A treatise: Volume II, War and Neutrality*, Longmans, Green & Co, London, 1906 : « *International law is a law between States only and exclusively* ».

B- Un droit tributaire d'un double degré de qualification :

La première étape de qualification consiste dans la question de savoir si les actes en cause peuvent constituer un conflit armé au sens juridique. La définition du conflit armé représente un enjeu majeur, car la détermination du régime juridique applicable en dépend²². Le conflit est un fait-condition qui fonde l'application du DIH²³.

Le Comité international de la Croix-Rouge, dans un document présenté à la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale (ci-après « CPI »), chargée d'établir les éléments constitutifs des crimes, a considéré que « *la notion de « conflit armé » présuppose l'existence d'hostilités entre des forces armées plus ou moins organisées ; elle requiert une opposition entre des forces armées et une certaine intensité de combat* »²⁴. Il s'agit ainsi d'interpréter le plus objectivement possible la notion de conflit armé en l'absence de dispositions expresses des textes de droit positif, sachant que le silence des textes n'implique pas la possibilité de la définir. Le CICR se fonde ainsi sur l'arrêt *Tadic*²⁵ et *Blaskic*²⁶ rendus par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (ci-après « TPIY »), reprenant ainsi la définition dominante de la pratique du DIH. Sur la base de cette décision, quatre conditions à la qualification d'un conflit armé peuvent être dégagées. La matérialité des actes concernés doivent ainsi révéler l'existence 1) d'une intention belligérante, 2) d'un objectif militaire légitime, 3) d'une intensité de violence, et 4) de parties adverses. Enfin, en ce qui concerne cette dernière condition, le Comité international de la Croix-Rouge estime que « *les parties au conflit doivent être identifiables, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir un minimum de structure et d'organisation et une chaîne de commandement* »²⁷.

²² Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, p. 7.

²³ C.I.C.R., « Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes ? », Interview, 10/12/2012.

²⁴ Cité in TPIY, 30 nov. 2005, *Procureur c. Limaj et al.*, IT-03-66-T, para. 89.

²⁵ T.P.I.Y., 2 octobre 1995, *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, para. 70.

²⁶ T.P.I.Y., 3 mars 2000, *Blaskic*, Aff. IT-95-14-T, para. 63.

²⁷ C.I.C.R., « Accroître le respect du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux », in *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, 30^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 26-30 novembre 2007, p.47.

La seconde étape de la qualification concerne la distinction entre deux formes de conflits armés : les CAI et les CANI. Cette subdivision, consacrée aux articles 2 et 3 communs des conventions de Genève de 1949, puis confirmée dans les Protocoles additionnels de 1977, constitue une distinction fondamentale en DIH.

Au titre de l'article 2 commun des conventions de Genève, un conflit armé international consiste en cas de guerre déclarée ou en tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Etats parties, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elle. Chaque fois qu'il existe un recours à la force armée entre deux ou plusieurs Etats, on considérera que l'on se trouve en présence d'un CAI. Cette définition ne semble pas soulever de difficulté majeure.

La notion de CANI, quant à elle, a été l'objet de controverses et ses contours demeurent encore aujourd'hui mal définis. Jusqu'en 1949, il n'existait pas de corps de règles spécifique relatif aux conflits ne présentant pas de caractère international. Ce vide juridique a été comblé par l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 qui fonde, sans la définir, la notion de CANI, et prévoit un régime juridique adapté, toutefois moins dense que celui dédié aux CAI. Le Comité international de la Croix-Rouge, se fondant sur la pensée juridique dominante, propose quant à lui la définition suivante du CANI : il s'agit d'un affrontement armé prolongé qui oppose les forces armées gouvernementales aux forces d'un ou de plusieurs groupes armés, ou de tels groupes armés entre eux, et qui se produit sur le territoire d'un État partie aux conventions de Genève. Cet affrontement armé doit atteindre un niveau minimal d'intensité et les parties impliquées dans le conflit doivent faire preuve d'un minimum d'organisation²⁸.

Ces considérations préliminaires sont indispensables afin de mieux appréhender l'encadrement de la détention administrative par le DIH. En effet, tandis les CAI bénéficient d'un régime détaillé issu des conventions de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (ci-après « CG III ») et celle relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (ci-après « CG IV »), les CANI sont quant à eux régis uniquement par les

²⁸ C.I.C.R., « Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire ? », Prise de position, mars 2008.

dispositions de l'article 3 commun aux conventions de Genève. On observe de ce fait une asymétrie dans l'encadrement de l'internement en temps de conflit armé.

C- La prééminence des situations de CANI, exemple des opérations extérieures françaises :

En droit constitutionnel français, l'expression « *opération extérieure* » permet de désigner les interventions des forces armées à l'étranger, au sens de l'article 35 de la Constitution de 1958. Depuis la réforme constitutionnelle de 2008, cette disposition fait obligation au gouvernement d'informer le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention, et lui impose, lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, de soumettre sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Lors de l'examen du projet de loi constitutionnelle, le législateur a relevé que le terme d'intervention englobe ce que l'on désigne généralement sous le vocable « *d'opérations extérieures* », habituellement définies comme des opérations nécessitant la projection d'hommes en dehors du territoire national, sur un théâtre de crise, dans l'objectif de préserver ou de rétablir la paix²⁹.

Selon Claire Landais, directrice de la Direction des Affaires Juridiques du ministère des Armées, les principaux théâtres d'opérations extérieures de la France se déroulent en situation de conflit armé non international³⁰. Par exemple, au Mali, à partir de janvier 2013, l'opération Serval a permis dans un premier temps de stopper les groupes armés qui menaçaient la capitale malienne, pour dans un second temps mettre fin à une certaine forme de professionnalisation de groupes armés qui s'étaient implantés dans le nord du désert malien. La situation sur le terrain était décrite comme un CANI de basse intensité³¹. Dans le contexte du conflit en République de Centrafrique, une majorité des critères dégagés par la jurisprudence internationale aux fins de qualification des CANI étaient en l'espèce réunis. En effet, la situation en République de Centrafrique 1) faisait l'objet de plusieurs résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui la qualifiaient au demeurant de «

²⁹ Colloque Droit et OPEX, Intervention de Claire Landais Directrice des Affaires juridiques du ministère de la Défense, Ecole militaire, 2-3 novembre 2015.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Idibem*.

conflit armé » ; 2) donnait lieu à des affrontements réguliers entre groupes armés nombreux, structurés, disposant d'armes de guerre lourdes ; et 3) donnait lieu à de nombreuses victimes (personnes mortes ou blessées, mais aussi réfugiés, déplacés internes, etc.).

Depuis la fin du second conflit mondial, bien que les CAI ont dominé les négociations et discussions internationales en 1949, les CANI sont devenus la norme et non l'exception. Sur les 225 conflits armés qui ont eu lieu entre 1946 et 2001, seulement 42 étaient des conflits interétatiques prenant la forme de CAI³². La forme du CANI est devenue quasiment exclusive et le schéma classique de la guerre interétatique répondant à la catégorie des CAI a en réalité presque disparu. Désormais, des groupes armés non rattachés à des Etats ont émergé, revêtant des formes nouvelles de violence. Du fait de la prédominance de cette forme de conflit, il faudra étudier l'encadrement juridique de la détention administrative spécifiquement en temps de CANI, en DIH. Or, c'est en matière de CANI que le déficit des règles conventionnelles applicables est le plus important et le plus visible³³. De premier abord, le DIH semble porter des lacunes dans l'encadrement juridique des CANI, il faudra étudier sa pertinence dans le cadre de la détention administrative. Cette recherche d'un encadrement juridique s'intègre dans le mouvement des droits de l'homme exigeant que le principe de légalité soit en tout temps respecté.

Ainsi, un rapprochement entre CANI et opérations extérieures menées par les forces étatiques sera mené. Toutefois, le terme de CANI ne regroupe pas toutes les opérations extérieures, ces dernières revêtent néanmoins majoritairement cette forme de conflit armé. C'est pourquoi le terme juridique de CANI sera analysé afin de prendre en considération la réalité des opérations extérieures actuelles qui prennent cette forme sans pour autant créer une généralisation faussée.

³² C.I.C.R., « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », Extrait du rapport préparé par le C.I.C.R. pour la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, décembre 2003, vol. 86, No. 853, mars 2004, pp. 267-268

³³ Jean-Marie HENCKAERTS ; « Etude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier : objet, caractéristiques, conclusions et pertinence ».

Section 3 : L'étude de la légalité de la détention administrative sous l'influence du DIDH

L'encadrement juridique est une nécessité pour les armées, car dans le cas de la détention administrative, il s'agit d'une mesure très attentatoire à la liberté individuelle. Or, sous l'influence du DIDH, les considérations humanitaires et de protection de la dignité humaine sont devenues de plus en plus présentes dans l'encadrement des conflits armés (**paragraphe 1**). En effet, depuis la fin du second conflit mondial se sont multipliés les traités internationaux et régionaux. Leur efficacité dépend également de l'institution d'organe associé à ces traités les mettant en application. Pour l'Armée française, il s'agit en particulier de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CtEDH ») et sa jurisprudence vis-à-vis de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – communément appelée Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH »).

C'est pourquoi le principe de légalité s'est imposé dans l'encadrement juridique de la détention administrative. Ce principe de DIDH, est à la fois une obligation pour les Etats partis aux traités applicables en temps de conflit armé ainsi qu'extra-territorialement, et rejoint la volonté des armées, en particulier l'Armée française, de fonder en droit ses agissements. Au regard de ce principe, une telle décision d'internement doit donc reposer sur un fondement légal et un régime procédural (**paragraphe 2**). Une telle rigueur juridique participe plus généralement à légaliser, à légitimer l'action ainsi qu'à assurer le caractère non-arbitraire d'une telle privation de liberté.

§1- L'influence croissante des considérations humanitaires du DIDH dans l'encadrement juridique des conflits armés :

Le droit à la liberté et son corollaire, l'interdiction de la privation arbitraire de liberté, font partis des droits les plus anciens et les mieux établis juridiquement dans le monde. Une de ses premières expressions date du XIII^e siècle au travers de la Magna Carta. Ce droit est par ailleurs présent dans l'ensemble des Constitutions nationales et des instruments régionaux et internationaux garantissant le respect des droits de l'homme. Par exemple, il est consacré aux articles 3 et 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Un organe des Nations Unies a même été créé afin de superviser et surveiller le

respect et la mise en œuvre de la protection des individus de la privation arbitraire de liberté dans le monde : le Groupe de travail sur la détention arbitraire. Non seulement le droit à la liberté et la prohibition de la détention arbitraire sont présents dans toutes les branches de droit et instruments juridiques, ils font également partis du droit coutumier. De plus, bien que ce ne soit pas une question résolue, il y a des indications que l'interdiction de la privation arbitraire de liberté serait une norme de *jus cogens* en droit international.

De manière générale, la préservation de la dignité humaine et la protection des droits fondamentaux sont venues progressivement occuper une place centrale dans le système juridique international, reflétant l'importance grandissante accordée par les Etats et leur population aux valeurs de l'humanité et la dignité humaine. Le mouvement des droits de l'homme a eu une influence sans précédent sur le droit international et la politique depuis le milieu du XXe siècle. Le développement du DIDH a eu et continu d'avoir un impact sur l'interprétation et le développement du DIH. Cette influence a été consacrée consacré dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels de 1977.

Le DIDH couvre toute forme de privation de liberté, dont la détention administrative, en temps de paix et de conflit armé, sans distinction fondée sur la nationalité ou la citoyenneté. Néanmoins, bien qu'il y ait une claire interdiction en droit international et une solide condamnation contre la privation arbitraire de liberté de la communauté internationale, la protection des personnes privées de leur liberté demeure au cœur des enjeux du DIH et du DIDH. L'enjeu de l'établissement d'un cadre juridique efficace est immense, puisque à défaut de fonctionner le risque de disparition forcée, d'actes de torture et d'autres formes d'abus ne fait qu'augmenter³⁴.

§2- *L'exigence et la nécessité du respect du principe de légalité en DIDH :*

Le caractère exceptionnel et non-arbitraire ont été reconnu unanimement par le DIDH et le DIH. La privation arbitraire de liberté n'étant pas seulement interdite mais constitue un crime de guerre³⁵. Afin de respecter cette obligation de non-arbitraire, le DIDH

³⁴ Jean-Marie HENCKAERT et Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Genève, C.I.C.R., 2005, p. 344.

³⁵ Statut de la Cour pénale internationale, Article 7, para. 1^{er}.

impose une obligation de respecter le principe de légalité. Pour cela, il est nécessaire d'établir un fondement juridique et un régime procédural dotés des motifs et des garanties suffisants pour que la détention administrative ne soit pas qualifiée d'arbitraire.

Tout d'abord, la privation de liberté doit être fondée en droit, prescrivant le fondement juridique, c'est-à-dire une disposition autorisant le recours à la détention administrative. Il s'agit donc d'établir une base légale valide pour la privation de liberté. Il faut se demander si l'internement est prévu en droit. C'est ce que dispose l'article 9, paragraphe 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après « PIDCP ») : « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.* »³⁶. La CPJI, l'a également confirmé dans l'arrêt *Comptabilité de certains décrets-lois d'antzikois avec la constitution de la ville libre* : « Le principe des droits fondamentaux ne peut pas être restreint sauf en droit »³⁷.

Il faut donc appréhender la définition du terme « loi » en droit international. Pour ce faire, la loi obéit à des qualités d'accessibilité, possède un degré de précision qui permet une raisonnable prévisibilité quant à une potentielle restriction du droit et doit générer une protection adéquate et effective contre l'arbitraire³⁸. La définition de la loi ne s'effectue pas à partir de sa définition en droit national, cela ne signifie pas pour autant qu'une telle loi ne peut pas exister au sein de l'ordre juridique interne. Dans cet ordre juridique les trois pouvoirs : judiciaire, législatif et exécutif peuvent faire partis de ce processus. En droit international, il existe la source conventionnelle ainsi que la source coutumière. En outre il sera étudié la pertinence du recours à d'autres instruments, tels que les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.

Ensuite, cette base juridique doit être associée à un régime procédural. Ce régime procédural doit établir les motifs et les garanties procédurales à partir desquels la privation

³⁶ P.I.D.C.P., article 9, para. 1^{er}.

³⁷ C.P.J.I., *Comptabilité de certains décrets-lois d'antzikois avec la constitution de la ville libre*.

³⁸ C.P.J.I., avis consultatif, 22 septembre 1927, *Compétence des tribunaux Dantzig*.

de liberté pourra être ordonnée. Cette exigence est de première importance afin de protéger efficacement les individus contre la privation arbitraire de liberté.

Les motifs sur lesquels la privation de liberté est ordonnée doivent refléter des besoins valides tout au long de la détention et doit servir un objectif accepté par la communauté internationale comme légitime³⁹. La nécessité militaire s'impose de ce fait comme motif légitime en temps de conflit armé. Selon Louise Doswald-Beck : « *humanitarian law aims at preventing arbitrary detention by two main means : by providing for permissible grounds of detention based on military necessity and by providing for some supervision of the fact of detention* »⁴⁰. A partir de ces motifs, les garanties procédurales permettront de déterminer qui pourra être détenu, pour quelles raisons, pendant combien de temps en DIH à partir de mécanismes de contrôle et de procédure garantissant sur le terrain la légalité de la détention administrative.

Au travers de ce mémoire, il faudra ainsi rechercher comment le droit international garanti un tel encadrement juridique de la détention administrative dans le cadre de conflits armés non-internationaux, c'est-à-dire en présentant un fondement juridique et un régime procédural. Le DIH, corpus initialement conçu pour réguler les conflits, garanti-t-il une telle protection juridique ? Et quelle est l'interaction entre les corpus *prima facie* applicables en temps de conflit armé, entre le DIDH et le DIH ?

Il ne s'agira pas d'apprécier les standards de traitement des personnes détenues, dans le cadre de CAI ou de CANI, ces règles matérielles sont garanties de manière détaillées et sont quasi-identiques pour les deux formes de conflit. Elles coïncident d'une large manière avec les dispositions de DIDH⁴¹. Un tel constat n'est pas partagé quant au fondement juridique et au mécanisme procédural, alors que les enjeux militaires et humanitaires sont immenses.

³⁹ Wolfrum RUDIGER, *Legitimacy in International Law*, Heidelberg, Max-Planck-Institut, 2008, p. 115.

⁴⁰ Louise DOSWALD-BECK, « Background paper », in Report of the Expert Meeting on the Supervision of Lawfulness of Detention, 2004, p. 2.

⁴¹ Emily CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 78-152.

**TITRE I^{ER} : LA RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL
HUMANITAIRE D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE PROPRE
A LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT
ARME NON-INTERNATIONAL**

Au sein de ce premier titre, l'on traitera de la nécessité d'un régime procédural applicable à la décision d'internement dans le cadre d'un conflit armé non-international (CANI).

Ainsi qu'il a été souligné précédemment, l'existence d'un fondement juridique et de règles procédurales est indispensable pour se conformer avec le principe de légalité tel que défini par le droit international des droits de l'homme (DIDH). A cet égard, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) définit comme crime contre l'humanité tout acte d'emprisonnement accompli sans base légale, que ce soit en temps de paix ou en temps de conflit armé¹.

Alors que le droit international humanitaire (DIH) a été conçu spécifiquement pour donner un cadre juridique aux hostilités et aux actes qui se produisent dans le contexte d'un CANI, il conviendra d'étudier si cette matière contient des règles juridiques propres à fonder et encadrer la procédure relative à l'internement (**Chapitre 1**) ou, dans l'alternative, si une application par analogie des Conventions de Genève, applicables aux CAI, pourrait être juridiquement envisageable (**Chapitre 2**). A défaut, il devra être recherché si d'autres instruments juridiques que le DIH peuvent servir de fondement au régime procédural de l'internement (**Chapitre 3**).

¹ T.P.I.Y., 12 mars 2002, *Prosecutor c. Milorad Krnojelac*.

CHAPITRE 1 : LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, UNE SOURCE INSUFFISANTE POUR L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT ARME NON-INTERNATIONAL

Dans le cadre de ce premier chapitre, l'on s'interrogera sur le point de savoir si le DIH offre un fondement juridique et des règles procédurales applicables à l'internement en cas de CANI¹. Le DIDH exige en effet que tout acte de privation de liberté soit fondé juridiquement, afin de ne pas être arbitraire². Le principe posé en matière de privation de liberté n'est donc pas la liberté d'action mais, au contraire, un principe de légalité.

Or, il sera démontré que le DIH applicable aux CANI est, à la lumière du principe de légalité, dépourvu de règles procédurales suffisantes en matière d'internement (**Section 1**). Pour autant, il demeure que le DIH n'est pas totalement silencieux en ce qui concerne l'encadrement des actes d'internement dans la mesure où les standards de traitement qu'il introduit sont directement applicables à ces actes (**Section 2**).

Section 1 : L'absence de règles procédurales propres à l'internement en temps de conflit armé non international en droit international humanitaire

Aux termes de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice (ci-après « CIJ »), la coutume figure, au même titre que les conventions internationales, parmi les sources juridiques du droit international public. Il conviendra en conséquence d'appréhender successivement les conventions internationales (**paragraphe 1**) puis la coutume (**paragraphe 2**) dans la recherche d'un fondement et règles procédurales relatifs à l'internement en temps de CANI.

¹ Laura LOPEZ, « Uncivil Wars: The Challenge of Applying International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts », 69 New York University Law Review 916, 2014.

² P.I.D.C.P., article 9, para. 1^{er}.

§1- *L'internement au regard du droit international humanitaire conventionnel et du principe de légalité:*

Si l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole additionnel II aux conventions de Genève³ (ci-après « PA II ») reconnaissent l'existence du fait de la détention, aucune de ces sources conventionnelles n'autorise expressément ni ne dispose de règles de procédure expresses⁴. Ainsi, une distinction doit être établie entre la reconnaissance objective d'un fait, l'internement par des dispositions conventionnelles et l'autorisation assortie de règles de procédure par de telles dispositions pour avoir recours à l'internement (A). En outre, l'argument de l'existence d'un fondement implicite à l'internement doit être rejetée au regard de la définition même du principe de la légalité (B).

A- Différence entre reconnaissance et autorisation assortie d'un encadrement juridique procédural en DIH conventionnel :

Afin de faire la lumière sur l'absence d'un fondement et de règles procédurales propres à l'internement en temps de CANI, l'on analysera tout d'abord les dispositions conventionnelles relatives à cette situation. Au travers cette étude, il ressortira que si les textes conventionnels admettent l'existence de l'internement, ils ne complètent pour autant cette possibilité d'aucune autorisation expresse ou d'aucune règle de procédure.

En premier lieu, rappelons que l'article 3 commun aux Conventions de Genève a été introduit dans le but de régir le cas spécifique des CANI (voir son premier alinéa, « *En cas de conflit ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes : [...] »*). A ce titre, les règles qu'il énonce revêtent un caractère général qui prend la forme de standards minimum de comportement.

³ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (PA II), adopté le 8 juin 1977 par la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, entré en vigueur le 7 décembre 1978.

⁴ Laura OLSEN, « Practical Challenges of Implementing the Complementarity between International Humanitarian and Human Right Law – Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-International armed conflict », 40 Case W Res J Intl L 437, 2009, p. 452.

L'une des caractéristiques clef de cette disposition réside dans le standard de traitement humain contenu dans son premier paragraphe : « *Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue* »⁵.

La référence faite à la détention au sein de cette disposition s'impose comme une reconnaissance explicite qu'un tel acte peut se produire en temps de CANI. Pour autant, cette reconnaissance n'est complétée d'aucune disposition relative à la légalité ou aux motifs selon lesquels l'internement serait juridiquement fondé. En outre, l'article 3 commun ne contient aucune précision quant aux règles de procédure applicables aux différentes étapes de l'internement, de la capture à la libération de l'individu concerné. Ainsi, les Conventions de Genève, par la voie de l'article 3 commun, se contentent d'énoncer l'éventualité de la survenance du fait de l'internement dans le cadre d'un CANI. En revanche, elles ne l'autorisent pas expressément et ne contiennent aucune indication sur la manière dont il doit être traité d'un point de vue de la procédure.

En second lieu, le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève introduit, sur la base de la protection établie par l'article 3 commun et en complément aux dites Conventions, un standard minimum applicable aux personnes internées pour des raisons relatives à un conflit armé⁶. Son champ d'application est encore plus étroitement défini que celui de l'article 3 commun⁷ puisqu'il n'est applicable qu'aux CANI considérés comme des guerres civiles⁸.

⁵ Conventions de Genève du 12 août 1949, Article 3 commun.

⁶ PA II, articles 5, para. 1^{er} et 6, para. 5.

⁷ Yves SANDOZ, *Commentaire du Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, C.I.C.R./Martinus Nijhoff, Genève, 1987, p. 1349.

⁸ PA I, article 1^{er}, para. 1^{er} : « *Le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement*

De même que l'article 3 commun, le PA II, en son article 5, paragraphe premier, reconnaît l'internement comme un fait et prévoit l'application d'un standard de traitement minimum pour le cas spécifique des personnes internées : « Outre les dispositions de l'article 4 [qui dispose des garanties fondamentales à l'égard de toutes les personnes qui ne participent pas directement ou qui ne participent plus aux hostilités, qu'elles soient ou non privées de liberté], les dispositions suivantes seront au minimum respectées à l'égard des personnes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues : [...] »⁹. Tout comme l'article 3 commun, cette disposition ne fait aucune référence expresse à des règles de procédure et ne présente pas les raisons pour lesquelles la détention pourrait être légitimement décidée. Dans le Titre II du PA II, à travers ses articles 4 à 6, est précisé le principe de traitement humain contenu à l'article 3 commun, cependant ils n'abordent nullement la question de la légalité ou encore des garanties procédurales applicables à l'internement.

Ainsi, le droit positif reconnaît que des parties à conflit armé non-international peuvent procéder à l'internement d'individus et énonce les conditions de fond selon lesquelles ces internements doivent se dérouler. Bien que ces dispositions confirment que l'internement n'est pas prohibé en DIH, il n'est pas possible de conclure que cette reconnaissance crée en elle-même un fondement juridique suffisant pour la détention au regard du principe de légalité. Ainsi, le DIDH et *a fortiori* le principe de légalité ne peuvent être satisfaits de ces seules dispositions en ce qu'elles ne remplissent pas les critères de clarté et de prévisibilité attachés à ce principe.

Or, il existe une différence fondamentale entre la reconnaissance de l'existence d'un fait d'une part, et l'autorisation et la régulation de ce fait à travers des règles de procédure d'autre part. A titre d'exemple, le DIH régule tous les aspects d'un conflit armé sans pour autant préjuger de leur légalité au regard du *jus ad bellum*¹⁰. Cette distinction a été

responsable , exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole. ».

⁹ PA II, article 5.

¹⁰ Lassa Oppenheim, *International Law, A Treatise : Volume II, War and Neutrality*, Longmans Green & Co, London, 1906, p. 56.

consacrée par la CIJ dans son arrêt *RDC c/ Ouganda*¹¹, dans lequel la Cour a énoncé que l'accord de Lusaka entre les deux parties au litige, prévoyant le retrait des forces ougandaises de RDC n'établissait pas le consentement de la RDC à la présence des forces de l'Ouganda sur son territoire. Cet accord ne rendait pas légale la présence continue de ces forces ougandaises sur le sol de la RDC. De la même façon, l'internement, bien que son existence soit reconnue par le DIH, ne dispose pas pour cette seule raison d'un fondement juridique suffisant pour que sa légalité soit établie au regard du droit international¹². Il participe en effet uniquement à reconnaître son existence et à en réguler les conditions de fond¹³.

Selon Sandesh Sivakumaran, dans son traité du droit applicable aux CANI, le droit applicable à l'internement s'est développé par analogie au droit relatif aux CAI concernant les règles prohibitives, sans pour autant intégrer les règles qui leur accordent une autorité juridique spécifique¹⁴.

En conclusion, le Professeur Marco Sassoli résume ainsi la situation : « le DIH conventionnel relatif aux CANI régle la façon dont les personnes privées de liberté en raison d'un conflit armé doivent être traitées et prévoit des garanties procédurales pour les personnes poursuivies pour des infractions liées au conflit, mais il ne précise pas les circonstances et les procédures selon lesquelles une personne peut être détenue pour des raisons de sécurité » (traduction de l'auteur)¹⁵. Ainsi, alors que l'article 3 commun et le PA II reconnaissent le fait que des individus sont détenues pour des raisons relatives à un conflit et leur offre un régime minimum de protection, ni l'article 3 commun ni l'article 5 du PA II ne peuvent être considérés comme constituant un fondement juridique ou un cadre

¹¹ C.I.J., 19 décembre 2005, *République Démocratique du Congo c. Ouganda*.

¹² Queen's Bench, 2014, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defense*, No. 1369.

¹³ C.D.H., « Report of the Working Group on Arbitrary Detention », 12 décembre 2005, p. 72.

¹⁴ Sandesh SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, OUP, Oxford, 2012, p.71.

¹⁵ Marco SASSOLI, « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law », in Harvard University, H.P.C.R. Occasional Paper Series, No. 6, 2006 : « *Conventional IHL to NIAC prescribes how persons deprived of liberty for reasons related to the armed conflict must be treated and it prescribes judicial guarantees for those who are prosecuted for offences relating to the conflict, but it does not clarify under which circumstances and by which procedures a person may be interned for security reasons.* ».

processuel suffisant à la détention¹⁶. A défaut de telles règles expresses en DIH conventionnel, il reste à étudier l'hypothèse de règles implicites dans cette même matière.

B- L'absence de règle implicite relative à la procédure applicable à la détention en DIH conventionnel :

Certains auteurs considèrent cependant que la reconnaissance du fait de l'internement dans les dispositions du traité pourrait être interprétée comme conférant un fondement juridique implicite à la détention administrative¹⁷.

Dès lors, la question se pose de savoir si la référence explicite à la détention faite aux articles 3 commun des Conventions de Genève et 5 du PA II suffit à justifier l'affirmation selon laquelle DIH applicable aux CANI inclurait un droit inhérent à interner et offrirait un fondement juridique implicite pour opérer un internement. Il semblerait que non.

Le premier élément de réponse se trouve dans le contexte historique dans lequel les dispositions susmentionnées ont été adoptées. Il y a lieu de noter à cet égard que la question de l'internement était davantage laissée à l'appréciation des Etats et de leurs ordres de juridiction respectifs. En effet, les CAI dominaient les négociations internationales en 1949 comme en 1977, bien que les CANI se soient développés au point de représenter la majorité des conflits armés après 1945.

Selon certains universitaires, l'étude des travaux préparatoires des dispositions conventionnelles régulant les aspects de fond de la détention à l'occasion d'un CANI confirme que ces textes en donnent un fondement juridique implicite. Kubo Macak, par exemple, s'est référé aux travaux des articles 5 et 6 du PA II dans lesquels il serait suggéré que la détention dans un CANI et ne serait pas nécessairement illégale, du fait même que son hypothèse est envisagée¹⁸. Toutefois, on relèvera que la simple référence à l'existence

¹⁶ Groupe de travail sur la détention arbitraire, *Annual Report 2005*, para. 72.

¹⁷ Jelena PEJIC, « Procedural principles and Safeguards for Internment/administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence », *op. cit.*, p. 375.

¹⁸ Kubo MACAK, « Needle in a Haystack? Locating the Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflict », *Israel's Yearbook of Human Rights*, 2015.

de l'internement ne vaut pour autant pas reconnaissance expresse de la légalité de celui-ci par le DIH.

Aussi, aucun élément dans les travaux préparatoire de l'article 3 commun ou du PA II ne vient conforter l'idée selon laquelle cet article donnerait un fondement juridique à l'internement. En outre, ni l'article 3 commun, ni le PA II ne définissent les conditions subjectives, les motifs, la procédure ou la durée de la détention dans le cadre d'un CANI. Cela n'est pas étonnant selon certains auteurs, sachant que l'objet de ces dispositions est de protéger les internés plutôt que d'établir un cadre légal pour leur internement¹⁹. On note toutefois que l'adoption de règles procédurales expresses en matière de détention offrirait en toute hypothèse une protection et un cadre juridique en faveur des individus concernés.

D'autres auteurs encore ont avancé la théorie suivante : puisque le DIH contient un fondement juridique permettant le ciblage dans le cadre d'un CANI, il devrait de même prévoir un pouvoir moindre, celui de détenir²⁰. Toutefois, ce raisonnement est biaisé. En effet, cet argument n'appréhende aucunement l'obligation de légalité dans l'application des dérogations envisagées restrictivement au droit à la vie comme au droit à la sûreté.

Le DIH conventionnel ne donnant pas à la détention les outils nécessaires au respect du principe de légalité, il restera à étudier la source coutumière du DIH.

§2- L'absence de fondement juridique à la détention en DIH coutumier :

Le droit coutumier figure, conformément à l'article 38 du Statut de la CIJ, parmi les sources du droit international. La question de savoir si le droit coutumier offre un fondement juridique à la détention doit donc être posée. Un tel fondement serait en effet de nature à permettre aux auteurs de la détention de se conformer avec le principe de légalité. Or, trois facteurs participent à répondre négativement à cette question.

¹⁹ Louise DOSWALD-BECK, « International Humanitarian Law: A Means of Protecting Human Rights in Time of Armed Conflict », *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1, No. 4, 1989, p. 127.

²⁰ Sean AUGHEY et Aurel SARI, « Targeting and Detention in Non-International Armed Conflict: Serdar Mohamed and the Limits of Human Rights Convergence », 2015, p.103-8.

Certains auteurs ont pourtant soutenu l'hypothèse de l'existence d'une base juridique en DIH coutumier. Par exemple, Robert Barnsby qui s'appuie pour en faire la démonstration sur un recours écrasant à l'internement par les Etats en cas de CANI²¹.

Or, la règle coutumière en droit international ne se contente pas de l'existence d'une pratique. Elle exige en effet, outre l'existence d'une telle pratique, que cette dernière soit doublée d'une *opinio juris*²². C'est à la condition seulement que ces deux critères sont réunis que les Etats peuvent alors se référer à cette règle coutumière comme leur fournissant l'autorité juridique leur permettant d'interner dans ces situations.

En outre, en ce qui concerne le critère de la pratique, il doit être souligné que l'Etat qui s'en prévaudrait devrait pour cela démontrer qu'une telle pratique aurait été développée sur le fondement du DIH. Or, un tel fondement n'a pu émerger que récemment puisqu'en 1949 comme en 1977, la grande majorité des Etats rejetait toute proposition établissant une base juridique pour interner dans un CANI en DIH. Aussi, l'Etude coutumière du Comité international de la Croix-Rouge (ci-après « CICR »), publiée en 2005 et fondée sur l'examen de la pratique étatique, a démontré qu'aucun fondement coutumier à l'internement applicable aux CANI ne pouvait être trouvé²³. Ainsi, il y existe donc des doutes sérieux quant à l'émergence d'une norme coutumière à relative à la détention, non pas uniquement qu'une règle coutumière ne peut pas se former rapidement²⁴, mais également parce que les critères de la pratique internationale et de l'*opinio juris* sur la question de l'internement dans les CANI ne sont pas réunis.

Pour autant, il y a lieu de préciser que certains Etats ont pu, à l'occasion de contentieux, soulever l'existence d'expressions d'une *opinio juris* aux fins de soutenir l'existence d'une base juridique à l'internement dans les traités et/ou la coutume en DIH. Par exemple le gouvernement britannique, dans l'affaire *Serdar Mohammed c/ Ministère de la Défense* se

²¹ Robert E. BARNSBY, « Yes We Can: The Authority to Detain as Customary International Law », 202 Mil L Rev 53, 2009.

²² C.P.J.I., 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*.

²³ Une mise à jour de cette étude en 2010 n'a pas révélé l'existence de cette règle coutumière, ni même une pratique.

²⁴ Bin CHENG, « United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law? », I.J.I.L., 1965, p. 23-48.

fonde à la fois sur les traités et la coutume de DIH comme fournissant une base légale à la détention de M. Serdar dans le cadre d'un CANI, en Afghanistan²⁵. Cet exemple a néanmoins une valeur relative puisque la Cour suprême a rejeté cet argument en concluant que ni le DIH coutumier, ni le DIH conventionnel applicable aux CANI ne fournissait de fondement juridique à la détention²⁶. De plus, cet argument du gouvernement britannique se trouve être en rupture avec la position défendue jusqu'alors en ne reconnaissant pas l'existence d'un fondement juridique à la détention à la faveur du DIH conventionnel ou coutumier.

Les Etats-Unis ont eux aussi soutenu l'existence d'une *opinio juris* dans ce même sens²⁷. Néanmoins, la position des Etats-Unis à ce propos est relativement équivoque, et les Etats-Unis semblent davantage se reposer sur leur droit national que sur le DIH comme base juridique à la détention en opération extérieure dans le cadre des CANI. En conséquence, il s'agit d'une pratique et d'une *opinio juris* limitées.

Bien qu'il n'y ait pas eu de dénonciation de ces pratiques de la part de la communauté internationale, ce seul fait ne peut être considéré comme suffisant pour considérer que le seuil nécessaire à la création d'une règle coutumière a été atteint. Si la revendication selon laquelle le DIH procurerait un fondement juridique à la détention n'a pas été contestée en tant que telle, les pratiques relatives à la détention ont fait l'objet de vives critiques dans le cadre des opérations extérieures menées par le Royaume-Uni et les Etats-Unis. En outre, exiger des autres Etats qu'ils expriment explicitement leur dissentiment par rapport à cette pratique est incompatible et irréaliste eu égard à l'approche traditionnelle de la formation d'une norme coutumière et de l'interprétation de normes conventionnelles. En particulier, tandis que l'inaction ou le consentement peuvent être pertinents dans la formation d'une norme coutumière, dans le cas présent les Etats qui n'ont pas contesté expressément cette pratique peuvent être restés silencieux pour de multiples raisons qui pourraient facilement

²⁵ Cour suprême du Royaume-Uni, 17 janvier 2017, *Serdar Mohammed c/ Ministère de la Défense*, para. 239 et 254.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

s'expliquer par des raisons politiques. Ainsi, le silence ne peut pas en l'espèce être analysé comme reflétant une *opinio juris*²⁸.

De plus, si le droit coutumier était véritablement devenu un fondement juridique à la détention, il posséderait en toute hypothèse les attributs dont dispose toute source juridique servant de fondement juridique à la privation de liberté. Il aurait fallu prescrire les motifs sur lesquels la détention aurait pu être ordonnée, en des termes suffisamment précis pour permettre aux individus impliqués dans le conflit armé, ou simplement affectés par ce conflit, de connaître les situations qui pourraient risquer de mener à leur internement.

Il existe des indications issues de la pratique qui laissent à penser que les motifs relatifs à la détention énoncés aux articles 42 et 78 de la Convention de Genève IV (ci-après « CG IV ») applicable aux CAI auraient constitueraient des motifs également valables dans le cadre des CANI. Il semble également être généralement accepté que ces motifs servent un objectif légitime pour restreindre le droit à la sûreté quand les circonstances atteignent le seuil du conflit armé. Il n'existe en revanche aucun accord sur les règles procédurales à suivre. En l'absence de clarté sur ces questions, il ne peut pas être soutenu que le droit coutumier définit les procédures applicables à l'internement dans les CANI ou que cette source de droit international offre une base juridique adéquate protégeant les internés contre l'arbitraire²⁹.

Enfin, aucun Etat parti à un CANI ne semble s'être jamais fondé sur le DIH coutumier comme fondement juridique à l'internement ou annoncé qu'il pourrait le faire. Par exemple, en ce qui concerne les CANI se déroulant en Afghanistan et en Irak, les Etats contributeurs de troupes de la force multinationale qui ont participé au conflit aux côtés ne se sont pas fondés sur le DIH conventionnel ou coutumier pour interner les personnes considérées comme des menaces pour leur sécurité. Selon la doctrine du Royaume-Uni, la

²⁸ Gennady DANILENKO, *Law Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 108.

²⁹ Laura OLSON, « Practical Challenges of Implementing the Complementarity between International Humanitarian and Human Right Law – Demonstrated by the Procedural Regulation of Internement in Non-International Armed Conflict », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, 2009, p. 452.

possibilité d'interner des civils en temps de CANI découle des lois nationales de l'Etat d'accueil ainsi que des résolutions du Conseil de Sécurité³⁰.

En conclusion, les Etats ont généralement recours à d'autres sources que le DIH coutumier ou conventionnel, notamment le droit national³¹, pour fonder les actes de détention dans le cadre de certains CANI extraterritoriaux. Alors que, comme nous venons de le voir, le DIH conventionnel et coutumier ne fournit pas de base juridique à la détention, il conviendra d'étudier s'il doit pour autant être considéré comme silencieux dans l'encadrement de la détention dans les CANI, c'est-à-dire au regard de ses règles substantielles.

Section 2 : Etude des règles substantielles de DIH

Au travers de cette section, il conviendra de rechercher si, à défaut de base juridique satisfaisant au principe de légalité, le DIH contient des standards de traitement devant toutefois être pris en compte dans la pratique de l'internement. Il sera alors démontré que le DIH assure un encadrement *a minima*, ne laissant pas place de ce fait à une dérégulation totale en la matière. L'on étudiera ici dans un premier temps l'apport du DIH conventionnel (**paragraphe 1**), puis dans un second temps l'apport du DIH coutumier (**paragraphe 2**).

§1- Le DIH conventionnel :

Bien que le DIH ne comporte pas de fondement juridique à la détention dans un CANI, il est cependant nécessaire de se demander si le DIH est pour autant entièrement silencieux en ce qui concerne l'internement³², cela au regard de l'article 3 commune aux Conventions de Genève (A) et du PA II (B).

³⁰ UK, JDP 1-10, 2006, Section 113: « During hostilities not amounting to International Armed Conflict, UK Forces can expect to deal with two classes of captured or detained persons : a. Internees. UK Forces operating abroad may have a power to intern civilians under the host nation's law where they pose an imperative threat to the security of the force: such power may derive from the host state's own domestic law or from a UN Security Council Resolution [...] ».

³¹ Els DEBUF, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, Pedone, Oxford, 2014, p. 471.

³² Lawrence HILL-CAWTHORNE, *Detention in non-international armed conflict*, Oxford University Press, 2016.

A- Article 3 commun aux conventions de Genève :

L'article 3 commun a été spécifiquement conçu pour s'appliquer dans un CANI. Il instaure un standard minimum de protection en dessous duquel aucun comportement ne saurait tomber³³. Une des dispositions clef de cet article est l'établissement d'un principe de traitement humain, consacré dans le chapeau de son premier paragraphe. Ce principe est complété par quatre exemples de situations qui contreviennent à ce standard³⁴.

Deux remarques doivent être faites. D'abord, la référence à la détention constitue reconnaissance non équivoque qu'un tel acte de privation de liberté peut se produire dans un CANI. Le PA II se réfère lui aussi explicitement à la détention³⁵. Ensuite, l'article 3 commun ne contient aucune règle explicite précisant les motifs, la procédure ou le moment auquel la détention doit prendre fin. Néanmoins, en pratique, plusieurs résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU ont pu condamner les arrestations et la détention arbitraires dans le cadre d'un CANI comme constituant des violations du DIH et du DIDH³⁶.

De même, nombreux sont les auteurs qui continuent de soutenir que le DIH conventionnel est silencieux à l'égard de la détention. Knut Dörmann, par exemple, considère que le DIH « indique que l'internement peut avoir lieu dans un CANI mais ne contient aucune indication pour savoir comment il est régulé »³⁷. A l'inverse, d'autres auteurs soutiennent que l'article 3 n'est pas totalement silencieux. Selon Joanna Dingwall, cette disposition interdit le « *confinement illégal* », lequel serait en opposition avec le principe de traitement humain³⁸. D'autres encore considèrent que l'article 3 interdit soit le « *confinement illégal* », soit la « *privation arbitraire de liberté* »³⁹. Johanna Dingwall, par

³³ C.I.J., 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), para. 218.

³⁴ Article 3 commun aux Conventions de Genève, para. 1^{er}(a)-(d).

³⁵ PA II, article 5.

³⁶ A.G.N.U., Résolution 55/116, 2000 (Soudan) ; CSNU, Résolution 2100, 2013 (Mali) ; CSNU, Résolution 2139, 2014 (Syrie).

³⁷ Knut DÖRMANN, « To What Extent Does International Humanitarian Law provide for the Supervision of the Lawfulness of Detention? », The University Centre for International Humanitarian Law No. 10, p. 15.

³⁸ Joanna DINGWALL, « Unlawful Confinement as a War Crime : the Jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the Common Core of International Humanitarian Law Applicable to Contemporary Armed Conflicts », 2004, JCSL, p. 150.

³⁹ Georges CORN, « Enemy Combatants and Access to *Habeas Corpus*: questioning the Validity of the Prisoner of War Analogy », 2007, Santa Clara J Intl, p. 260-1.

exemple, a énoncé que la privation arbitraire de liberté, sans un procès équitable, constitue intrinsèquement une atteinte sérieuse à la dignité humaine et un traitement cruel au sens de l'article 3 commun⁴⁰. De même, le CICR a déclaré que : « l'article 3 commun requière que tous les civils et personnes hors de combat doivent être traités humainement, alors que la privation arbitraire de liberté est incompatible avec cette exigence »⁴¹. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a quant à elle soutenu en ce qui concerne un CANI en Colombie, que certains actes de détention par les groupes paramilitaires étaient constitutifs d'une privation arbitraire de liberté, en violation du DIH⁴². Enfin, cette position semble avoir été retenue en 2002 lors de la conférence parlementaire de l'Union africaine, organisation internationale comprenant vingt-et-un Etats-membres africains. A cette occasion, la conférence parlementaire a déclaré que la détention arbitraire dans un conflit armé « violait sérieusement les règles du DIH »⁴³.

Ces interprétations du standard du traitement humain de l'article 3 commun ne semblent pas déraisonnables. Il semblerait en effet que la privation arbitraire soit couverte par cette disposition. Ce large champ d'application des dispositions de cet article a été souligné par le TPIY : « *While there are four sub-paragraphs in common article 3§1 which specify the absolutely prohibited forms of inhuman treatment from which there can be no derogation, the general guarantee of human treatment is not elaborated, except for the guiding principle underlying the Convention, that its object is the humanitarian one of protecting the individual human being and therefore, it must safeguard the entitlement which flow therefrom* »⁴⁴. Le droit international conventionnel a lui aussi longtemps reconnu que les droits à la liberté et à la sûreté, constituent un « *droit découlant de l'être humain* »⁴⁵.

Toutefois, l'on pourrait s'interroger sur le point de savoir si la notion de « *traitement humain* » mentionnée à l'article 3 commun ne serait pas trop vague pour inclure

⁴⁰ T.P.I.Y., 22 juillet 2005, *Prosecutor c. Fatmir Limaj et al*, TPIY-03-66, para. 391-392.

⁴¹ Jean-Marie HENCKAERTS, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, CUP, Cambridge, 2005, p. 344.

⁴² C.I.A.D.H., « Third Report on the Human Rights Situation in Colombia », 26 février 1999.

⁴³ Conférence parlementaire de l'Union africaine sur le DIH visant à la protection des civils durant les conflits armés, Niamey, 18-20 février 2002.

⁴⁴ T.P.I.Y., jugement de première instance, 25 juin 1999, *Prosecutor c. Zlatko Aleksovki*.

⁴⁵ P.I.D.C.P., article 9, para. 1^{er} ; CEDH, article 5, para 1^{er} ; CAPDH, article 6 ; Déclaration universelle des droits de l'Homme, Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 217, article 9.

l'interdiction de la privation arbitraire de liberté. La CIJ a en effet pu juger que certaines normes étant trop vagues, elles avaient pour conséquence d'amoinrir la capacité d'une disposition à contenir une obligation ou un droit spécifique⁴⁶. C'est particulièrement le cas quand l'objet et la raison d'être d'un traité ne soutiennent pas la présence d'une telle obligation spécifique qui découle d'une disposition vague. Toutefois, l'article 3 commun est clairement entendu comme étant la source d'obligations spécifiques pour les parties belligérantes, comme le démontre l'énumération de certains actes interdits par l'application du principe d'interdiction du traitement inhumain. De plus, l'interprétation de ce principe dans le sens d'une prohibition de la détention arbitraire ou illégale, la conformité avec l'objet et le but des Conventions de Genève est assurée.

De manière générale, le DIH, au sein duquel se trouvent les Conventions de Genève, sert les deux principes de l'humanité et de la nécessité militaire, bien que la balance ait tourné au profit du premier depuis la fin du second conflit mondial⁴⁷. Tandis qu'il n'est pas possible d'interpréter l'article 3 comme interdisant toute privation de liberté au regard du principe de nécessité militaire, il en est autrement pour ce qui concerne la privation arbitraire de liberté le serait. En effet, il est entendu que le fait de détenir une personne sans raison valable ne pourra jamais être considéré comme étant militairement nécessaire. A savoir qu'il n'est pas suggéré ici que le principe de nécessité militaire transcende les règles de droit positif applicables en cas de conflit armé, mais plutôt que le principe de la nécessité militaire ne pourra pas être invoqué pour justifier une privation de liberté arbitraire. En conséquence, il est certain que l'article 3, en vertu de son principe de traitement humain, interdit la détention arbitraire. Or, la difficulté de ce raisonnement consiste dans le fait que le contenu de l'interdiction de la détention arbitraire n'est pas clairement établi. Certains auteurs se réfèrent en effet à l'interdiction selon le terme de « *unlawful* » plutôt que d'utiliser la notion « *arbitrary detention* ».

C'est pourquoi il est proposé de procéder à un examen du contexte et des travaux préparatoires de l'article 3 commun afin de démontrer l'intention des signataires d'interdire

⁴⁶ C.I.J., 12 décembre 1996, *Affaire des plate-formes pétrolières (République islamique d'Iran v. Etats-Unis d'Amérique)*.

⁴⁷ C.I.J., avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

la détention arbitraire. L'histoire de l'article 3 commun révèle ses relations étroites avec les autres dispositions des Conventions de Genève de 1949. Tout d'abord, à la lecture des travaux préparatoires, il ressort que le contenu de l'article 3 commun repose sur diverses propositions qui avaient faites en relation avec le préambule des Conventions et qui n'ont pas été adoptées⁴⁸. Ainsi, l'article 3 commun doit par conséquent être considéré comme englobant des principes, parmi lesquels celui du traitement humain, desquels dérivent les règles spécifiques des Conventions⁴⁹.

Au regard de cet aperçu historique, le Commentaire des Conventions de Genève du CICR appréhende le principe de traitement humain de l'article 3 comme le *leitmotiv* desdites Conventions. Ce principe peut être appréhendé non seulement dans l'article 3 mais aussi dans chaque Convention applicable aux CAI. Selon le CICR, le principe de traitement humain constitue ainsi le thème de base des Conventions de Genève⁵⁰. Par exemple, l'article 27, paragraphe 1^{er} de la Convention de Genève IV contient lui aussi le principe de traitement humain. Ainsi, toutes les références au principe de traitement humain doivent être considérées comme faisant partie du contexte global de l'article 3 commun⁵¹.

A cet égard, l'article 27 de la Convention de Genève IV dessine une relation claire entre le principe de traitement humain et l'internement. L'article 27, paragraphes 1 et 3 établit les principes humanitaires de base, incluant le principe du traitement humain. Son paragraphe 4, quant à lui, dispose que « toutefois, les Parties au conflit pourront prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre ». Ces mesures de contrôle et de sécurité incluent l'internement et correspondent au régime détaillé d'internement des civils sous la Convention de Genève IV. L'articulation entre le standard du traitement humain et l'internement est mentionné dans le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge de l'article 27 : le principe

⁴⁸ Jean PICTET, *Commentary to Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, C.I.C.R., Genève, 1952, p. 48.

⁴⁹ Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims: Geneva, C.I.C.R., 14-26 Avril 1947, p. 8.

⁵⁰ Jean PICTET, *Commentary to Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War*, C.I.C.R., 1958, p. 140.

⁵¹ Jean-Marie SOREL, « 1969 Vienna Convention, Article 31: General Rule of Interpretation », in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary, Volume I*, OUP, Oxford, 2011, p. 824.

du traitement humain doit s'appliquer en toutes circonstances, y compris lorsque la personne protégée fait l'objet de mesures de contrôle ou de sécurité⁵². Ainsi, l'exigence de traitement humain ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. En outre, les mesures d'internement, quand elles sont légitimes, doivent demeurer compatibles avec le principe de traitement humain. En conséquence, la référence à la nécessité, contenue à l'article 27, paragraphe 4 de la Convention de Genève IV, devrait être considérée comme une information sur le contenu et le champ d'application du principe de traitement humain de l'article 27, paragraphe 1^{er} de la Convention de Genève IV. L'internement devra avoir lieu dans le respect de ce principe et il est possible d'y avoir recours dans l'hypothèse seulement où cet acte est nécessaire au regard du conflit.

En outre, il doit être souligné que le test de nécessité s'appuie sur une approche objective. Nils Melzer indique en effet que l'article 27, paragraphe 4 de la Convention de Genève IV est une expression du principe de nécessité militaire. Toute autre approche qu'une approche objective de la nécessité militaire conduirait nécessairement à une appréciation discrétionnaire, si ce n'est arbitraire, de la part des parties belligérantes, et rendrait l'application du principe de traitement humain dépendant de cette appréciation⁵³.

Bien que l'article 27, paragraphe 4 de la Convention de Genève IV ne s'applique pas aux CANI, il offre néanmoins une compréhension de ce que requiert le principe de traitement humain. En donnant le même sens aux articles 3 commun et 27 de la Convention de Genève IV, la même interprétation devrait être donnée à ces deux articles. Sur cette base, l'article 3 commun interdit l'internement qui n'est pas nécessaire comme résultant de la guerre. Ainsi, ce qui est arbitraire se caractérise par ce qui n'est pas nécessaire à la suite de la guerre. Il est pourtant vrai que l'article 3 commun ne contient pas de base légale à la détention bien que cette disposition ne soit pas parfaitement muette en ce qui concerne l'internement.

⁵² Jean PICTET, *Commentary of the IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, C.I.C.R., 1958, p. 205: « the requirement of human treatment is valid in all circumstances and at all times, and applies, for example to cases where a protected person is the legitimate object of strict measures, since the dictates of humanity and measures of security or repression, even when they are severe, are not necessarily incompatible ».

⁵³ Nils MELZER, *Targeted Killing in International Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 291.

Ainsi, la seule norme pertinente relative au droit de détenir qui peut être transposée des règles conventionnelles applicables aux CAI au régime des CANI est l'interdiction de l'internement qui ne serait pas nécessaire en raison du conflit. C'est relativement peu face au droit des CAI qui motifs de l'internement, les mécanismes de révision et la cessation de la détention.

B- PA II :

De même que l'article 3 commun, le PA II reconnaît que l'internement peut avoir lieu dans un CANI en spécifiant un standard de traitement minimum des internés⁵⁴. Encore une fois, le PA II manque de références explicites aux règles de procédure d'internement. Si sa partie II, qui comprend les articles 4 à 6, élabore plus en détails le principe de traitement humain de l'article 3 commun, ils se concentrent toutefois davantage sur les standards de traitement et les conditions de l'internement que sur ses motifs ou les garanties procédurales.

L'article 4 du PA II contient des « garanties fondamentales » applicables à ceux qui ne prennent pas part ou qui ne prennent plus part aux hostilités, ce compris les détenus. Tout comme l'article 3 commun, il énonce le principe de traitement humain au paragraphe premier puis fournit des exemples de traitements qui seraient contraires à ce principe. Cependant, plutôt que de se concentrer sur l'acte d'internement en lui-même, cet article prescrit certains standards substantiels de traitement, comme l'interdiction des actes terroristes⁵⁵.

L'article 4§2-b du PA II interdit également les punitions collectives. Certains auteurs et juges ont soutenu qu'il découle de cette interdiction que l'internement d'une personne ne pouvait se justifier sur le seul fondement de la perpétration d'un acte par une autre personne. Néanmoins, les termes de l'article 4, paragraphe 2-b du PA II démontrent que cette disposition s'applique uniquement aux sanctions et punitions, alors que l'internement est une mesure préventive, fondée sur une menace à venir à la sécurité. Le même résultat peut être obtenu par l'interdiction de l'internement non-nécessaire, qui s'applique aussi à

⁵⁴ PA II, article 5.

⁵⁵ PA II, article 4, para. 2.

l'article 3 commun. En effet, l'internement ne peut pas être raisonnablement considéré comme nécessaire s'il est uniquement basé sur l'action d'une autre personne.

De même, l'article 5 du PA II (« *Personnes privées de liberté* ») concerne non pas les règles de procédure mais les conditions et le traitement des détenus pendant l'internement.

Enfin, l'article 6 du PA II élabore l'exigence de l'article 3, paragraphe 1^{er}-d commun selon laquelle les sentences et les exécutions ne peuvent avoir lieu après jugement par une cour régulièrement constituée, conformément au principe fondamental du procès équitable. Les dispositions de cet article concernent donc les poursuites et sanctions d'infractions, et n'est donc pas pertinent pour traiter des mesures d'internement.

Ainsi, le PA II n'ajoute rien à l'encadrement procédural de l'internement alors que ce protocole justement avait été conçu pour développer et suppléer l'article 3 commun. En effet, avant 1977, il avait été reconnu que l'article 3 commun ne fournissait pas suffisamment de garanties procédurales pour les internés. Richard Baxter, par exemple, commentant en 1974 le futur développement du DIH en CANI, estimait que « l'internement d'individus qui ne se sont pas engagé dans des hostilités mais qui sont considérés comme représentant une menace à la sécurité de l'Etat devrait être soumis à des garanties procédurales et substantielles »⁵⁶. Depuis lors, aucun développement n'a eu lieu dans ce domaine en DIH conventionnel.

Ainsi, la seule norme qui pourrait émerger des dispositions conventionnelles applicables aux CANI est la prohibition de l'internement lorsqu'il n'est pas nécessaire au regard du conflit en question.

§2- *Le DIH coutumier* :

Au moment de l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève en 1977, il avait été admis que l'encadrement des CANI par des normes coutumières n'était pas possible du fait de leur caractère relativement récent. En raison de cette nouveauté, les règles coutumières n'auraient pas pu se cristalliser. C'est la raison pour laquelle la clause

⁵⁶ Robert BAXTER, « *Ius in Bello Interno: The Present and Future Law* », in JN Moore (ed), *Law and Civil War in the Modern World*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974, p. 535.

de Martens, au sein du PA II, ne fait pas de référence à la coutume, contrairement à l'article 1, paragraphe 2 du Protocole additionnel I.

L'objet de ce paragraphe sera de rechercher si des normes coutumières ont émergé dans le contexte particulier des CANI. Des pratiques générales transcendant la distinction de la nature des conflits, c'est-à-dire non-spécifiques aux CANI, feront l'objet d'un développement au Chapitre 3. Cette approche catégorielle est reprise par Lawrence Hill-Cawthorne dans son ouvrage⁵⁷.

Pour tenter de détecter l'émergence de règles coutumières, il convient d'analyser la pratique des Etats. Lorsque l'on analyse de la pratique des Etats dans le cadre d'un CANI, il est évident que de nombreux Etats ont adopté et appliqué un régime d'internement. Cela a été le cas par exemple au cours des CANI au Sri Lanka, des conflits extraterritoriaux comme en Irak après 2003 et en Afghanistan après 2001, des conflits transnationaux entre Etats et groupes armés non-étatiques qui sont considérés par certains Etats comme des CANI (par exemple, les conflits engagés par les Etats-Unis dans leur lutte contre Al-Qaeda). L'on constate, à la lumière de ces conflits, que les différents régimes juridiques appliqués par les Etats à l'égard de l'internement ressemblent plus ou moins à ceux appliqués en temps de CAI.

La question se pose alors de savoir si cette pratique a contribué à l'élimination de la distinction entre les deux catégories de conflit armé dans ce domaine, c'est-à-dire entre les CAI et les CANI. Une telle conclusion n'est pas possible.

Premièrement, cette pratique varie selon les Etats. Il est en conséquence impossible, à partir de ces exemples, d'en déduire une règle générale coutumière.

Deuxièmement, il n'existe pas d'*opinio juris* qui suggérerait que les Etats mettent en œuvre les règles de la détention applicables aux CAI parce qu'ils seraient convaincus d'appliquer des règles obligatoires de DIH en adoptant un tel régime d'internement propres à une situation de CANI. Ces régimes d'internement sont davantage fondés sur le droit national

⁵⁷ Lawrence HILL-CAWTHORNE, *Detention in non-international armed conflict*, Oxford University Press, 2016, p. 89.

et aucune contestation n'a été faite sur ce fondement. Lors du conflit en Irak, le régime juridique de l'internement de la Convention de Genève IV a été étendu à la phase des hostilités du CANI non pas par recours à la norme coutumière, mais sur le fondement d'une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies⁵⁸. Souvent, les Etats qui appliquent le régime de la détention propre aux CAI à l'occasion d'un CANI le font sur la présomption que le droit applicable est le DIDH, un corpus qui définit les paramètres de l'internement.

⁵⁸ C.S.N.U., 2004, Résolution 1546.

CHAPITRE 2 : LE CARACTERE INADAPTE DE LA TRANSPOSITION PAR ANALOGIE DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE APPLICABLE A LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN SITUATION DE CONFLIT ARME INTERNATIONAL

L'absence de fondement juridique et de régime procédural en DIH conventionnel et coutumier applicable aux conflits armés non-internationaux (CANI) a conduit à l'émergence d'un débat sur l'application par analogie des normes de DIH applicables aux conflits armés internationaux (CAI) aux CANI¹.

En effet, le droit des CAI, localisé principalement dans la convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (ci-après « CG III »)², la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (ci-après « CG IV »)³ et le Protocole additionnel I (ci-après « PA I »)⁴, fournit à l'internement un fondement juridique explicite ainsi qu'un régime procédural propre. Ce fondement juridique applicable dépend de la détermination du statut de la personne détenue. Si cette personne a le statut de prisonnier de guerre, sa détention sera fondée sur et régie la CG III. En revanche, la CGIV sera applicable dès lors que la personne détenue sera une personne protégée au sens de cette convention. Chacun des statuts est donc rattaché à l'une des conventions mentionnées ci-dessus.

Il sera démontré ici qu'une transposition par analogie de ce mécanisme des mécanismes issus de ces conventions pour fonder la détention administrative dans le cadre de CANI se trouve mise à mal (**section 1**).

Toutefois, l'étude des régimes procéduraux associés à chacun des deux statuts, prisonnier de guerre ou personne protégée, démontre que le DIH applicable aux CAI

¹ Ryan GOODMAN, « Rationales for Detention :Security Threats and Intelligence Value », in Schmitt Michael N. (ed), *The War in Afghanistan : A Legal Analysis*, Newport, Naval War College, *International Law Studies*, Vol. 85, 2009.

² Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (CG III).

³ Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (CG IV).

⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (PA I).

répond à l'ensemble des exigences requises par le principe de légalité. Les deux conventions précitées définissent en effet les conditions subjectives, les motifs, la durée et les règles procédurales liées à la détention. Il sera défendu qu'à la lumière d'autres instruments fondant l'autorisation au recours de la détention administrative, indépendants du DIH, le régime issu de la CG IV s'illustre comme le plus à même d'être transposé à la situation des CANI (**section 2**).

Section 1 : La difficile transposition aux CANI du fondement de la détention administrative issu du droit international humanitaire applicable aux CAI :

Le DIH applicable aux CAI se caractérise par une approche fondée sur le statut de la personne détenue, à partir duquel un régime procédural est subséquentement associé. Dès lors que la personne détenue remplit les critères définis par l'une des conventions, le DIH fonde alors l'acte d'internement. Le DIH, à travers les Conventions de Genève, distingue trois catégories de personnes : les prisonniers de guerre (CG III), les blessés, malades, le personnel médical et religieux des forces armées (CG I⁵ et CG II⁶), et les personnes civiles (CG IV). Il n'existe pas en DIH applicable aux CAI de fondement juridique pour interner des personnes tombant en dehors de ces trois catégories.

En pratique, la détention administrative en situation de CAI n'a jamais été remise en question sur le motif que ces conventions ne fournissent pas un fondement juridique suffisant à la privation de liberté. Les Etats et les organes juridictionnels, dont les tribunaux pénaux, ont toujours reconnu une telle base juridique autorisant la détention administrative sur ce fondement⁷.

La présente section portera sur les deux statuts principaux définis par les Conventions de Genève : les prisonniers de guerre et les personnes civiles. Après avoir distingué ces deux catégories de personnes (**paragraphe 1**), nous analyserons les

⁵ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949.

⁶ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés dans les forces armées sur mer du 12 août 1949

⁷ T.P.I.Y., Jugement, 18 novembre 1998, *Procureur c. Zejnil Delalic et autres* ; Ct.E.D.H., Grande Chambre, 1976, *Chypre c. Turquie* ; CIADH, 1999, *Coard c. Etats-Unis*.

difficultés d'application par analogie d'une telle distinction dans le cadre de CANI (**paragraphe 2**).

§1- La distinction entre les statuts de prisonnier de guerre et de personne civile :

Le DIH en temps de CAI repose principalement sur une distinction fondée sur le statut de l'individu détenu, entre le statut de combattant (**A**) et celui de personne civile (**B**). Le principe de légalité et le caractère non-arbitraire de l'internement sont respectés lorsque celui-ci est pratiqué sur le fondement des CG IV et CG III. Dans ces deux cas, il est reconnu et accepté par la pratique des Etats que le DIH applicable aux CAI fournit une base juridique suffisante à l'internement⁸. Ce fondement est fourni à l'article 4 de la CG III pour les prisonniers de guerre, et aux articles 27 (territoire d'une partie au conflit) et 78 (territoire occupé) de la CG IV pour les personnes civiles. Ainsi fondée, la détention administrative ne pourra pas être jugée comme arbitraire ou illicite, d'autant plus que ces deux dispositions sont suffisamment précises et accessibles à tout sujet de droit.

A- La qualification de prisonnier de guerre selon la Convention de Genève III :

L'objectif ici sera de savoir qui peut être interné sur le fondement de la CG III (Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949). L'article 4 de la CG III consacre le champ d'application personnel, en définissant qui peut avoir le droit de se voir recevoir ce statut et, en conséquence, le régime procédural associé.

Afin de bénéficier de la protection associée au prisonnier de guerre, la personne détenue doit soit 1) être membre (en dehors du personnel médical et religieux) de forces armées d'une partie au conflit ou de forces associées à cette partie et n'avoir pas renoncé à son droit d'obtenir le statut de prisonnier de guerre, soit 2) entrer dans le cadre d'autres catégories de personnes, définies par la convention, qui ne sont pas membres des forces armées.

⁸ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, Req. No. 29750/09, para. 104-109-110.

Au regard de la première catégorie, les prisonniers de guerre comme faisant partis des forces armées partis au conflit, il s'agit de personnes correspondant à l'une des catégories suivantes :

- les membres des forces armées d'une partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées (Article 4A, paragraphe 1) ;
- d'autres milices ou volontaires appartenant à une partie au conflit, commandés par une personne responsable pour ses subordonnés, portant un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, portant ouvertement les armes et se conformant, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre (Article 4A, paragraphe 2) ;
- les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la puissance détentrice (Article 4A, paragraphe 3) ;
- la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières (Article 4A, paragraphe 6) ;
- Les dispositions des articles 4B, paragraphes 1 et 2 de la CG III spécifient deux autres catégories de personnes devant être traitée comme prisonniers de guerre.

Par exception au principe, la définition du prisonnier de guerre n'inclut pas seulement les membres des forces armées d'une partie au conflit armée mais aussi des catégories spécifiques de personnes, associés aux forces armées. Ces personnes ne sont pas des combattants (c'est-à-dire qu'elles ne font pas partie des forces armées de l'une des parties au conflit, et n'ont pas de droit à participer directement aux hostilités)⁹ :

- les personnes non-membres des forces armées ayant reçu l'autorisation d'accompagner des forces armées (Article 4A, paragraphe 4) ;
- les membres des équipages, y compris les commandants, pilotes et apprentis, de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile des parties au conflit (Article 4A, paragraphe 5).

⁹ Jean PICTET, *Commentary – III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, C.I.C.R, Genève, 1960, p. 66.

Enfin, toujours dans l'exception au principe, il existe des membres des forces armées qui ne peuvent pas bénéficier du statut de prisonnier de guerre. Il s'agit du personnel médical, des espions, des déserteurs, des mercenaires ainsi que des combattants échouant à se distinguer au cours d'une attaque.

Pour les Etats qui ont ratifié le PA I, les règles ont légèrement évolué en ce qui concerne les statuts de combattant et de prisonnier de guerre. Il faut, pour ces Etats, se référer à l'article 44, paragraphe 1^{er} du Protocole qui énonce que les forces armées d'une partie à un conflit ont le droit au statut de prisonnier de guerre lorsqu'ils tombent aux mains de l'ennemi. L'article 43, paragraphe 1^{er} définit les forces armées de la façon suivante : « Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés »¹⁰. Le PA I rapproche de ce fait les forces armées régulières et les groupes armés et unités organisés, étudiés séparément par l'article 4A, paragraphes 1 et 2 de la CG III, sous un même paragraphe. Ainsi, pour être qualifiées de forces armées, ces forces doivent être organisées, opérer sous un commandement responsable d'une partie au conflit et avoir un dispositif disciplinaire interne permettant la mise en œuvre du DIH¹¹.

Par ailleurs, aux termes de l'article 45, paragraphe 1^{er} du PA I : « 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 IIIe Convention lorsqu'elle revendique le statut de prisonnier de guerre, ou qu'il apparaît qu'elle a droit au statut de prisonnier de guerre, ou lorsque la Partie dont elle dépend revendique pour elle ce statut par 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

¹⁰ PA I, article 43, para. 1^{er}.

¹¹ Laura K. ISPEN, « Combatants and Non-combatants », Fleck, *The Handbook of International Humanitarian Law* (3^e édition), OUP, Oxford, 2013, p. 85.

à bénéficier de ce statut et, par suite, de la protection de la CG III et du présent Protocole, en attendant que son statut soit déterminé par un tribunal compétent ». Ainsi, le statut de prisonnier de guerre doit être présumé dès lors que l'individu ou son Etat de nationalité le réclame ou apparaissent comme ayant le droit d'en bénéficier. Cette disposition tend à élargir à un plus grand nombre de personnes la possibilité de bénéficier de la protection offerte par le statut de prisonnier de guerre ou, en toute hypothèse, à restreindre les cas dans lesquels la puissance détentrice tenterait de dénier la jouissance de ce statut.

Enfin, l'obligation posée par l'article 4A, paragraphe 2-(b) de la CGIII à l'égard des membres des forces armées participant directement aux hostilités de se distinguer des populations civiles, c'est-à-dire de porter un emblème distinct, a été assouplie par l'article 44, paragraphe 3 du PA I¹². Le but ainsi visé était d'élargir le champ d'application de la CGIII et de permettre au phénomène de guérilla se s'intégrer au statut de prisonnier de guerre¹³. C'est pour cette raison que certains Etats, tels que les Etats-Unis, n'ont pas souhaité ratifier le premier protocole additionnel. De ce fait, et contrairement à la CGIII, le PA I n'a pas connu une ratification universelle. Il existe donc un double standard dans l'encadrement de la condition du prisonnier de guerre.

En pratique et par principe, comme a pu le souligner Knut Ipsen « le statut de combattant fait émerger le second, celui de prisonnier de guerre quand le combattant tombe sous le pouvoir de l'ennemi »¹⁴.

Un combattant est défini par le DIH coutumier comme un membre des forces armées d'une partie au conflit qui a le droit, en DIH, de participer directement aux hostilités¹⁵. Néanmoins, l'équation entre forces armées, prisonnier de guerre et combattant n'est pas absolue. Il existe quelques exceptions qui permettent de faire bénéficier à des personnes qui ne sont pas qualifiées de combattantes du statut de prisonnier de guerre, comme cela a

¹² Leslie C. GREEN, *The contemporary Law of Armed Conflict*, 3rd edition Manchester University Press, Manchester 2008, p. 135.

¹³ Yves SANDOZ, *Commentary on the Additional Protocols of 8th June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949*, C.I.C.R., Genève, 1987, p. 520.

¹⁴ Laura K. ISPEN, « Combatants and Non-combatants », Fleck, *The Handbook of International Humanitarian Law* (3^e édition), OUP, Oxford, 2013, p. 79.

¹⁵ Subrata R. CHOWDHURY, *International Humanitarian Law: An Anthology*, 2009.

été démontré ci-dessus. Toutefois, le principe reste celui énoncé par Knut Ipsen : la quasi-totalité des prisonniers de guerre sont également qualifiés de combattant du fait de leur appartenance aux forces armées d'une des parties au CAI et de leur droit associé de participer aux hostilités.

Le prisonnier de guerre qualifié également de combattant bénéficie d'un régime relativement favorable puisque qu'en tant que combattant il ne pourra pas faire l'objet de poursuites pénales sur le fondement de sa participation aux hostilités. Pour autant qu'il agisse dans le respect du DIH, il bénéficiera de l'immunité du combattant¹⁶.

En conclusion, une personne détenue considérée prisonnier de guerre bénéficie d'un cadre juridique suffisamment détaillé. Le PA I tend à élargir le champ d'application du régime associé à la qualification de prisonnier de guerre. On peut également conclure à la proximité des statuts de combattant et de prisonnier de guerre, à quelques exceptions près. Une fois la personne qualifiée de prisonnier de guerre, elle bénéficiera au minimum de l'article 21 de la CG III. A ce jour, aucun Etat ne dispose, dans sa législation nationale, d'une base légale distincte pour l'internement des prisonniers de guerre.

B- La qualification de personne civile selon la convention de Genève IV :

La catégorie des personnes civiles trouve une protection au sein de la CG IV (convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre) et du PA I. L'article 4, paragraphe 1-4 de la CG IV définit les personnes protégées négativement : « sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante »¹⁷. Au regard de cette disposition, il convient de relever que le champ d'application personnel de la CG IV, par la définition négative des personnes protégées, n'est pas restrictive. Par ailleurs, la CG IV ne distingue pas selon le statut de la personne capturée. Les seules personnes exclues du champ

¹⁶ Emily CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 52-3.

¹⁷ CG IV, article 4, para. 1-4.

d'application de la CG IV sont celles décrites au paragraphe 2 de l'article 4 de la CG IV¹⁸, et celles protégées par les Conventions de Genève I, II et III.

Aussi, la seule distinction que la CG IV formule entre les personnes qu'elle protège est celle entre les personnes se trouvant en territoire occupé et celles se situant sur le territoire d'une partie au conflit (article 5). Toutefois, les dispositions qui leur sont applicables sont quasi-identiques. .

En outre, la CG IV avait initialement posé un critère de nationalité. Ses dispositions devaient s'appliquer uniquement dans les cas où l'individu capturé ne possédait pas la même nationalité et si l'Etat de nationalité était lié par la convention. En 1949, la conception souverainiste et non-interventionniste dominait dans les relations internationales. Cependant, le TPIY a considéré, en 1995, que le critère d'allégeance devrait être utilisé plutôt que celui de la nationalité à l'égard des personnes protégées au sens de la CG IV¹⁹. Le critère fondé sur la nationalité a en effet été considéré comme dépassé au regard de la nature des hostilités dites inter-ethniques.

Pour conclure, la détermination du statut de la personne détenue semble obéir à des critères objectifs, clairement définis dans les conventions de Genève et dans le PA I. Cette objectivité a été renforcée par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux ainsi que par le travail du Comité international de la Croix-Rouge, qui assure une évaluation objective de la situation. Néanmoins, des difficultés ont pu survenir dans la mise en œuvre de cette distinction entre combattants et personnes civiles dans le cadre de l'évolution moderne des formes de conflit armé, y compris ceux de nature internationale alors même que la distinction avait été forgée spécifiquement pour eux. Cette situation rend d'autant plus difficile une éventuelle transposition aux situations de ces règles aux CANI.

¹⁸ CG IV, article 4, para. 2 : « Les ressortissants d'un Etat qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d'un état neutre se trouvant sur le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat cobelligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent. ».

¹⁹ T.P.I.Y., 2 octobre 1995, *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, para. 119.

§2- Les difficultés dans la mise en œuvre de la distinction en situation de conflit armé non-international :

L'étude des conflits armés contemporains permet de souligner leur « civilianisation » croissante. Par exemple, dans les conflits en Irak et en Afghanistan, un nombre toujours plus important d'entreprises privées de sécurité et militaires, dont les membres ne sont généralement pas des combattants, étaient présentes. De plus, les civils participent toujours davantage à des fonctions de support et font même partie de la ligne de front des opérations militaires principalement en raison des développements technologiques. Ce constat pose des difficultés dans l'application du DIH en temps de CAI en raison de la distinction décrite ci-dessus. Aussi, bien que le PA I semble vouloir élargir le champ d'application personnel de la CG III, il n'est pas universellement ratifié.

Concernant les CANI, ils engagent, par définition, des individus qui ne font pas partie de forces armées. C'est la raison pour laquelle la transposition des règles applicables aux CAI, fondée sur une distinction entre les statuts de combattant et de personne civile, est difficilement transposable aux CANI (A). Egalement, l'émergence dangereuse d'une troisième catégorie, dite des « combattants illégaux », paraît aller à rebours de l'hypothèse d'une application par analogie du DIH applicable aux CAI, et favorise davantage une approche analogique sélective (B).

A- L'enjeu de la civilisation des conflits armés contemporains :

Vis-à-vis du principe de légalité exigé, il a été établi que la base juridique permettant l'internement en DIH applicable aux CAI dépend, en application de la CG III et de la CG IV, de la qualification de la personne soit comme prisonnier de guerre, soit comme personne civile. Or, les personnes civiles sont, au fil du temps, devenues davantage impliquées dans les opérations militaires relevant de la catégorie des CAI. Cette difficulté a été accentuée par l'effort croissant d'humanisation du DIH, qui a eu pour conséquence d'étendre le champ d'application des protections prévues au bénéfice des prisonniers de guerre à des individus qui ne se distinguent pas comme combattants.

S'agissant des CANI, de solides arguments remettent en question la possibilité d'y transposer les règles applicables en matière d'internement dans un CAI. Il existe en effet

des différences fondamentales entre les deux types de conflits, qui pourraient remettre en cause l'effet utile d'une telle transposition.

En particulier, il doit être noté qu'aucune catégorie de même nature que celles envisagées par les CG III et IV n'existe en tant que telle en ce qui concerne les CANI²⁰. En pratique, même si des membres de groupes armés servent une fonction continue de combattant, il est souvent difficile de les distinguer de la population civile. De surcroît, le DIH positif applicable aux CANI n'a pas même prescrit explicitement l'obligation pour des insurgés de se distinguer de la population civile, comme tel est pourtant le cas dans un CAI vis-à-vis des combattants. Ce fait tient à la nature même de leur engagement : rejoindre et quitter un groupe armé constitue une entreprise relativement informelle, tandis que les membres des forces armées gouvernementales sont formellement incorporés et démobilisés. La distinction applicable aux CAI entre combattants et personnes civiles permettant l'internement selon les statuts, et donc conformément au principe de légalité, n'a pas d'équivalent en pratique dans un CANI.

Même si la distinction dans le cadre d'un CANI pouvait être faite au regard de la fonction et non pas par rapport au statut de la personne détenue, il reste que la question des critères de qualification de cette fonction demeure et que de tels critères devraient être établis.

En conclusion, le droit applicable aux CANI est dépourvu de tout point de référence permettant de faire la distinction entre les différentes catégories de personnes²¹. Ce constat a eu pour conséquence l'émergence dangereuse dans la pratique des Etats d'un recours croissant à une nouvelle catégorie de combattants, celle des combattants illégaux.

B- L'émergence d'une troisième catégorie au statut indéterminé : les combattants illégaux

Le problème majeur qui se pose dans le cadre des internements en temps de CAI (et a fortiori de CANI) est celui de l'émergence d'une nouvelle catégorie théorisée par les

²⁰ Nils MELZER, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Genève, C.I.C.R., 2009, p. 27-30.

²¹ Marco SASSOLI et Laura OLSON, « The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law where it matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008, p. 622-623.

Etats-Unis, celle des combattants illégaux. Les combattants illégaux sont les personnes qui participent directement aux hostilités et qui ne se distinguent pas des personnes civiles. La question se pose à leur sujet de savoir si le régime juridique qui leur est applicable dépend de la CGIII (prisonniers de guerre) ou CGIV (personnes civiles), ou d'aucun des deux. Ce débat est réapparu avec force à l'occasion de la « guerre contre le terrorisme » et des détentions opérées par les Etats-Unis dans leur base de Guantanamo. Or, les conventions de Genève ne font aucune référence explicite à cette catégorie d'acteurs²².

Actuellement, un débat est en cours sur la possibilité éventuelle d'appliquer la CG IV aux combattants illégaux. Certains universitaires soutiennent que leur participation aux conflits armés se fait en violation du DIH et qu'ils ne mériteraient donc pas de bénéficier de la protection offerte par ce corpus juridique²³. Or, cette affirmation n'est pas exacte. En réalité, la participation des combattants illégaux aux conflits armés ne constitue pas une violation du droit international, mais une violation du droit interne.

D'autres auteurs considèrent au contraire que la CG IV doit pouvoir s'appliquer aux combattants illégaux si le critère de la nationalité, énoncé en son article 4, est rempli. Le TPIY a, dans son arrêt *Delalic*, estimé que « si un individu ne peut pas bénéficier de la protection de la CG III comme prisonnier de guerre, alors il ou elle tombe dans le cadre de la CG IV, à condition que les conditions de l'article 4 sont remplies²⁴ ». S'ils tombent dans les mains de l'ennemi, les combattants illégaux devraient donc pouvoir être détenus sur le fondement de la CG III ou, défaut, sur le fondement de la CG IV, en cas d'impérieuses raisons de sécurité.

Alors que la distinction entre combattants et civils est essentielle dans l'octroi du statut de prisonnier de guerre, le recours à cette nouvelle catégorie de combattants l'a partiellement brouillée. En conséquence, il existe un risque certain, à travers une application par analogie des Conventions de Genève, d'affecter le degré de protection

²² Knut DORMANN, « The Legal Situation of « Unlawful/Unprivileged Combatants », 85 C.I.C.R 45, 2003, p. 45.

²³ Robert K. GOLDMAN et Brian D. TITTEMORE, « Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights under International Humanitarian and Human Rights Law », A.S.I.L. Task Force Paper, 2002, p. 38.

²⁴ T.P.I.Y., jugement, 18 novembre 1998, *The Prosecutor c. Zejnir Delalic et autres*.

qu'elles visent à accorder aux personnes tombées dans les mains de l'ennemi, dans la mesure où Etats bénéficient d'un choix discrétionnaire pour appliquer, selon les cas et selon ses intérêts, soit la CG III soit la CG IV.

Ce risque, qui existe dans le cadre des CAI et résulte des catégories établies par les Conventions de Genève, est d'autant plus grand dans le cas des CANI en raison du nombre très important de combattants illégaux qui y prennent part.

Pour conclure cette section, il convient de rappeler que le DIH applicable aux CAI offre une base juridique à la détention administrative, en suivant une approche basée une distinction de statuts, entre prisonniers de guerre et personnes civiles. Or, une telle distinction a révélé des difficultés dans son application par analogie dans le cadre de CANI. C'est pourquoi, il sera utile de rechercher d'autres instruments, afin d'offrir une base juridique à la détention administrative. Cette recherche fera l'objet d'un développement au sein du chapitre 3 du présent titre.

Auparavant, à défaut de pouvoir emprunter au profit des CANI la base juridique à l'internement du DIH applicable aux CAI, l'on appréhendera séparément les régimes de la détention établis par les CG III et IV, afin d'apprécier leur possible transposition aux CANI.

Section 2 : Etude de la transposition par analogie des régimes procéduraux des Conventions de Genève III et IV au cas des CANI

L'approche analogique apparaît inadéquate s'agissant de la CG III dans une situation de CANI (**paragraphe 1**). Au contraire, la CG IV pose une option réalisable de transposition par analogie de son régime procédural (**paragraphe 2**).

§1- L'inadéquation d'une application par analogie de la Convention de Genève III aux CANI :

Il sera désormais démontré que le régime procédural de la détention prévu par la CG III est peu favorable à la protection des individus. Cela s'explique parfaitement en ce qui concerne les CAI, dans le cadre desquels les prisonniers de guerre bénéficient en contrepartie d'un régime détaillé et d'un régime associé au statut de combattant, avec notamment la

prohibition de toutes poursuites à la fin des hostilités pour leur participation à celles-ci (A). Cependant, il est certain que les Etats ne sont pas prêts à accorder une telle reconnaissance du statut de combattant ou de prisonnier de guerre aux individus impliqués dans un CANI (B).

A- Un régime procédural à rebours du mouvement d'humanisation de l'encadrement juridique des conflits armés :

Du fait d'une approche fondée sur le statut, telle qu'énoncée dans la section précédente, la CG III présume la menace que représente la personne qualifiée de prisonnier de guerre. Cette convention permet ainsi l'internement sans détermination individuelle de la menace.

Ensuite, selon l'article 5, paragraphe 2 de la CG III, aucun mécanisme de contestation de l'internement n'est pas prévu au profit des détenus. En effet, la procédure d'examen est uniquement disponible pour les individus qui ont commis un acte de belligérance et qui font valoir leur droit au statut de prisonnier de guerre afin de bénéficier du régime procédural associé à la CG III. Cet examen vaut également pour les personnes qualifiées de combattants et qui réclament le bénéfice de l'immunité associée à ce statut. Une fois qualifiée de prisonnier de guerre, la personne capturée ne pourra pas contester la décision de détention administrative. En conséquence, l'internement se prolonge pendant l'intégralité de la durée des hostilités, sans qu'il soit procédé à examen initial du fondement en droit de cet internement. Au regard des articles 4 de la CG III et des articles 43 et 44 du PA I, une présomption semble établie selon laquelle l'internement est jugé nécessaire du fait même de la simple qualification de prisonnier de guerre. Autrement dit, la seule qualification de prisonnier de guerre pose la nécessité d'interner la personne capturée.

Une telle présomption n'est pas sans susciter de difficultés et pose notamment la question des conséquences d'une erreur commise par la puissance détentrice dans la qualification de la personne capturée. Cette question se pose d'autant plus que la présomption du caractère désirable du statut de prisonnier de guerre, du fait de l'assimilation à celui de combattant

et de son immunité associée, n'est plus aussi vraie qu'auparavant²⁵, notamment en raison de la durée des conflits armés et du régime davantage protecteur de CG IV.

Enfin, la CG III n'exige aucun contrôle périodique de la situation des prisonniers de guerre, en raison de la probabilité élevée que ces derniers rejoignent le théâtre des opérations en cas de libération. Le prisonnier de guerre devra être libéré à la fin des hostilités seulement, conformément l'article 5 de la CG III.

Ainsi, si la CG III devait être appliquée par analogie à la situation des CANI, elle permettrait à un Etat de détenir tout participant aux hostilités sans examen initial, et sans révision périodique de sa détention pour la durée entière du conflit. Ce régime, tributaire de la qualification initialement réalisée par la puissance détentrice, se trouve être potentiellement source d'erreurs et, en tout état de cause, peu favorable aux individus détenus. Ce raisonnement s'impose d'autant plus dans le cadre des CANI qu'il y est moins aisé de distinguer les combattants ou un membre de groupes armés d'une part, et les personnes civiles d'autre part. Une autre difficulté réside dans le caractère indéterminé de la cessation des hostilités, tandis que celle-ci se caractérise par un armistice puis par un traité de paix dans un CAI. Enfin, il n'est pas certain que les Etats acceptent, même s'ils devaient fonder la détention en cours de CANI sur la CG III, d'accorder aux personnes détenues les contreparties prévues au profit des prisonniers par cette convention, notamment l'immunité des poursuites pour le fait d'avoir participé aux hostilités. En l'état actuel, tel n'est pas la position des Etats.

B- Un régime procédural indésirable pour les puissances détentrices :

Le TPIY a considéré que l'article 3 commun aux Conventions de Genève reflète l'esprit du devoir de protéger les membres des forces armées qui ont posé leurs armes et sont détenus. Il agit comme une protection spécifique accordée aux prisonniers de guerre

²⁵ Comme nous l'avons vu précédemment, l'équation entre combattant, membres des forces armées et prisonnier de guerre n'est plus aussi automatique, en particulier à cause de la ratification non-universelle du PA I et de la « civilianisation » croissante des conflits.

par la CG III dans son ensemble²⁶. Pourtant, de nombreuses difficultés existent dans la transposition par analogie du régime procédural associé au statut de prisonnier de guerre.

Traditionnellement, le DIH régulaient les relations interétatiques et non les CANI. Ces conflits étaient considérés comme concernant les affaires intérieures d'un Etat dans lequel il survenait. Leur régulation était en conséquence confiée au droit national de l'Etat dans lequel le conflit intervenait. Bien que l'application du DIH des CAI aux conflits internes, était promue par des universitaires²⁷ ainsi que par le Comité international de la Croix-Rouge, les CANI ne faisaient l'objet d'aucune régulation juridique avant l'adoption des Conventions de Genève en 1949.

Plusieurs facteurs expliquent cette situation. La première explication trouve son fondement dans l'opinion politique et juridique dominante avant 1945 selon laquelle le champ d'application du droit international public ne devait pas s'étendre au-delà des relations interétatiques. Les affaires internes des Etats souverains devaient donc demeurer de la compétence exclusive de l'ordre juridique interne²⁸. De ce fait, les Etats faisaient preuve de prudence face à d'éventuels développements juridiques susceptibles d'affecter ou amoindrir leur monopole sur l'usage légitime de la force armée, le maintien de l'ordre et la défense de leurs institutions. Les Etats craignaient également que l'application du DIH aux CANI puisse inciter des groupes d'opposition à recourir aux armes afin d'œuvrer en faveur d'un changement politique et social, et de rechercher un soutien de la part d'Etats tiers à leur égard.

La seconde raison tient au fait que la Conférence de Genève de 1949 a explicitement rejeté les propositions d'étendre le champ d'application de la Convention aux situations de CANI. Les avantages attachés au statut de combattant et de prisonnier de guerre constituent des obstacles majeurs pour l'extension du champ d'application des Conventions aux CANI. Le silence du DIH à l'égard des CANI sur les questions procédurales n'est pas un accident. Il est étroitement lié au refus des Etats de confier un statut de prisonnier de guerre ou de combattant aux membres des groupes armés engagés dans le conflit armé contre eux.

²⁶ T.P.I.Y., Chambre d'appel, 5 mai 2009, *The Prosecutor c. Mile Mrksic et autres*, IT-95-13/1-A, para. 70.

²⁷ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes du droit naturel*, 1758, Livre III, Chapitre XVIII, p. 238.

²⁸ Malcom SHAW, *International Law*, Cambridge, 1997, p. 20-53.

L'idée que des rebelles ou des insurgés pourraient être considérés autrement que comme des criminels ordinaires était, et continue d'être, l'une des raisons principales avancées par les Etats pour ne pas étendre le champ d'application du corpus de DIH au CANI. Les Etats ont en effet toujours exprimé leur réticence à exprimer une quelconque forme de reconnaissance d'un statut aux rebelles et insurgés, ou même à les placer sur un pied d'égalité avec leurs propres forces armées.

Malgré la faible protection accordée par la clause de garantie à l'article 3 commun et le PA II, ces arguments continuent de s'imposer comme des obstacles majeurs au recours par analogie à l'encadrement procédural de la détention administrative dans un CANI²⁹. En conséquence, les membres d'un groupes armées non-étatique capturés puis détenus seront probablement jugés comme traîtres ou terroristes selon le droit national, comme cela fut le cas lors du procès de *Abdullah Ocalan*, leader du PKK³⁰.

Yves Sandoz dans son commentaire sur les protocoles additionnels résume ainsi la situation : « En général, il paraît irréaliste d'établir un statut de combattant pour les personnes qui ont participé aux hostilités et ont été capturées dans le cadre d'un CANI. En fait, un tel statut serait incompatible, premièrement, avec le principe de souveraineté des Etats et, secondement, avec les lois nationales qui font de la rébellion une infraction pénale. Cependant, une tendance a émergé parmi les experts pour défendre l'idée de donner aux insurgés capturés non pas un traitement *sui generis*, mais un traitement conforme aux exigences du droit humanitaire, identique au traitement donné à toutes les personnes privées de leur liberté pour des raisons liées à un conflit. Une telle solution rendrait possible d'éviter de faire référence à l'article 4 de la CG III ou au Protocole additionnel I³¹ » (traduction de l'auteur).

L'octroi d'un statut tel que celui prescrit par Yves Sandoz inclurait le droit de visite automatique du Comité international de la Croix-Rouge aux prisonniers et la surveillance de la conformité des internements au regard des dispositions de la CG III. En l'état actuel

²⁹ Sandesh SIVAKUMARAN, « Lessons for the Law of Armed Conflict from Commitments of Armed Groups: Identification of Legitimate Targets and Prisoners of War », 93 C.I.C.R. 463, 2011, p. 478-81.

³⁰ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*.

³¹ Yves SANDOZ, *Commentary AP I and II*, 1987, p. 1332.

du droit, le CICR n'a le droit, dans le cadre d'un CANI, que de proposer ses services, proposition que les parties au conflit ne sont pas tenues d'accepter.

En conclusion, le régime procédural associé à la CG III ne semble pas pouvoir se transposer par analogie aux situations de CANI. Cela s'explique surtout par le fait que ce régime serait peu favorable aux droits des individus en l'absence de réelles garanties procédurales, soit qu'elles ne sont pas accordées aux prisonniers de guerre (le droit effectif à un recours contre la détention ou à une révision de cette détention), soit qu'elles existent pour les prisonniers de guerre mais que les Etats ne souhaitent pas voir les s'appliquer aux combattants engagés dans des CANI (immunité du fait de la participation au conflit).

C'est ainsi que le groupe de travail sur la détention arbitraire et cinq rapporteurs spéciaux du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies ont rejeté la possibilité d'interner des personnes dans un CANI, par analogie, sur le fondement juridique énoncé en DIH applicable aux CAI³². Marco Sassoli parvient à la même conclusion : « La troisième convention de Genève ne peut toutefois pas être appliquée par analogie à d'autres cas de détention de personnes qui ne sont pas des prisonniers de guerre et qui ne bénéficient donc ni de mécanismes de supervision plus appropriés aux spécificités d'un conflit armé, ni d'un statut entraînant un régime et un traitement détaillé »³³.

§2- *L'option réalisable du recours par analogie à la Convention de Genève IV :*

Après avoir étudié le régime procédural de la CG IV, qui établit un équilibre entre nécessité militaire et considérations humanitaires (A), il sera démontré que ce régime pourrait participer à établir des lignes directrices dans l'encadrement juridique de la détention administrative dans le cadre d'un CANI (B).

³² Groupe de travail sur la détention administrative et Rapporteurs spéciaux, *Situation of Detainees at Guantanamo Bay*, 2006, para. 24.

³³ Marco SASSOLI, « *Ius ad Bellum and Jus in bello: The separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated ?* », in Schmitt, Michael N. (ed), *International Law and Armed Conflict : Exploring the Faultlines*, Leiden, 2007, p.387.

A- Un régime procédural équilibré entre nécessité militaire et humanité :

La CG IV traite séparément des questions de la protection des personnes civiles sur le territoire d'une partie au conflit (article 42) et des personnes civiles se trouvant sur un territoire occupé (article 78), établissant ainsi des règles légèrement différentes. Toutefois, la règle de base qui gouverne toutes les personnes protégées est énoncée à l'article 27, paragraphe 4 de la CG IV : « *Toutefois, les Parties au conflit pourront prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre* ».

Le critère de la nécessité gouverne la décision d'internement et souligne son caractère exceptionnel. En effet, l'article 41 de la CG IV précise que l'internement est la mesure la plus sévère de contrôle permis. Elle ne peut être mise en œuvre que selon les conditions fixées aux articles 42³⁴ (personnes civiles sur le territoire d'une partie au conflit) ou 78³⁵ (personnes civiles se trouvant sur le territoire d'un territoire occupé) de la CG IV. Ainsi, l'article 42, paragraphe 1^{er} dispose qu'un tel acte est possible « *seulement [si] la sécurité de la puissance détentrice le rend absolument nécessaire* »³⁶. En territoire occupé, l'article 78, paragraphe 1^{er} énonce que « *si la Puissance occupante estime nécessaire, pour d'impérieuses raisons de sécurité, de prendre des mesures de sûreté à l'égard de personnes protégées, elle pourra tout au plus leur imposer une résidence forcée ou procéder à leur*

³⁴ CG IV, article 42 : « L'internement ou la mise en résidence forcée des personnes protégées ne pourra être ordonné que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire.

Si une personne demande, par l'entremise des représentants de la Puissance protectrice, son internement volontaire et si sa propre situation le rend nécessaire, il y sera procédé par la Puissance au pouvoir de laquelle elle se trouve.».

³⁵ CG IV, article 78 : « Si la Puissance occupante estime nécessaire, pour d'impérieuses raisons de sécurité, de prendre des mesures de sûreté à l'égard de personnes protégées, elle pourra tout au plus leur imposer une résidence forcée ou procéder à leur internement.

Les décisions relatives à la résidence forcée ou à l'internement seront prises suivant une procédure régulière qui devra être fixée par la Puissance occupante, conformément aux dispositions de la présente Convention. Cette procédure doit prévoir le droit d'appel des intéressés. Il sera statué au sujet de cet appel dans le plus bref délai possible.

Si les décisions sont maintenues, elles seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent constitué par ladite Puissance. Les personnes protégées assujetties à la résidence forcée et contraintes en conséquence de quitter leur domicile bénéficieront sans aucune restriction des dispositions de l'article 39 de la présente Convention. ».

³⁶ CG IV, article 42 para. 1^{er}.

internement »³⁷. L'internement apparaît dans ce cas encore plus exceptionnel que dans le champ d'application de l'article 42, paragraphe 1^{er}. L'appréciation de la nécessité mentionnée à l'article 42 de la CG IV obéit à une approche objective, tandis que l'article 78 de la CG IV renvoie à l'interprétation propre et discrétionnaire de la puissance (« *estime* »).

Toutefois, deux éléments sont partagés dans chacune des deux situations. D'abord, l'individu en question doit susciter une menace à la sécurité de la puissance détentrice. Ensuite, cette menace doit avoir atteint un certain seuil rendant l'internement de cette personne nécessaire, et la menace ne peut pas être évitée par une mesure moins restrictive de la liberté des individus³⁸. La CG IV impose une approche individualisée de la prise de décision relative à l'internement de la personne. De ce fait, l'internement ne peut jamais revêtir la forme d'une mesure collective, comme l'a confirmé le TPIY dans l'affaire *Procureur c. Zejnil Delalic*³⁹. A ce propos, le TPIY a précisé que le simple fait pour un individu d'être un national ou d'être aligné avec l'ennemi ne peut pas être considéré comme suffisant pour qualifier une menace à la sécurité de la partie au conflit⁴⁰. Enfin, l'internement ne doit pas être conçu comme une forme de punition pour un acte passé mais doit uniquement être utilisé aux fins de prévenir une menace présente ou imminente à la sécurité.

La CG IV a assorti à ces conditions un système de contrôle initial et périodique de la décision d'internement, dans le but de limiter les erreurs d'appréciation que les Etats sont susceptibles de commettre⁴¹.

³⁷ CG IV, article 78.

³⁸ T.P.I.Y., Chambre première instance, *Procureur c. Zejnil Delalic*, IT-96-21-T, citation: « internment is to be taken only after careful considerations of each individual case. Such measures are never to be taken on a collective basis ».

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ CG IV, articles 43 et 78.

En ce qui concerne l'examen initial, la CG IV ne précise pas le délai dans lequel la personne détenue doit effectuer sa demande. Il y est simplement énoncé que cela doit être fait « *dans le plus bref délai* »⁴².

L'examen périodique de la mesure de détention est quant à lui consacré aux articles 43, paragraphe 1^{er} et 78, paragraphe 2 de la CG IV. Son objet est de réexaminer le fondement originel selon lequel l'internement a été décidé au regard du caractère intrinsèquement évolutif des circonstances. L'exigence d'un examen périodique démontre que l'individu détenu peut cesser de représenter une menace au cours de la détention, rendant de ce fait la condition de la nécessité obsolète. Dans ce sens, l'article 132, paragraphe 1^{er} de la CG IV requiert qu'il soit procédé à la libération de la personne détenue dès que les raisons qui ont justifié son internement ont disparu. Selon le CICR, cette disposition est le corollaire au principe exposé à l'article 42 de la CG IV selon lequel l'internement est possible uniquement s'il est nécessaire pour la sécurité de la puissance au pouvoir.

L'examen de la légalité de la détention doit être mené par une cour appropriée ou un organe administratif désigné par la puissance détentrice. Cependant, la CG IV établit peu de règles relatives à la composition des organes, et aucune obligation d'indépendance n'est précisée. Les deux formes de recours peuvent ainsi donner lieu à un examen davantage administratif que juridictionnel. Enfin, les organes d'examen ne sont pas nécessairement paritaires : la présence de personnes civiles aux côtés des officiers militaires, n'est pas requise. Certains auteurs soulignent ainsi que la surreprésentation du corps militaire au sein de ces organes peut être un facteur affectant gravement l'impartialité de cet examen. A l'inverse, une meilleure compréhension des circonstances et du terrain pourrait être assurée par ceux qui en connaissent particulièrement bien les exigences.

Par ailleurs, la personne détenue qui entre dans le champ d'application de la CG IV est titulaire du droit de connaître les raisons pour lesquelles elle a été capturée. L'article 75, paragraphe 1^{er} consacre ce droit, lequel est considéré comme l'expression d'une norme coutumière.

⁴² CG IV, article 43, para.1^{er}.

Enfin l'article 133, paragraphe 1^{er} conforte cette approche équilibrée entre nécessité militaire et humanité, en disposant que « *l'internement cessera le plus rapidement possible après la fin des hostilités* »⁴³. L'appréciation de la fin des hostilités fait référence à une analyse des circonstances, et non pas à une qualification juridique issue d'un décret ou d'une loi qui fixerait une date de cessation du conflit armé. De surcroît, un traité de paix n'est pas nécessaire pour permettre la libération. Une telle disposition permet donc d'assurer une libération dès que possible et limite les risques liés à d'éventuelles difficultés politiques dans l'établissement d'un accord de paix du fait d'internements jugés non-nécessaires.

Ces garanties procédurales, bien que certains éléments soient laissés à la discrétion des Etats, soulignent une volonté d'équilibre entre nécessité militaire et considérations humanitaires. Il est considérablement plus favorable pour les personnes détenues que le régime consacré à la CG III relatif aux prisonniers de guerre. Il convient désormais de s'interroger sur la possibilité de transposer par analogie le droit de la CG IV aux situations de CANI.

B- Le recours envisageable à une application par analogie du droit de la Convention de Genève IV à la situation des CANI :

Il sera ici démontré que les principes et règles de la CG IV pourraient servir de lignes directrices dans l'encadrement procédural de la détention administrative dans un CANI⁴⁴.

Tout d'abord, le recours à la CG IV prévient les difficultés juridiques posées par la CG III, notamment l'absence d'examen initial ou périodique de la détention pendant toute la durée des conflits. Cet aspect est particulièrement important compte tenu du fait que les conflits, en particulier les CANI, sont de plus en plus difficiles à situer dans le temps. Aussi, une application de la CG IV permet de contourner le refus posé par les Etats de reconnaître aux combattants certains droits procéduraux, tel que celui de l'immunité associée au statut

⁴³ CG IV, article 133, para. 1^{er}.

⁴⁴ Jelena PEJIC, *op. cit.*, p. 377.

de prisonnier de guerre. En outre, la CG IV pose un standard d'internement fondé sur un principe de nécessité.

Il a été question pour certains auteurs de proposer de créer un « statut de combattant universel »⁴⁵ pour les forces armées de toutes les parties prenantes à tous types de conflits. Toutefois, les Etats ne souhaitent toujours pas ce qu'ils ont rejeté trente ans plus tôt. Les propositions de transposition des dispositions de la CG III aux situations de CANI continueront en conséquence de constituer une source d'échec et de refus⁴⁶.

Or, pour atteindre les objectifs humanitaires que visent ces propositions, il n'est pas nécessaire d'attribuer aux rebelles ou aux insurgés le statut de combattant ou de prisonnier de guerre, voire de chercher des lignes directrices pour leur internement dans la CG III. En étudiant les articles 42, paragraphe 1, et 78 de la CG IV, on note que des indications factuelles de l'appartenance aux forces armées d'une partie au conflit ou de leur participation directe au conflit constituent des éléments importants pour établir qu'une personne pose une menace directe à la sécurité ou aux opérations militaires de la puissance détentrice. Si de telles indications existent, il ne sera pas difficile de démontrer que l'internement des personnes visées est absolument nécessaire pour contrer la menace qu'elles suscitent. Un tel raisonnement peut aisément s'appliquer aux combattants illégaux qui prennent part à un CANI. Ainsi, dès lors qu'un individu pose une menace directe à la sécurité et aux opérations militaires de la puissance détentrice et que son internement est jugé nécessaire pour contrer cette menace, cet individu pourrait être interné sur le fondement de la CG IV. Une telle application par analogie de la CG IV aux CANI permet d'éviter les considérations relatives à l'attribution du statut de combattant et, *in fine*, de prisonnier de guerre au sens de la CG III, et donc de neutraliser l'objection principale des Etats au développement du DIH dans ce domaine.

En outre, les dispositions de la CG IV sont davantage en phase avec les exigences du droit international des droits de l'homme (ci-après « DIDH ») que celles de la CG III. En effet,

⁴⁵ Emily CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, New York, Oxford University Press, 2010, p 153-159.

⁴⁶ Noam LUBELL, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 150.

l'internement doit être exercé à titre exceptionnel, non automatique, ordonné sur une base individuelle et non collective, et absolument nécessaire pour les raisons de sécurité. En outre, l'interdiction de la privation de liberté sans forme d'*habeas corpus* est absolue et ne peut faire l'objet d'aucune dérogation en situation de CANI (voir ci-dessous, Titre II).

En pratique, l'article 78 de la CG IV a été retenu pour définir les motifs de l'internement dans des situations où des forces internationales des Nations Unies ont été mandatées pour se déployer afin d'assurer la sécurité sur un territoire administré par une organisation internationale, ou pour assister un Etat dans la gestion de ses efforts dans le cadre d'un CANI. Ce recours à ce fondement semble avoir obtenu l'accord du Conseil de Sécurité. Aussi, la force de l'OTAN au Kosovo et la force internationale menée par l'Australie dans le Timor Oriental ont adopté des régulations permettant d'interner des personnes sur les motifs qui reflètent ceux de la CG IV (exemples p. 510). Enfin, les universitaires sont de plus en plus enclins à se référer aux motifs des articles 42 et 78 CG IV afin de proposer une définition de ce qui pourrait être des motifs légaux pour interner dans un CANI.

Toutefois, il doit être relevé qu'en toute hypothèse, le principe de légalité ne peut se satisfaire, en matière de privation de liberté, d'un fondement juridique tiré de l'application par analogie de règles non applicables au cas d'espèce⁴⁷.

Pour conclure ce chapitre, l'on doit ici retenir que le fait de prévenir une personne de s'engager dans le conflit armé contre l'Etat ou sa population constitue un objectif légitime, selon l'esprit et les principes de DIH, pour priver une personne de sa liberté dans toute situation de conflit armé. Par ailleurs, les obligations concernant le traitement et les conditions de captivité des internés sont quasi-identiques en situations de CAI et de CANI. C'est cette logique, ainsi que les considérations humanitaires, qui ont initié les propositions d'étendre le champ d'application des Conventions de Genève et les garanties procédurales qui en découlent à toutes les situations de conflit armé. Inclure une base juridique assortie de garanties procédurales à l'internement en DIH pour les situations de CANI aurait été un choix cohérent, mais cela n'a pas été celui des rédacteurs de l'article 3 commun ou du PA

⁴⁷ Els DEBUF, *Captured in War: Lawful Internement in Armed Conflict*, Strasbourg, Pedone, 2013.

II. Jusqu'à présent, toutes les propositions dans ce sens ont été constamment rejetées par une large majorité des Etats et n'ont jamais réussi à se matérialiser en normes conventionnelles ou coutumières de DIH. Il conviendra en conséquence, dans un dernier temps, se concentrer sur les autres instruments, hors du DIH, qui pourraient permettre d'offrir un fondement juridique à l'internement en cas de CANI.

CHAPITRE 3 : LA RECHERCHE D'AUTRES INSTRUMENTS POUR FONDER LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT ARME NON-INTERNATIONAL

Ainsi que nous l'avons démontré au cours des chapitres précédents, le DIH conventionnel et coutumier ne fournit aucun fondement juridique ni aucun régime procédural propre à la détention, en temps de CANI. S'agissant de l'argument fondé sur la transposition du droit applicable aux CAI par analogie, il doit être rejeté eu égard au principe de distinction qui ne peut pas être transposé dans le cadre d'un CANI¹. Concernant la transposition du régime procédural, il a été constaté que celui mis en place par la CG III apparaît comme inadapté aux CANI, tandis que celui de la CG IV semble pouvoir y apporter des lignes directrices.

C'est la raison pour laquelle il conviendra désormais de déterminer s'il existe d'autres instruments qui pourraient offrir un fondement juridique² ou un régime procédural satisfaisant au principe de légalité à l'internement en CANI. Deux options peuvent à cet égard être envisagées : d'une part, le recours à une législation nationale ou à l'ordre international (**section 1**), d'autre part, l'existence d'un DIH coutumier qui transcenderait la distinction entre CAI et CANI. A titre prospectif, l'on envisagera alors les arguments en faveur de la création d'une base juridique propre au DIH en temps de CANI (**section 2**).

Section 1 : Les options palliatives à la défaillance du droit international humanitaire dans l'encadrement juridique de la détention administrative

Face aux lacunes du DIH, les Etats ont dû œuvrer aux fins de fonder en droit leurs actes d'internement afin satisfaire au principe de légalité. Pour ce faire, deux options ont été trouvées par eux : le recours à l'ordre interne (**paragraphe 1**) et à l'ordre international (**paragraphe 2**). Ces choix n'ont pas été sans susciter de difficultés dans leur mise en œuvre.

¹ Marco SASSOLI, « The Status of Persons held in Guantanamo under International Humanitarian Law », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, p. 105.

² Tyler DAVIDSON et Kathleen GIBSON, « Report of the Expert Meeting on Security Detention in NIAC », C.I.C.R., 2008, p. 867, citation : « One of the most important legal challenge posed by internment in NIAC is that there is no explicit legal basis for this type of deprivation of liberty in any branch of international law ».

§1- *Le recours à l'ordre interne :*

Le recours au droit national s'impose comme l'alternative la plus évidente pour satisfaire le principe de légalité et ainsi légitimer en droit l'internement en temps de CANI. Les Etats ont ainsi adopté des actes normatifs permettant à leurs agents d'interner, tandis que les groupes non-étatiques peuvent faire l'objet de poursuites selon le droit national. Dès lors, en pratique, les Etats qui font face à un CANI sur leur territoire se fondent exclusivement sur leur droit pénal national. Le simple fait de s'engager dans un conflit armé contre un Etat est souvent considéré comme un crime tels que la rébellion ou encore le sabotage. Cette pratique se matérialise généralement par l'adoption de lois d'urgence circonstanciées, notamment sur des législations de lutte contre les actes terroristes. Tel a été le cas en Inde avec le *Unlawful Activities Amendment Bill de 2002*, ou en Turquie avec la loi de lutte contre le terrorisme de 1991. Le Pérou, l'Espagne ou la Fédération de Russie, par exemple, ont adopté des législations comparables.

Ainsi qu'il a été constaté précédemment, la détention administrative n'est pas en elle-même illégale en droit international. Un Etat peut adopter un acte juridique dans sa législation pour y avoir recours, tant que la détention sert un objectif légitime et n'est pas arbitraire³, et qu'elle est associée à un régime procédural. Toute législation privant une personne de sa liberté pour des raisons relatives à un CANI doit se conformer aux normes minimales de DIH ainsi que de DIDH, comme cela sera démontré (voir ci-dessous, au titre II). On comprend alors la nécessaire combinaison entre, d'un côté, la base juridique et, de l'autre, le régime procédural applicable.

Or, un tel recours au droit interne n'est pas sans poser de difficultés, en particulier lorsque des Etats sont parties à un CANI à l'étranger. Ces Etats se retrouvent *de facto* en dehors de leurs frontières et peuvent rencontrer des difficultés dans l'application extraterritoriale de leur droit national. Dans cette situation, le droit applicable est celui de l'Etat sur le territoire duquel se déroule le conflit⁴.

³ Albert ROGERS, *Law on the battlefield*, Manchester University Press, Manchester, 2006, p. 25.

⁴ Françoise HAMPSON, « Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts », in Meyer, Michael A. (ed), *Armed Conflicts and the New Law : Aspects of the 1977 Protocols and 1981 Weapons Convention*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 497.

Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un CAI. A ce sujet, Gabor Rona souligne que « le DIH applicable aux CAI, tel que contenu dans les Conventions de Genève III et IV, gouverne la capacité à détenir et le droit à contester la détention dans ces conflits parce que l'implication de deux ou plusieurs puissances souveraines au conflit rend l'application du droit national impossible⁵ » (traduction de l'auteur). Ainsi, en ce qui concerne les CAI, même si la législation d'un Etat partie au conflit armé revêt une portée extraterritoriale, les principes de souveraineté et de non-intervention lui prohibent d'exercer ses pouvoirs de détention sur le territoire d'un autre Etat sans son consentement. Par ailleurs, l'Etat d'accueil, du fait du contexte de conflit armé, peut voir ses institutions et son fonctionnement bloqué, rendant ainsi d'autant plus compliqué l'application du droit national sur son territoire.

En dehors de l'adoption d'acte législatif relevant de l'ordre interne, une autre option s'offre aux Etats : il s'agit du recours à l'ordre international.

§2- Le recours à l'ordre international, accord bilatéraux et résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies :

Deux possibilités coexistent dans l'ordre international pour offrir un fondement juridique à la détention : l'adoption d'accord bilatéraux d'une part (**A**) et le recours aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (ci-après « Conseil de sécurité ») d'autre part (**B**).

A- L'adoption d'accords bilatéraux :

Aux termes de l'article 3 commun aux Conventions de Genève (article 3 commun), « Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention⁶ ». L'adoption de cet article a amorcé une ère nouvelle ère, dans laquelle les CANI ne sont plus exclusivement gouvernés par le droit national, mais sont également soumis à la régulation internationale. La conclusion d'accords spéciaux entre les parties aux conflits, telle

⁵ Gabor RONA, « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War of Terror », *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, No. 2, 2003, p.7.

⁶ Article 3 commun aux Conventions de Genève., para. 2.

qu'encouragée par l'article 3 commun, pourrait être une solution envisageable pour les Etats et les groupes non-étatiques parties à un CANI. Par exemple, un accord fondé sur l'article 111 de la CG III avait été conclu entre l'URSS et des groupes armés en Afghanistan, en 1992, en vue de transférer les membres capturés des forces armées soviétiques en Suisse.

Toutefois, cette solution semble avoir peu d'avenir au regard de la réticence déjà soulignée des Etats à reconnaître juridiquement les individus qui composent les groupes armés non étatiques. Par ailleurs, il y a lieu de noter que des accords spéciaux conclus au détriment des victimes de la guerre sont interdits en vertu du DIH⁷.

En outre, les Etats peuvent également décider de déclarer unilatéralement que les Conventions de Genève s'appliquent à une situation particulière de CANI. Une telle déclaration constituerait dès lors une base légale effective pour l'internement selon les conditions prévues par les Conventions de Genève.

Alternativement, l'Etat d'accueil peut transférer ses pouvoirs de détention administrative tirés de sa législation nationale à un autre Etat ou à une organisation internationale, que ce soit directement ou par le truchement d'un traité international. Cet accord octroie alors l'autorité nécessaire à l'internement sur le fondement du droit national. Cette méthode a été retenue dans la doctrine militaire du Royaume-Uni et des Etats-Unis vis-à-vis du gouvernement afghan. L'armée française a quant à elle opté pour un tel accord avec l'Etat malien (accord sur le statut des forces du 8 mars 2013 entre la France et le Mali).

⁷ CG III, article 6.

B- Le rôle du Conseil de sécurité des Nations Unies :

Il s'agira ici d'appréhender le recours aux résolutions du Conseil de sécurité (i) et le droit de légitime défense posé à l'article 51 de la Charte des Nations Unies (ii) comme options éventuelles en vue de fonder juridiquement l'internement.

(i) Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies :

Le fondement juridique à la détention pourrait consister dans un recours aux résolutions du Conseil de sécurité en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. A ce sujet, l'on s'interrogera sur le point de savoir si une résolution du Conseil de sécurité peut fournir une base juridique et un régime procédural suffisants aux fins de permettre le recours à la détention administrative.

Dans un premier temps, il y a lieu de questionner la capacité juridique du Conseil de sécurité pour établir un acte de privation de liberté tel que l'internement.

Sans nécessairement entrer dans le débat des pouvoirs législatifs du Conseil de sécurité⁸, il semble opportun de souligner que celui-ci a effectivement fait usage de ce pouvoir à l'occasion de l'adoption des statuts du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (ci-après « TPIR »). Les statuts des deux tribunaux pénaux internationaux précités incluent en effet chacun une disposition qui sert de fondement juridique unique aux fins 1) d'interner à titre préventif des personnes contre lesquelles le procureur général disposerait de charges suffisantes, et 2) de condamner des personnes à l'emprisonnement à la suite de leur procès⁹. Ce fondement juridique à la détention provisoire ou à l'emprisonnement n'a, jusque-là, pas été remise en cause.

S'agissant de la détention administrative, deux résolutions du Conseil de sécurité sont souvent invoquées comme fondements juridiques en temps de CANI : la résolution 1386 (2001) établissant le mandat de l'OTAN pour mener la Force internationale de défense et

⁸ Alexandra NOVOSSELOFF, *Le Conseil de sécurité des Nations Unies : Entre impuissance et toute puissance*, Biblis Inédit 137, 2016.

⁹ Statut du T.P.I.Y., articles 19, 24 et 27.

de sécurité d'une part, et la résolution 1546 (2004) qui établit le mandat de la force multinationale en Irak d'autre part. Pourtant, en pratique, les nations contributrices de troupes ne se sont pas appuyées sur ces résolutions comme bases juridiques justifiant l'internement d'individus.

Au vu de ce qui précède, il semble être généralement admis que le Conseil de sécurité dispose d'une capacité juridique suffisante pour autoriser la détention administrative au travers de ses résolutions.

Dans un second temps, la question se pose du langage utilisé dans les résolutions du Conseil de sécurité. Concrètement, une résolution qui permettrait à un ou plusieurs Etats de prendre « *toutes les mesures nécessaires* » satisfait-elle aux exigences du principe de légalité lorsqu'il s'agit de fonder en droit un acte de privation de liberté ?

A titre de rappel, le principe de légalité exige d'une base juridique qu'elle prescrive les motifs et les procédures selon lesquels l'internement pourrait être ordonné, et s'assurer que les textes prescrivant les garanties procédurales inhérentes au droit à la liberté sont accessibles aux détenus. En toutes circonstances, un texte prescrivant des restrictions à des droits et libertés fondamentaux doit être suffisamment précis et intelligible pour offrir des protections adéquates contre l'arbitraire, mais aussi permettre à la personne potentiellement affectée de prévoir l'application de la restriction à son égard et régler sa conduite en conséquence.

Le langage de la résolution 1386 semble de ce fait insuffisant, puisque la possibilité d'interner n'est pas même mentionnée. Au contraire, la résolution 1546 fait une référence explicite à l'internement : « Selon les dispositions convenues, la force multinationale est prête à continuer à se charger d'un large ensemble de tâches afin de contribuer au maintien de la sécurité et d'assurer la protection des forces. Parmi ces activités figurent celles qui sont nécessaires pour contrecarrer les menaces que font peser, sur la sécurité, des forces qui cherchent à infléchir par la violence l'avenir politique de l'Iraq. Cela inclut des opérations de combat contre des membres de ces groupes, leur internement si nécessaire pour des raisons impératives de sécurité, et la poursuite de la recherche et du contrôle

d'armes qui menaceraient la sécurité de l'Iraq¹⁰ ». Selon le Professeur Marco Sassoli, la résolution 1546 est toutefois insuffisante pour constituer un fondement juridique valable à l'internement, malgré la référence explicite qui y est faite.

Tel est a fortiori le cas en ce qui concerne la résolution 1386, laquelle prévoit uniquement la possibilité pour les forces multinationales engagées dans le conflit de prendre toute les mesures nécessaires afin de remplir leur mandat¹¹.

Cela ne signifie pas pour autant que le Conseil de sécurité ne pourrait pas, en principe, adopter un acte qui donnerait à la détention un tel fondement juridique ainsi qu'un régime procédural associé à même de remplir les critères posés par le principe de légalité. Cependant, cela n'a pas été le cas jusqu'à présent.

Dans une décision récente, *Serdar Mohammed c. Ministère de la Défense*¹², la Cour suprême du Royaume-Uni a pu considérer que les forces armées britanniques, au cours de leurs opérations en Afghanistan, avaient le pouvoir de capturer et de détenir des membres des forces adverses pendant une durée excédant quatre-vingt-seize heures, si un tel acte était considéré comme nécessaire selon les raisons impératives de sécurité. La Haute Cour, en première instance, avait pourtant jugé qu'une telle détention, au-delà d'une durée de quatre-vingt-seize heures, n'était pas légale selon la loi afghane, et qu'aucun régime n'était applicable à cette situation. La Cour d'appel avait confirmé le jugement de première instance.

A l'inverse, la Cour suprême du Royaume-Uni ne s'appuie pas sur la loi nationale afghane, mais sur la résolution 1386 du Conseil de sécurité. Ainsi, la majorité de la Cour a estimé que ladite résolution devait être interprétée à la lumière des réalités concrètes de la formation d'une force multinationale et de son déploiement sur le terrain au cours d'un conflit armé. Selon elle, la résolution 1386 donne expressément l'autorité à tous les Etats qui constituent la force multinationale de prendre « toutes les mesures nécessaires ». Il

¹⁰ C.S. N.U., 8 juin 2004, Résolution 1546.

¹¹ Marco SASSOLI, « The International Legal Framework for Stability Operations : When May International Forces Attack or Detain Someone in Afghanistan ? », in Schmitt, Michael N. (ed), *The War in Afghanistan : A legal Analysis*, Newport, Naval War College, *International Law Studies*, Vol. 85, 2009, p. 431-464.

¹² Cour suprême du Royaume-Uni, 2 février 2017, *Serdar Mohammed c. Ministère de la Défense*.

s'ensuit nécessairement que le Royaume-Uni était fondé à adopter sa propre politique de détention, à condition que cette politique soit conforme à l'autorité conférée par les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, c'est-à-dire qu'elle ne vise pas à autoriser la détention dans des circonstances dans lesquelles cette détention ne serait pas nécessaire pour d'impératives raisons de sécurité¹³.

Cependant un tel raisonnement fondé sur une autorité implicite de la résolution du Conseil de sécurité a fait l'objet de vives critiques. La Cour suprême reconnaît elle-même l'ambiguïté de sa décision : « Une résolution du Conseil de sécurité adoptée dans le cadre de son mandat n'est pas en soi un traité ni même un acte législatif. Toutefois, elle pourrait constituer un acte contraignant en droit international, autorisant ce qui serait autrement illégal en droit international. [Le conseiller juridique principal de l'Office des Affaires étrangères et du Commonwealth] a souligné que les résolutions du Conseil de Sécurité ne sont habituellement pas rédigées par le Secrétariat, mais par les différentes missions nationales. Pour cette raison, ces résolutions ne sont pas toujours rédigées de façon claire et ne sont pas toujours cohérentes, que ce soit dans leurs propres dispositions ou avec d'autres résolutions »¹⁴.

Certes, la Cour suprême tente de remédier aux difficultés soulevées par les Conventions de Genève quant à leur application aux situations de CANI. Elle semble néanmoins abdiquer dans la voie de la création d'un régime de détention par le Conseil de sécurité des Nations Unies, qui demeure un organe hautement politique faisant face à de nombreux dysfonctionnements dans son processus décisionnel. Selon elle, la résolution constituerait donc le vecteur d'un fondement juridique autorisant la détention administrative, sans pour autant que lui soit associé un régime procédural. Or, ce raisonnement manque de cohérence au regard de l'essence même du DIH et du DIDH. La Cour suprême semble elle-même l'admettre lorsqu'elle affirme, en contradiction avec ce qui précède : « Dans la mesure où les résolutions du Conseil de sécurité ne contiennent pas de garde-fou, il est du devoir des Etats parties à la Convention [...] de préciser les conditions selon lesquelles leurs forces armées peuvent détenir des individus au cours d'un conflit armé, et d'offrir aux

¹³ Cour suprême du Royaume-Uni, 2 février 2017, *Serdar Mohammed c. Ministère de la Défense*, para. 38.

¹⁴ Cour suprême du Royaume-Uni, 2 février 2017, *Serdar Mohammed c. Ministère de la Défense*, para. 25.

détenus des voies de recours appropriées pour contester la légalité de leur détention sur le fondement de leur propre droit national »¹⁵ (traduction de l'auteur).

En conséquence, le recours à une résolution du Conseil de sécurité ne saurait être considéré comme une option satisfaisante pour l'établissement d'un encadrement juridique de la détention administrative, dans la mesure où les parties au conflit sont finalement renvoyées à l'application du droit national. Une telle solution, ainsi retenue par la Cour suprême britannique, participe à la fragmentation du droit applicable et contrevient au principe de sécurité juridique et d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

(ii) Le recours à la légitime défense de l'article 51 de la Charte des Nations Unies :

Le scepticisme exprimé ci-dessus quant au rôle Conseil de sécurité dans la légitimation de la détention dans le cadre des CANI réapparaît au regard de l'argument tiré de l'usage de la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte comme cadre juridique à l'internement.

En effet, l'article 51 aborde uniquement le sujet des relations interétatiques et pose une exception à l'interdiction générale du recours à la force armée dans les relations internationales. Cette disposition n'a aucune incidence sur la conduite des hostilités et n'est pas suffisamment précise pour constituer une base légale suffisante à la détention administrative. En conséquence, la référence à la légitime défense et au *jus ad bellum* ne peut pas être considérée comme une base juridique adéquate en vue priver une personne de sa liberté.

Pour conclure, un accord bilatéral ou une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies sous le Chapitre VII disposent tous deux d'une force obligatoire dans l'ordre juridique international. Ils pourraient théoriquement satisfaire le principe de légalité et fournir une base juridique satisfaisante à l'internement dans un CANI. En toute hypothèse, chacune de ces options reste tributaire l'interdiction de la privation arbitraire de liberté en DIDH et en DIH. Toutefois, en l'état actuel, les résolutions du Conseil de sécurité ne semblent pas remplir les exigences associées au principe de légalité. Cet organe est

¹⁵ Cour suprême du Royaume-Uni, 2 février 2017, *Serdar Mohammed c. Ministère de la Défense*, para. 67.

hautement politique et ses résolutions ne formulent pas clairement les motifs et la procédure applicables à la détention. De même, l'article 51 de la Charte ne peut constituer une base juridique suffisante à l'internement.

Section 2 : La recherche d'un cadre juridique transversal de la détention en droit international humanitaire

A présent, l'on démontrera dans un premier temps la permanence de la distinction entre CAI et CANI en matière de détention administrative (**paragraphe 1**). Dans un second temps, on étudiera les arguments en faveur de l'élaboration d'une base juridique et d'un régime procédural propre au DIH applicable en matière de CANI (**paragraphe 2**).

§1- La permanence de la distinction entre conflit armé international et conflit armé non-international en matière de détention administrative :

Face à l'évolution des formes de conflit et aux difficultés juridiques que cette évolution suscite, d'aucuns militent en faveur d'une suppression de la distinction entre CAI et CANI. Il conviendra d'exposer ici leurs arguments (**A**). Toutefois, le recours au DIH coutumier comme fondement dépassant ladite distinction semble devoir être exclu (**B**).

A- Les arguments en faveur du rapprochement des régimes de droit international humanitaire :

La distinction entre CAI et CANI repose en premier lieu sur la notion de souveraineté. Historiquement, en effet, le droit international avait vocation à régir uniquement les relations interétatiques. Ainsi, il a été considéré que la régulation des CANI au niveau international restreindrait de façon excessive la latitude qu'ont les Etats pour étouffer toute rébellion interne. C'est la raison pour laquelle le DIH ne s'attache pas à réguler les CANI de manière détaillée.

De nombreux universitaires et professionnels ont posé le constat que la distinction entre CAI et CANI affecterait le DIH comme corpus juridique « pragmatique »¹⁶. Une telle distinction créerait également une zone grise pour tout type de conflit ou toute forme de

¹⁶ Alison DUXBURY, « Drawing lines in the Sand – Characterising Conflicts for the purposes of Teaching International Humanitarian Law », 2007, M.I.J.L., p.268.

violence qui ne remplirait pas tous les critères de qualification d'un CAI ou d'un CANI. Ainsi, plusieurs auteurs ont œuvré en faveur de l'élimination de la distinction¹⁷.

En pratique, la distinction est en effet porteuse de difficultés.

Tout d'abord, le régime détaillé du DIH applicable aux CAI ne répond pas à la réalité des conflits. Alors que les discussions relatives aux CAI ont dominé les négociations et discussions internationales en 1949, les CANI sont devenus rapidement la norme après 1945, et non l'exception. Sur les 225 conflits armés qui ont eu lieu entre 1946 et 2001, seuls 42 étaient des conflits interétatiques. Ainsi, le cadre juridique établi par les Conventions de Genève n'est applicable que dans une minorité de cas.

Ensuite, le recours à des catégories, de manière générale, est susceptible de poser des difficultés de qualification juridique dans la mesure où aucune situation concrète ne correspond à une catégorie juridique théorique préalablement définie. A cet égard, il y a lieu de souligner que de nombreuses situations de conflit revêtent à la fois des aspects internationaux et non-internationaux¹⁸. Le TPIY a lui-même dû faire face à cette difficulté lorsqu'il a dû qualifier la situation de conflit lié à l'implosion de l'Ex-Yougoslavie¹⁹. Or, l'histoire du DIH montre la nécessité d'aligner le droit applicable sur la pratique afin de prévenir les conduites abusives dans la conduite de la guerre. La substitution du terme de « *guerre* » par celui de « *conflit armé* », réalisée en 1949, est un exemple.

En réaction à ces difficultés, une tendance générale s'est dessinée en faveur d'un rapprochement du régime juridique applicable des CANI à celui des CAI²⁰. L'intérêt d'un tel rapprochement serait de rendre sans objet les controverses sur le point de savoir si un conflit donné devrait être qualifié d'international ou de non-international, voire de mixte. En pratique, il n'y existe en effet peu de différences entre, par exemple, un CANI tel que

¹⁷ James G. STEWART, « Toward a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict », 2003, C.I.C.R., p. 313.

¹⁸ Nicolas HERVIEU, Entretien avec Claire Landais, Directrice des affaires juridiques du Ministère de la Défense, Revue des Droits de l'Homme, juillet 2015.

¹⁹ T.P.I.Y., 5 juillet 1999, *Procureur c. Dusko Tadic*.

²⁰ Marco SASSOLI, « The Convergence of the International Humanitarian Law of Non-International and of International Armed Conflicts: Dark Side of a Good Idea », in Biaggini, Diggelmann and Kaufmann (ed), *Polis und Kosmopolis*, Zürich, 2015, p. 678.

celui ayant opposé les forces gouvernementales sri-lankaises et les forces insurgées dans le nord du Sri Lanka en 2008, et le CAI entre l'Erythrée et l'Ethiopie en 1999. Dans toutes ces hypothèses, le même droit serait applicable au conflit.

Au-delà du caractère pratique, un tel rapproche participerait à une meilleure protection des victimes, en particulier celles de CANI, tout en assurant l'équilibre propre du DIH entre nécessité militaire et considérations humanitaires. Il sera démontré ci-dessous (titre II) que les normes de DIDH applicables à la détention administratives sont davantage protectrices des individus détenus que les normes de DIH. Toutefois, le corpus juridique du DIDH n'ayant pas été conçu spécifiquement pour encadrer les conflits armés, il trouve des limites pratiques évidentes à sa mise en œuvre. Le développement du DIH garantirait donc un équilibre et favoriserait de ce fait un encadrement juridique unique et clair en temps de conflit armé.

B- Le rôle limité du droit international humanitaire coutumier :

La question se pose aussi de savoir la distinction entre CAI et CANI n'aurait pas été amoindrie par l'émergence d'un droit international humanitaire coutumier. Pour le savoir, il est nécessaire d'observer la pratique des Etats en temps de CANI et de CAI, ainsi que l'éventuelle existence d'une *opinio juris* dans l'encadrement juridique de la détention administrative.

A titre d'illustration, la doctrine militaire de certains Etats suggère qu'il n'existe plus de distinction en matière d'internement. Or, le recours aux doctrines militaires relatives à l'application du régime de l'internement de la CG III et/ou de la CG IV aux CAI et aux CANI, ne suppose pas l'existence d'une *opinio juris* puisqu'elles découlent davantage d'une décision politique que d'une obligation juridique.

De même, les principes de Copenhague sur le « Handling of Detainees », adoptés en Octobre 2012, semblent faire fi de la distinction entre CANI et CAI. Cependant, il est clairement énoncé au sein de ces principes que les Etats n'ont pas prévu d'y créer

d'obligations ou d'habilitations juridiques nouvelles²¹ : « *Since the Copenhagen Process Principles and Guidelines were not written as a restatement of customary international law, the mere inclusion of a practice in it should not be taken as evidence that States regard the practice as required out of a sense of legal obligation*²² ». Cette source ne peut donc être invoquée comme preuve d'une *opinio juris*.

Ainsi, il ne peut pas être admis que la coutume en DIH a éliminé la distinction entre CAI et CANI dans le domaine de la détention administrative. Au contraire, la détention constitue l'un des seuls domaines qui demeurent en dehors du processus général de convergence du droit des CAI et des CANI²³. Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant que la coutume est totalement silencieuse à ce propos. L'étude du droit coutumier du Comité international de la Croix-Rouge permet de souligner l'existence de deux règles coutumières applicables à la fois aux CAI et aux CANI.

L'« Etude sur le Droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix Rouge » adopté en octobre 2007²⁴. La force motrice de ce projet est le désir de remédier à l'insuffisance de règles applicables aux situations de CANI²⁵. Néanmoins, cette Etude a fait l'objet de controverses. Sa méthodologie a été vivement critiquée à plusieurs égards, notamment en raison du recours qu'elle fait aux manuels militaires, ou encore pour son approche générale du test d'identification du droit international coutumier.

Dans cette étude, le Comité international de la Croix-Rouge conclue qu'il ne ressort pas de la norme de DIH coutumier que le régime de l'internement applicable aux CAI s'étendrait aux situations de CANI²⁶. L'Etude du CICR admet cependant que deux règles coutumières de DIH ressortent de la pratique dans ce domaine.

²¹ Processus de Copenhague sur le traitement des détenus dans les opérations militaires internationales : Principes et directives, octobre 2012, No. 122.

²² Chairman's commentary n°122.

²³ Emily CRAWFORD, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, OUP, Oxford, 2011.

²⁴ CICR, *Etude sur le Droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix Rouge*, Genève, 2007.

²⁵ Theodor MERON, « Revival of Customary Humanitarian Law », 99 A.J.I.L. 817, 2005, p. 833.

²⁶ Jean-Marie HENCKAERTS, *Vol I, op. cit.*, p. 347-352 (il est démontré que le contenu de la prohibition de la privation arbitraire de liberté, l'étude la trouve comme faisant partie de la coutume dans tous les conflits armés, diffère selon le caractère du conflit).

Premièrement, il s'agit de l'interdiction de la privation arbitraire de liberté. Le Comité international de la Croix-Rouge se réfère à cet égard aux pratiques des Etats et ainsi que d'autres acteurs des conflits armés pour énoncer que le DIH coutumier interdit la privation arbitraire de liberté dans le cadre d'un CANI²⁷. D'abord, tous les Etats ont une législation spécifiant les motifs sur lesquels des individus peuvent être détenues, suggérant une acceptation que la privation de liberté doit généralement être fondée en droit. De plus, plus de soixante-dix Etats ont interdit la privation illégale de liberté en temps de conflit armé. La plupart l'ont d'ailleurs fait sans égard du caractère international ou non-international du conflit²⁸. Certains exemples tirés de manuels militaires, qui soit s'appliquent soit ont été appliqués aux CANI, confirment que le confinement illégal constitue une violation grave du DIH. De la même façon, la plupart des législations nationales qui prohibent la détention arbitraire ou illégale pour les CAI comme pour les CANI énonce que ces détentions constituent des crimes de guerre et, *a fortiori*, des violations du DIH²⁹. D'autres Etats encore considèrent que la détention arbitraire ou illégale doit être considérée comme inadmissible dans un CANI³⁰. C'est à l'aune de cette pratique que l'Etude du Comité international de la Croix-Rouge conclue qu'il existe, pour tous les types de conflits armés, une interdiction coutumière de toute privation arbitraire de liberté. Cette interdiction transcende la distinction entre la nature internationale ou non-internationale des conflits³¹.

Toutefois, la pratique n'est en soi pas suffisante pour établir l'existence d'une règle coutumière. Cette pratique doit en effet, pour ce faire, être accompagnée de preuves tangibles de l'existence d'une *opinio juris*. Le recours par le Comité international de la Croix-Rouge aux manuels militaires a été sévèrement critiqué sur le motif que ces manuels reflètent davantage la politique menée par un Etat plutôt que des considérations juridiques³². Néanmoins, les manuels militaires constituent l'une des sources les plus illustratives de la pratique des Etats en DIH. L'approche militaire opérationnelle, qui

²⁷ Jean-Marie HENCKAERTS, *Vol I, op. cit.*, Règle No. 99.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Jean-Marie HENCKAERTS, *Vol I, op. cit.*, Règle No. 99.

³² Charles GARRAWAY, « The Use and Abuse of Military Manuals », *Y.I.H.L.*, 2004, p. 440.

traduit la pratique sur le terrain, peut souvent refléter l'approche du commandement dans son ensemble ou, du moins, une approche adoptée dans le cadre d'une situation spécifique.

Par ailleurs, l'existence de l'*opinio juris* a pu être démontrée par le Comité international de la Croix-Rouge par l'existence d'une jurisprudence nationale au sein de certains Etats. Par exemple, en 2007, la Cour constitutionnelle colombienne a énoncé qu' « en prenant en compte le développement du droit international humanitaire coutumier applicable aux conflits armés internes, [elle] a noté que les garanties fondamentales issues du principe d'humanité incluent l'interdiction de la privation arbitraire de liberté »³³. Un tel raisonnement a également été adopté en 2002 dans l'arrêt *Mehinovic v. Vuckovic* par la *district Court* des Etats-Unis³⁴. De même, le ministère de la défense britannique a précisé que la règle 99 issue de l'Etude du Comité international de la Croix-Rouge, prohibant la privation arbitraire de liberté, reflétait le DIH coutumier actuel³⁵.

La pratique des Etats varie toutefois dans la terminologie utilisée ainsi que dans les motifs qui justifient l'internement, et les contours de la notion d'arbitraire demeure indéfinie. Tandis que l'étude du Comité international de la Croix-Rouge soutient que l'interdiction de la privation arbitraire de liberté est applicable à tout type de conflit, CANI ou CAI, elle suggère cependant un contenu différent de cette règle selon que le conflit est international ou non-international. S'agissant des CAI, le Comité international de la Croix-Rouge se réfère au régime des Conventions de Genève III et IV, alors que le DIDH serait applicable aux CANI. Cette conclusion soutient donc finalement l'idée que la distinction entre CAI et CANI n'est pas éliminée en ce qui concerne la question de la détention administrative.

Pourtant, il pourrait être défendu que le contenu de la règle coutumière dans le contexte spécifique d'un CANI devrait être dessiné à partir de l'interprétation faite ci-dessus de l'article 3 commun aux Conventions de Genève³⁶ : l'internement pourrait être considéré comme arbitraire, et donc prohibé, dès lors qu'il n'est pas nécessaire au regard du conflit.

³³ Constitutionnal case n°C-291/07, jugement, 25 avril 2007, cité dans l'Etude du CICR.

³⁴ US District Court for the Northern District of Georgia, 2002, *Kemal Mehinovic et al v. Nikola Vuckovic*.

³⁵ Lawrence HILL-CAWTHORNE, *Detention in non-international armed conflict*, Oxford University Press, 2016.

³⁶ *Ibidem*.

A cet égard, il est important de mentionner que l'article 3 est également considéré comme reflétant le droit coutumier³⁷. L'étude du Comité international de la Croix-Rouge souligne ce « *besoin d'avoir une raison valide pour priver une personne de sa liberté* »³⁸.

En conclusion, le DIH coutumier peut être appréhendé comme interdisant la privation arbitraire de liberté en CANI, c'est-à-dire comme interdisant toute mesure de privation de liberté qui ne serait pas nécessaire au regard du conflit.

Secondement, l'Etude du Comité international de la Croix-Rouge pose une exigence de libération de la personne détenue dès lors que les raisons qui ont justifié son internement cessent d'exister. Il s'agit de la règle numéro 128 s'appliquant aux CANI comme aux CAI. C'est dans cette disposition que réside en grande partie la difficulté de prouver l'existence d'une *opinio juris*. Il a été toutefois proposé de considérer que cette exigence doit être appréciée comme un élément de la prohibition d'interner en dehors de toute nécessité résultant du conflit.

En tout état de cause, il ressort clairement de cette étude une absence de régime procédural transversal de la détention administrative en DIH coutumier. Il est donc désormais proposé, à titre prospectif, d'explorer la possibilité d'un fondement juridique et d'un régime procédural de l'internement propres au DIH.

§2- *La nécessité d'un fondement juridique et d'un régime procédural propres au droit international humanitaire en temps de conflit armé non-international :*

La dernière option qui demeure en vue de fonder les mesures d'internement consiste en la création d'un nouveau corpus de règles du DIH. Pour Els Debuf, cette solution est préférable à plusieurs titres³⁹.

Tout d'abord, l'adoption abusive de législations nationales applicables dans des situations d'urgence (et qui, souvent, ne sont pas abrogées par la suite), qui permettent de déroger aux libertés fondamentales, sont l'une des causes originelles de la privation arbitraire de

³⁷ C.I.J., 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, para. 218.

³⁸ Jean-Marie HENCKAERTS, *Vol I, op. cit.*, Rule No. 99.

³⁹ Els DEBUF, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, Pedone, Genève, 2013.

liberté au niveau mondial. Si la détention était directement fondée en DIH, son cadre juridique serait disponible uniquement dans l'hypothèse le seuil de qualification du conflit armé aurait été atteint. Cette solution permettrait ainsi de prévenir les abus commis au regard de situations n'éteignant pas ce seuil.

En outre, toutes les options d'encadrement de la détention telles que l'adoption d'une loi nationale, la négociation d'un accord bilatéral ou d'une résolution du Conseil de sécurité nécessitent d'être négociées au moment du déroulement des hostilités, alors qu'elles ont déjà éclaté. Les négociations préalables nécessaires seront probablement chronophages, et le résultat sera souvent inadapté pour répondre à la fois aux besoins militaires et à la nécessité de préserver les droits fondamentaux des individus. Ainsi, la CtEDH a déjà pu souligner qu'un accord *ad hoc*, formant la base juridique à la privation de la liberté d'une personne, respectera peu probablement le principe de sécurité juridique⁴⁰. Une base juridique propre au DIH rendrait la négociation et l'adoption de ces instruments *ad hoc* non-nécessaire, car elles auraient déjà eu lieu⁴¹.

Une base juridique et un régime procédural associé issus du DIH fourniraient aux forces multinationales participant à des CANI un cadre juridique préexistant et uniforme. Un tel droit faciliterait la coordination et la coopération entre les Etats en ce qui concerne les pratiques relatives à la détention administrative. Aussi, cette solution permettrait également aux groupes armés non-étatiques prenant part à un CANI dans le cadre d'instruments juridiques bien déterminés. Par ailleurs, un tel cadre juridique réduirait le risque de privation arbitraire de liberté et pourrait avoir pour conséquence indirecte de diminuer le recours à la force létale en raison de l'absence de base juridique pour la détention des personnes considérées comme des menaces militaires⁴². Enfin, l'adoption d'un traité multilatéral, par la communauté internationale, en dehors du contexte émotif lié à un conflit armé donné, offrira très probablement une solution équilibrée au regard des

⁴⁰ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 20 mars 2010, *Medvedyev c. France*, para. 100.

⁴¹ Thomas WINKLER, « The Copenhagen Process on Detainees: A Necessity », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, No. 4, 2009, p. 496.

⁴² Sandesh SIVAKUMARAN, « Courts of Armed Opposition Groups: Fair Trials or Summary Justice? », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 3, 2009, p. 509-510.

différents enjeux en question. Ses dispositions respecteront notamment les critères de certitude et de prévisibilité requis par le principe de légalité⁴³.

Si le DIH assure une protection effective contre les abus et l'arbitraire (comme le font les Conventions de Genève pour les CAI), une partie à un CANI n'aurait alors plus besoin de déroger à ses obligations issues de DIDH en vue d'ordonner légalement un internement puisque le DIH aurait vocation à s'appliquer comme la *lex specialis*. Cet aspect fera l'objet d'un développement dans le Titre II.

En conclusion de ce premier titre, il a été démontré que le DIH conventionnel et coutumier ne fournit aucun fondement juridique à la détention administrative permettant une d'y recourir à l'occasion d'un CANI. C'est pourquoi nous avons étudié la nécessité de trouver un instrument juridique autonome, hors du DIH, pour que les forces armées puissent avoir recours à l'internement dans le respect du principe de légalité.

En plus de disposer d'un fondement juridique solide, l'internement doit également disposer d'un régime procédural à même de respecter les droits des individus capturés. Il a été vu que le régime de la CG IV semble *prima facie* le plus à même de correspondre aux exigences des situations de CANI ainsi qu'aux exigences des Etats. A défaut de l'application de ce régime, une certaine interprétation de l'article 3 commun aux Conventions de Genève permet de conclure que les internements qui ne seraient pas nécessaires au regard du conflit seraient de fait prohibés. En outre, selon l'Etude du Comité international de la Croix-Rouge, deux règles de droit coutumier doivent s'appliquer dans toutes les situations de conflits armés : l'interdiction de la privation arbitraire de liberté, et la nécessité de relâcher l'individu détenu dès que les raisons pour lesquelles il a été interné cessent d'exister.

Le régime procédural de la détention devra également prendre en considération un autre corpus de règle : celui issu du droit international des droits de l'homme (DIDH). Le CICR

⁴³ Aldo BIANCHI, « Ad-hocism and the Rule of Law », *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 1, 2002, p. 269-272.

estime en effet qu' « alors même que ce type de privation de liberté est fréquent dans des conflits armés ou d'autres situations de violence à caractère international ou non international, la protection des droits des personnes qui en sont les victimes n'est pas suffisamment développée »⁴⁴. Etant donné que, dans des situations de conflits armés, le DIH et le DIDH s'appliquent simultanément, le CICR estime qu'il est possible d'envisager de combler certaines des lacunes procédurales issues du DIH en se référant aux traités et à la jurisprudence du DIDH, lesquels se proposent de compléter les standards minimums du DIH⁴⁵ applicables en temps de CANI.

⁴⁴ Jelena PEJIC, « Procedural principles and Safeguards for Internment/administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence », op. cit., p. 375.

⁴⁵ *Ibidem*.

**TITRE II : UNE APPLICATION PARALLELE NECESSAIRE
DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME
ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE
A LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT
ARME NON-INTERNATIONAL**

Au travers du Titre Ier, il a été démontré que le DIH n'offre aucun fondement juridique autorisant, au regard des exigences posées par le principe de légalité, la détention administrative dans un CANI, bien qu'il reconnaisse l'internement comme un fait qui survient en temps de CANI. Ce fondement aux internements doit donc être trouvé ailleurs, par exemple dans un acte législatif national, un traité international ou encore une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies. En toute hypothèse, ces actes devront eux-aussi respecter les obligations découlant du principe de légalité.

Néanmoins, le DIH n'est pas totalement silencieux en ce qui concerne la régulation procédurale de la détention administrative. Comme nous l'avons vu, l'article 3 commun des Conventions de Genève, interprété à la lumière des autres dispositions de ces conventions, pose un cadre minimum à cette pratique : l'internement doit ainsi être nécessaire au regard du conflit. Deux règles issues du DIH coutumier ont également été consacrées dans l'Etude sur le droit international coutumier du Comité international de la Croix-Rouge, mais ne suffisent pas, loin de là, à poser un cadre procédural de nature à protéger les droits fondamentaux des personnes détenues. L'encadrement *a minima* de la procédure applicable à la détention par le DIH rend donc nécessaire la prise en considération d'un autre corpus juridique, celui du DIDH.

Dans un premier temps, il nous reviendra de démontrer l'applicabilité extra-territoriale du régime procédural de la privation de liberté issu du DIDH (**Chapitre 1**), pour ensuite analyser l'interaction entre le corpus minimal du DIH applicable en temps de CANI d'une part, et les normes tirés du DIDH d'autre part (**Chapitre 2**). Enfin, l'on étudiera l'application concrète des normes de DIDH, considérées comme *lex specialis*, sous l'influence de l'équilibre recherché en DIH entre nécessité militaire et considérations humanitaire (**Chapitre 3**).

CHAPITRE 1 : L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DIDH AU CAS DE LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN SITUATION DE CONFLIT ARME NON-INTERNATIONAL

Il importe dans un premier temps de démontrer l'applicabilité extraterritoriale des obligations de DIDH en temps de conflit armé et, *a fortiori*, en temps de CANI (**section 1**). L'on s'intéressera dans un second temps au régime procédural associé à la privation de liberté en DIDH, pour constater les difficultés à l'appliquer à la détention administrative à l'occasion d'un CANI (**section 2**).

Section 1 : L'applicabilité extraterritoriale du droit international des droits de l'homme en temps de conflit armé

Cette section démontrera que les obligations tirées du DIDH ont vocation à s'appliquer dans un contexte de conflit armé et, *a fortiori*, de CANI (**paragraphe 1**), y compris dans un contexte extraterritorial (**paragraphe 2**). Il en résulte donc que le DIH ne dispose pas du monopole de l'encadrement juridique en temps de conflit armé.

§1- Un corpus juridique applicable en tout temps :

Les travaux préparatoires à la Déclaration universelle des droits de l'Homme montrent que les droits garantis par la Déclaration sont applicables en temps de conflit¹. La pratique des Etats, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, le confirme. Le cadre juridique régissant le temps des hostilités ne relève donc pas du monopole exclusif du DIH². Par exemple, l'Assemblée Générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies ont fréquemment invoqué, depuis les années 1950, la pertinence du DIDH en temps de conflit armé³. La Conférence internationale sur les droits de l'homme à Téhéran en 1968 a quant à elle débouchée sur une résolution dans laquelle il était rappelé que les droits de l'homme

¹ Katharine FORTIN, « Complementarity between the ICRC and the United Nations and International Humanitarian Law and International Human Rights Law », 94 C.I.C.R. 1433, 2012.

² Arthur Robertson, *Human Rights in the World*, Manchester University Press, Manchester, 1982, p. 22.

³ A.G.N.U., Résolution 804, 1953 (Corées) ; C.S.N.U., Résolution 237, 1967 ; C.S.N.U., Résolution 2095, 2013 (Libye) ; C.S.N.U., Résolution 2227, 2015 (Mali).

fondamentaux acceptés et intégrés dans les conventions internationales continuent de s'appliquer en situation de conflit armé⁴.

La jurisprudence des tribunaux internationaux confirme également l'application continue du DIDH dans les actions des Etats au cours d'un conflit armé. Dans son avis consultatif relatif à *la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a soutenu que la protection du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après « PIDCP ») ne cesse pas de s'appliquer en temps de guerre, à l'exception de l'hypothèse du recours à l'article 4 du Pacte. Selon cet article, certaines dispositions peuvent faire l'objet de dérogations en cas d'urgence nationale⁵. Dans un autre avis consultatif, la Cour internationale de Justice a ajouté que le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté continue de s'appliquer aux personnes qui sont légalement ciblées selon les normes de DIH⁶. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CtEDH ») a donné application aux dispositions de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés (ci-après « CEDH ») en cas de CAI, y compris dans une situation d'occupation⁷. La Commission interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après « CIADH ») et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après « CtIADH »), quant à elles, ont reconnu l'application aux situations de conflit armé de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme (ci-après « DADDH ») et de la Convention américaine des droits de l'Homme (ci-après « CADH »).

En conséquence, il est indiscutable que les Etats restent liés par leurs obligations tirées du DIDH en temps de conflit armé, que ce conflit soit d'envergure internationale ou non-internationale. S'agissant en particulier des situations de CANI, l'applicabilité du DIDH a été confirmée dans la jurisprudence internationale par l'arrêt de la CtIADH *Juan Carlos Abella c. Argentine*, 18 novembre 1997, ou encore par l'arrêt de la CtEDH *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 2011. En outre, la pratique des Nations Unies a également

⁴ A.G.N.U., Résolution 2675, 1970.

⁵ C.I.J., avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil 1996.

⁶ C.I.J., avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Recueil 2004.

⁷ Ct.E.D.H., jugement de la Grande Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*.

participé à ce mouvement. Par exemple, la résolution 2120 du Conseil de sécurité de 2013 a appelé toutes les parties prenantes au CANI d'Afghanistan au respect du DIDH⁸.

§2- *Un corpus juridique à l'application extraterritoriale :*

Les règles procédurales applicables à la détention en DIDH continuent de s'appliquer en temps de conflit armé. Une telle affirmation est confirmée par la pratique des Etats ainsi que par celle des organes institués par les traités de DIDH, y compris dans un contexte où les Etats opèrent en dehors de leurs frontières. Les Etats-Unis, cependant, font exception à ce constat et ont adopté une position inverse, ils considèrent que les règles issues du DIDH ne s'appliquent pas à aux situations extraterritoriales. Ces questions s'inscrivent en réalité dans le débat plus large relatif l'application extraterritoriale des obligations des droits de l'homme⁹. Ici, l'objet de notre recherche sera de démontrer qu'en pratique, le DIDH rend les Etats responsables de la conduite des actes de détention administrative à l'extérieur de leur territoire. La démonstration s'appuiera principalement sur la jurisprudence des organes institués par les traités de DIDH. Ainsi, selon la CtEDH « La Convention européenne des droits de l'homme ne s'arrête pas aux portes des casernes »¹⁰. A cet égard, Nicolas Hervieu constate que : « même projetées au-delà des frontières nationales, les forces militaires emportent les obligations européennes à la semelle de leurs rangs. Quand ce n'est pas dans le sillage de leur navire ou sous les ailes de leurs avions. »¹¹.

Au regard des dispositions des traités régionaux de protection des droits de l'Homme, il est possible d'en distinguer trois catégories.

La première catégorie de traités comprend la CEDH, la convention américaine des droits de l'homme (ci-après « CADH ») et ArCHR. Afin d'établir l'application de leurs

⁸ C.S. N.U., Résolution 2120, 10 octobre 2013.

⁹ Theodor MERON, « Extraterritoriality of Human Rights Treaties », 89 AJIL 78, 1995.

¹⁰ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, Req. n° 30078/06, para. 136 – ADL du 27 mars 2012 : « *La Convention ne s'arrête pas aux portes des casernes et (...) les militaires, comme toutes les autres personnes relevant de la juridiction d'un Etat contractant, ont le droit de bénéficier de la protection de la Convention* ».

¹¹ Nicolas HERVIEU, « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 20 octobre 2014.

dispositions, il est nécessaire de démontrer que le sujet de droit qui s'en prévaut se trouve sous la juridiction d'un Etat partie¹², c'est-à-dire qu'un tel Etat dispose d'un contrôle effectif du territoire sur lequel ce sujet se trouve ainsi que sur les individus présents sur ce territoire. Selon la CtEDH¹³, la présomption de territorialité n'est pas irréfragable et ne cesse d'être assouplie¹⁴. Il importe en effet d'éviter qu'un Etat partie puisse finalement être autorisé « à commettre, en dehors de son territoire, des actes qui ne seraient jamais acceptés à l'intérieur de celui-ci »¹⁵. C'est pour cette raison que la CtEDH admet l'application extraterritoriale de la Convention, « dans des circonstances exceptionnelles »¹⁶. De manière plus générale, chaque traité a trouvé à s'appliquer dans le cadre de la conduite d'opérations militaires menées par des Etats en dehors de leurs frontières, sur des territoires au sein desquels ils exerçaient effectivement leur juridiction.

La deuxième catégorie de traités comprend le PIDCP, qui s'applique à tous les individus se trouvant sur le territoire d'un Etat membre et relevant de sa compétence¹⁷. Le Comité des droits de l'homme et la CIJ ont estimé que cette disposition devrait être interprétée comme exigeant l'application du Pacte à la fois sur le territoire de l'Etat membre, mais aussi en dehors de ce territoire lorsque cet Etat y exerce sa juridiction¹⁸.

La troisième catégorie de traités comprend la Convention africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après « CADHP ») et la Déclaration américaine relative aux droits et devoirs de l'Homme (ci-après « DADDH »). Aucune de ces deux conventions ne contient de clause visant à restreindre leur champ d'application. En conséquence, la CIJ, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après « CADHP ») et la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après « CiADH ») n'ont connu

¹² C.E.D.H., article 1^{er} ; C.A.D.H., article 1, para. 1^{er} ; C.Ar.D.H., article 3, para. 1^{er}.

¹³ Ct.E.D.H., Grande Chambre Sect., 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. No. 55721/07, para. 116.

¹⁴ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. No. 27765/0.

¹⁵ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, Req. No. 3394/03.

¹⁶ Ct.E.D.H., *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, *op. cit.*, para. 74.

¹⁷ P.I.D.C.P., article 2, para. 1^{er}.

¹⁸ C.D.H., 21 juillet 1981, *Lopez Burgos c. Uruguay*, 29 juillet 1981 ; C.I.J., 2004, *Avis consultatif relatif aux conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

aucune difficulté pour appliquer ces conventions aux actions des Etats parties en dehors de leurs territoires.

Il reste toutefois à établir les situations dans lesquelles un Etat doit être considéré comme exerçant sa juridiction sur un territoire tiers.

A cet égard, Marko Milanovic a démontré que la jurisprudence des droits de l'homme a développé deux modèles : un modèle « *spatial* », qui requiert un contrôle effectif du territoire ; et un modèle « *personnel* », fondé sur diverses formes d'autorité et de contrôle sur les individus. Le premier modèle est celui qui porte un plus haut seuil d'exigence. Il ne couvre les situations d'internement à l'étranger que lorsqu'il est démontré qu'un Etat exerce un contrôle effectif sur le territoire. Le second modèle offre quant à lui une base plus large de protection des normes de DIDH vis-à-vis des personnes détenues par un Etat à l'étranger. C'est ce dernier modèle qui a été retenu pour déterminer l'application extraterritoriale des conventions de DIDH. La grande chambre de la CtEDH explique le choix du modèle personnel de la façon suivante : « il est clair que dès l'instant où l'Etat, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article premier une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas »¹⁹. L'exigence de l'établissement de la juridiction par des troupes déployées à l'extérieur du territoire d'un Etat sera remplie dès que ces dernières détiendront un individu. Le CDH²⁰ et la CIADH²¹ ont adopté ce même raisonnement : les individus détenus à l'étranger tombent sous la juridiction de la puissance détentrice aux fins des dispositions du traité. En conséquence, quand un Etat détient un individu à l'étranger dans le contexte d'un CANI, cet Etat reste lié par les règles procédurales relatives à la détention prévues par les traités de DIDH auxquels ils sont parties²². Ces différents organes tentent ainsi d'éviter tout angle mort dans la protection conventionnelle des individus et empêchent

¹⁹ Ct.E.D.H., *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, op. cit., para. 137.

²⁰ C.D.H., 29 juillet 1981, *Lopez-Burgos c. Uruguay*, para. 12.

²¹ C.I.A.D.H., 29 septembre 1999, *Coard et al. c. Etats-Unis*, para. 37.

²² Guglielmo VERDIRAME, « Human Rights in Wartime: A Framework for Analysis », 2010, 6 E.H.R.L.R. 689, p. 968.

tout Etat membre de se réfugier derrière un Etat tiers²³, une organisation internationale²⁴ ou même un autre corpus de textes internationaux²⁵.

Le PIDCP se réfère, quant à lui, pour établir la juridiction d'un Etat, aux personnes qui se trouvent sur le territoire de cet Etat « et » qui relèvent de sa compétence²⁶. Le Comité des droits de l'Homme a toutefois soutenu que les Etats parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire, et à tous ceux relevant de leur compétence, les droits énoncés dans le Pacte. Cela signifie qu'un Etat partie doit respecter et garantir à quiconque se trouvant sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte, même si l'individu ne se trouve pas sur son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi²⁷. La CIJ est parvenue à cette même conclusion²⁸. Celle-ci est d'ailleurs partagée par différents organes des Nations Unies²⁹, mais contestée par des puissances occupantes telles qu'Israël et les Etats-Unis.

En outre, la question s'est posée de savoir si les Etats parties à un traité de DIDH pouvaient, dans le cadre d'un CANI se déroulant hors de leurs frontières, mettre en œuvre les clauses dérogatoires associées à certaines dispositions de ce traité. Cette interrogation naît en particulier du fait que les termes généralement utilisés dans les clauses dérogatoires des traités de DIDH paraissent se concentrer sur la menace intérieure à un Etat. Par exemple, l'article 4 du PIDCP admet une dérogation « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation »³⁰.

En pratique, les Etats n'ont jamais dérogé à leurs obligations de DIDH dans des situations à l'étranger, alors qu'aucune menace domestique n'existait. De ce fait, une telle pratique

²³ CtEDH, 4e Sect., 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, Req. No. 28761/11.

²⁴ CtEDH, Grande Chambre, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, Req. No. 10593/08.

²⁵ CtEDH, Grande Chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Req. No. 34503/97.

²⁶ PIDCP, article 2, para. 1^{er}.

²⁷ CDH, 26 mai 2004, Observation générale No. 31, para. 10.

²⁸ CIJ, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, *op. cit.*, para. 107- 112

²⁹ Walter KALIN, « Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi Occupation », 16 janvier 1992, para. 50-59 ; CDH, 18 août 1998, Observations finales du Comité des droits de l'homme : Israël., para. 10.

³⁰ PIDCP, article 4, para. 1^{er}.

pourrait être considérée comme une preuve que le recours aux clauses dérogatoires dans un contexte extraterritorial n'est pas admis³¹.

Néanmoins, cette absence de mise en œuvre extraterritoriale des mécanismes de dérogation ne peut pas être appréhendée comme une doctrine partagée et dominante. Cette pratique démontre en effet certainement davantage une tentative de la part de certains Etats de ne pas concéder l'application extraterritoriale des traités de DIDH³². En outre, s'il est accepté qu'une obligation tirée d'une convention s'applique de façon extraterritoriale, l'on conçoit mal que les clauses dérogatoires ne puissent pas elles-aussi s'appliquer dans un tel contexte. Cela d'autant plus que les clauses dérogatoires ont été adoptées dans le souci de prendre en compte les situations de nécessité, comme cela peut souvent être le cas en cas de conflit armé. C'est pour l'ensemble de ces raisons qu'il est majoritairement soutenu que les dérogations à certaines dispositions des traités de DIDH, dans le cas d'opérations militaires à l'étranger, ne devraient pas être considérées comme inadmissibles³³.

Section 2 : Les normes de droit international des droits de l'homme relatives à la détention administrative

Ainsi que nous venons de le voir, le DIDH s'applique aux mesures de privation de liberté, telles que la détention administrative, en temps de conflit armé. Il sera désormais démontré que le DIDH, tout comme le DIH, admet que la détention administrative puisse restreindre le principe du droit à la liberté, dans les limites de l'interdiction de des mesures arbitraires (**paragraphe 1**). Face à cette convergence *prima facie* entre ces deux corpus juridiques, il conviendra ensuite de s'interroger sur la façon dont cette interdiction des mesures arbitraires de privation de liberté est respectée, à travers l'application du DIDH (**paragraphe 2**). Il sera fait état à cette occasion d'une relative similitude entre l'encadrement juridique prescrit par le DIDH et le régime procédural mis en place par la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (CG IV).

³¹ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. No. 27021/08.

³² Marco MILANOVIC, « Extraterritorial Derogation from Human Rights Treaties in Armed Conflict », in N. Bhuta (ed), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, OUP, Oxford, 2015.

³³ Karen da COSTA, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Brill, Leiden, 2013.

§1- Le principe de la privation de liberté non-arbitraire :

Le DIDH, à l'exception du cas particulier de la CEDH, intègre pleinement l'hypothèse de la détention administrative comme restriction envisageable au principe du droit à la liberté et à la sûreté (**A**). Toutefois, le recours à des mesures de privation de liberté est limité, en particulier par l'interdiction du recours à des mesures arbitraires (**B**). Il s'agit là d'un principe processuel universellement reconnu, en DIDH comme en DIH.

A- La détention administrative, une privation de liberté admise et conditionnée en DIDH :

Tout d'abord, il y a lieu de préciser que le DIDH ne rend pas le droit à la liberté absolue et peut faire l'objet de mesures d'exception. Il convient donc de rechercher si la détention administrative constitue à une restriction valide au droit à la liberté selon le DIDH.

Selon la jurisprudence des organes institués par les traités de DIDH, la détention administrative constitue une forme de privation de liberté à laquelle les règles de DIDH trouvent à s'appliquer. Le Comité des droits de l'homme a ainsi considéré que « si la détention administrative est utilisée, pour des raisons de sécurité publique, elle doit être contrôlée par les mêmes dispositions, c'est-à-dire par l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »³⁴. De même, la CtIADH a estimé que l'article 7 de la CADH relatif à la détention inclut tous les types de privation de liberté admis³⁵. En conséquence, la détention administrative ne constitue pas nécessairement violation du DIDH, et un Etat peut interner une personne dans le respect des obligations issues de ce corpus juridique.

Toutefois, en ce qui concerne la CEDH, la détention administrative ne figure au sein de la liste exhaustive des motifs de privation de liberté figurant à l'article 5, paragraphe 1^{er} de la

³⁴ H.C.D.H., 30 juin 1982, Observation générale No. 8 : Droit à la liberté et la sécurité de la personne.

³⁵ C.I.A.D.H., *Coard et al. c. Etats-Unis*, op. cit., para. 55

Convention³⁶. De ce fait, le recours au mécanisme de dérogation semble nécessaire en vue, pour les Etats, d'adopter un régime d'internement.

Au contraire, les autres instruments internationaux de DIDH contiennent tous une clause dite « *ouverte* » permettant une interprétation large des formes de privation de liberté.

Une fois admis que la détention administrative correspond à une forme admise de restriction au droit à la liberté, il doit être relevé que le DIDH impose que toute privation de liberté doit obéir au principe de légalité tel qu'énoncé en introduction (« nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi »³⁷). Le respect du principe de légalité permet donc de fonder et de réguler la procédure de la détention administrative. Il participe à ce que la détention administrative ne soit pas perçue et jugée comme arbitraire.

B- Le principe universel de l'interdiction de la privation arbitraire de liberté :

Le DIDH et le DIH posent un principe d'interdiction de la privation arbitraire de liberté. De même, la règle n°99 de l'Etude du droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix-Rouge pose l'interdiction de la privation arbitraire de liberté dans des situations de CAI et de CANI³⁸. Cette règle est largement issue du DIDH, selon lequel tout individu a le droit à la liberté, sous couvert de certaines restrictions. Toutefois, en toute hypothèse, aucun individu ne peut être sujet à une privation arbitraire de liberté. Bien que la CEDH ne comprenne pas, en son article 5 paragraphe 1^{er}, une référence à la détention administrative, l'établissement d'une telle liste exhaustive des fondements sur lesquels une personne peut être privée de liberté correspond à l'expression du principe d'interdiction de la privation arbitraire de liberté³⁹.

³⁶ C.E.D.H., article 5, para. 1^{er}.

³⁷ P.I.D.C.P., article 9, para. 1^{er}.

³⁸ C.I.C.R., *Etude sur le Droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix Rouge*, Genève, 2007, règle No. 99.

³⁹ Ct.E.D.H., *Guide on Article 5 : Right to Liberty and Security* : « le but de l'article 5 est d'assurer que personne ne soit privé de sa liberté d'une manière arbitraire ».

Le principe de l'interdiction de la privation arbitraire de liberté doit être appréhendé comme un principe universel⁴⁰, d'autant plus qu'il est considéré comme une norme de droit coutumier international⁴¹. Le DIH et le DIDH œuvrent ainsi tous deux pour prévenir l'arbitraire dans la restriction du droit à la liberté.

En DIH, le principe semble être interprété sous le prisme de la nécessité au regard du conflit, ainsi que cela résulte de l'interprétation de l'article 3 commun aux conventions de Genève ou de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (CG IV).

Le DIDH, quant à lui, interdit la détention illégale ou arbitraire de manière générale. Cette différence s'explique surtout par le fait que le DIH s'applique uniquement en temps de conflit armé. Plutôt que de se concentrer sur la privation de liberté pour une raison particulière, le DIDH expose simplement les exigences de régularité et de non-arbitraire en situation de droit commun. Néanmoins, il reste que la notion d'arbitraire demeure relativement vague et doit être étudiée dans son application concrète. En particulier, il convient de se référer au régime procédural qui encadre la privation de liberté en général, et la détention administrative en particulier.

Pour conclure, la détention administrative s'impose comme une restriction admise en DIDH du droit à la liberté, à l'exception du système mis en place par CEDH, lequel ne la prévoit pas comme un motif légitime à son article 5. Etant acceptée comme restriction possible, la détention administrative doit respecter la condition de l'interdiction de la privation arbitraire de liberté. On appréciera désormais la signification et le champ de cette interdiction eu égard au régime procédural associé aux cas de restriction du droit à la liberté.

⁴⁰ Marko MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, OUP, Oxford, 2011, p. 210.

⁴¹ Groupe de travail sur la détention arbitraire, « Deliberation No. 9 Concerning the Definition and Scope of Arbitrary Deprivation of Liberty under Customary International Law », in Human Right Council, « Report of the Working Group on Arbitrary Detention », 24 décembre 2012, para. 61.

§2- *Entre similitudes et divergences dans les régimes procéduraux du DIDH et du DIH relatifs à la privation de liberté :*

Bien qu'il y existe de nombreux traités et conventions internationales de DIDH, il demeure possible de dégager certains principes communs relatifs à l'encadrement procédural des mesures de privation de liberté, dont la détention administrative. Au travers de l'étude de ces instruments de DIDH, il sera distingué entre les standards (motifs) de détention administrative, le droit de connaître les raisons fondant une telle décision, le droit de recourir à un examen de sa détention, et les conditions relatives à la libération (dès que les raisons ayant présidé à la mise en détention cessent d'exister). Cet ensemble de règles procédurales sont communément englobées sous le terme de procédure d'*habeas corpus* et sont reflétées au mieux dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Les autres instruments internationaux de DIDH possèdent généralement des mêmes références similaires.

Dans un premier temps, l'on soulignera les éléments de convergence entre la procédure d'*habeas corpus* et celle applicable aux CAI selon la Convention de Genève relative au traitement des personnes civiles en temps de guerre (CG IV) (A). Dans un second temps, on constatera toutefois que des différences majeures existent entre ces deux corpus de règles au regard de la mise en œuvre de la procédure d'*habeas corpus*, lequel exige l'institution d'un organe juridictionnel en vue d'examiner la légalité de la détention (B).

A- Des éléments convergents entre procédure d'*habeas corpus* et Convention de Genève IV :

La procédure d'*habeas corpus* est définie à l'article 9 du PIDCP. D'abord, son paragraphe 2 dispose que « Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui »⁴². Bien qu'il soit fait référence à « toute accusation », cette disposition s'applique à toutes les formes de détention, qu'elles soient

⁴² P.I.D.C.P., article 9, para. 2.

criminelles ou préventives⁴³. L'article 9, paragraphe 4 du PIDCP, quant à lui, précise que toute personne détenue doit avoir le droit d'accéder à la procédure d'*habeas corpus* : « Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale »⁴⁴. Les raisons qui président à la détention doivent être données dans un délai raisonnable, souvent lors de l'examen initial. Cette disposition se retrouve dans les autres instruments internationaux de DIDH.

A partir de ces dispositions conventionnelles, la jurisprudence des organes institués par les traités de DIDH a développé, sur certains aspects, un contenu similaire au régime procédural du DIH applicable aux CAI. Par exemple, le TPIY a pu constater que la CG IV exige de l'organe d'examen qu'il puisse ordonner la libération de la personne détenue, et en a déduit que cette exigence devait également s'appliquer à la procédure d'*habeas corpus*⁴⁵. Selon la CG IV, les civils internés doivent être libérés une fois que les raisons justifiant leur internement cessent d'exister ou, au plus tard, au moment de la cessation des hostilités. Il a été rappelé au chapitre 3 du Titre Ier que, selon l'Etude du Comité international de la Croix-Rouge, l'obligation de libérer la personne internée lorsque le motif fondant l'internement cesse d'exister vaut pour tous les conflits armés, dont les CANI⁴⁶. Bien qu'il n'existe pas, en DIDH, de disposition spécifique régulant la fin de l'internement, la jurisprudence s'est saisie de cette question. Ainsi, selon le HCDH, « afin d'éviter la caractérisation d'arbitraire, la détention ne devrait pas se poursuivre au-delà de la période pour laquelle l'Etat détenteur est capable de fournir une justification »⁴⁷. De ce fait, l'obligation de libérer une personne détenue dès lors la justification cesse d'exister fait partie inhérente de l'interdiction de l'arbitraire dans tous les régimes de DIDH.

⁴³ H.C.D.H. (référence ci-dessus) ; Ct.E.D.H., *Van der Leer c. Pays Bas*, jugement, 21 février 1990 ; Le sens criminel n'existe pas dans l'article 7(4) de la CADH qui exige seulement que « toute personne détenue doit être informée des raisons de sa détention ».

⁴⁴ P.I.D.C.P., article 9, para. 4.

⁴⁵ T.P.I.Y., Jugement première instance, 16 novembre 1998, *Prosecutor c. Zejnil Delalic et autres*, para. 580-581.

⁴⁶ C.I.C.R., *Etude sur le Droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix Rouge*, Genève, 2007, règle No. 128.

⁴⁷ H.C.D.H., 6 août 2003, *Baban et al. c. Australie*, Communication, No. 1014/2001.

De même, il n'existe aucune disposition, en DIDH, qui imposerait la mise en place d'un examen périodique et indépendant du suivi de la procédure d'*habeas corpus*. Cependant, la jurisprudence a confirmé que le DIDH impose un tel examen périodique « à intervalles réguliers », notamment lorsque le motif initial justifiant la détention a cessé d'exister. Le HCDH confirme cette exigence sur le fondement de l'interprétation de l'article 9, paragraphe 4 du PIDCP. Ce raisonnement a également été suivi par la CtEDH⁴⁸.

B- L'existence de différences fondamentales entre les exigences procédurales issues du DIDH et du DIH :

Des différences persistent toutefois entre les régimes procéduraux mis en place par le DIDH et le DIH à l'égard des mesures de privation de liberté. En particulier, la procédure d'*habeas corpus* exige la constitution d'un organe juridictionnel, et non pas seulement d'un organe administratif (contrairement au cas du DIH applicable aux CAI en vertu de la CG IV⁴⁹) aux fins d'examiner la légalité de ces mesures. A cet égard, la HCDH est parvenue à la conclusion que cet examen, lorsqu'il n'est pas mené par un organe judiciaire, ne satisfait pas aux exigences posées à l'article 9, paragraphe 4 du PIDCP⁵⁰. Les autres instruments de DIDH exigent également que la procédure de l'*habeas corpus* soit menée par un organe juridictionnel, indépendant du pouvoir qui a pris la décision de détenir ainsi que des parties. Une telle exigence est, selon les traités, de nature à permettre de rendre l'interdiction de la privation arbitraire de liberté effective. Notamment, la CtEDH a estimé, alors même que les garanties procédurales posées à l'article 6 de la CEDH ne s'appliquent pas, en tant que telles, à la situation de la détention administrative, il n'en demeure pas moins que le respect de l'article 5, paragraphe 4 de la CEDH exige en toutes circonstances un examen devant un organe de nature juridictionnelle⁵¹.

L'exigence d'un organe juridictionnel est d'autant plus importante que les organes institués par les traités de DIDH ont mis à la charge des puissances détentrices des obligations relatives au délai d'examen des recours contre les mesures de détention. Selon le HCDH,

⁴⁸ H.C.D.H., 24 février 1984, *A c. Australie, C c. Australie* ; CtEDH, *Luberti c. Italie*.

⁴⁹ C.G. IV, articles 43 et 78.

⁵⁰ H.C.D.H., 2 avril 1990, *Torres c. Finlande*, No. 291/1988.

⁵¹ Ct.E.D.H., *A et autres c. Royaume-Uni, op. cit.*, para. 203.

l'expression « *sans délai* » contenue à l'article 9, paragraphe 4 du PIDCP, correspond à un délai de sept jours⁵². Selon la jurisprudence de la CtEDH, la décision sur la légalité de la détention doit être prise « *rapidement* », ce délai dépendant des circonstances, mais devant en tout état de cause être inférieur à six jours⁵³, voire même à cinquante-quatre heures⁵⁴. De même, la CtIADH estime qu'un délai de cinq jours est « un très long » et incompatible avec l'article 7, paragraphe 6 de la CIADH⁵⁵.

Une fois établi, l'organe juridictionnel devra procéder à un examen approfondi de la légalité de la détention administrative au regard du droit national mais aussi du droit international, des traités de DIDH applicables et de l'article 9, paragraphe 1^{er} du PIDCP. En outre, le HCDH, comme la CEDH, a confirmé l'importance de permettre aux détenus d'être assistés d'un avocat devant cet organe.

Or en DIH, les prisonniers de guerre, par exemple ne disposent pas d'un droit à faire examiner la décision d'internement devant un organe juridictionnel.

Enfin, la jurisprudence a confirmé ce qui est déjà prévu à l'article 9, paragraphe 4 du PIDCP, à savoir que ce même organe juridictionnel doit également disposer du pouvoir d'ordonner la libération de la personne détenue. Un simple pouvoir de recommandation n'est, à cet égard, pas suffisant⁵⁶.

Certains instruments internationaux se montrent d'ailleurs particulièrement réticents en ce qui concerne la détention de longue durée, ou indéfinie⁵⁷. Au contraire, la détention à durée indéterminée fait, en DIH, partie inhérente de la pratique pour des raisons de sécurité.

En conclusion, nous retiendrons que les obligations de DIDH ont vocation à s'appliquer en temps de conflit armé, y compris hors du territoire des États parties aux traités. En outre, le DIDH possède un régime procédural complet encadrant la privation de liberté, y compris la détention administrative. A certains égards, il peut être rapproché du

⁵² C.D.H., 2 avril 1990, *Torres c. Finlande*, para. 7.

⁵³ Ct.E.D.H., jugement, 23 janvier 2007, *Cetinkaya et Caglayan c. Turquie*, §43

⁵⁴ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 8 janvier 2009, *Khudyakova c. Russie*.

⁵⁵ Ct.I.A.D.H., 3 mars 1987, *Nativi et Martinez c. Honduras*.

⁵⁶ Ct.E.D.H., jugement, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*.

⁵⁷ Alfred de ZAYAS, « Human Rights and Indefinite Detention », 87 C.I.C.R 15, 2005.

régime procédural de la CG IV. Toutefois, des différences majeures persistent. Le DIDH pose en effet des standards procéduraux élevés, qui pourraient difficilement trouver à s'appliquer dans les circonstances exceptionnelles que représentent les situations de conflit armé international ou non-international.

CHAPITRE 2 : LA MISE EN ŒUVRE PARALLELE DES REGIMES PROCEDURAUX APPLICABLES DU DIDH ET DU DIH EN MATIERE DE PRIVATION DE LIBERTE

Dans le chapitre premier il a été démontré que les obligations de DIDH trouvent à s'appliquer en temps de conflit armé hors des frontières des Etats parties aux conventions pertinentes. En outre, le DIDH possède des normes et des standards de traitement applicables à toute privation de liberté, incluant la détention administrative. De ce fait, deux corpus de règles sont *prima facie* applicables en temps de conflit armé : le DIH et le DIDH.

Les relations entre le régime procédural *a minima* tiré du DIH, corpus juridique conçu originellement pour encadrer juridiquement la conduite des hostilités, et celui du DIDH, doit en conséquence être analysé. L'on constatera alors que le DIDH est doté d'un régime procédural relatif à la détention en temps de CANI plus détaillé que celui issu DIH devenant ainsi la *lex specialis* applicable dans ce domaine (**Section 1**).

Toutefois, ce régime procédural établit des standards au niveau d'exigence élevé, en particulier en ce qui concerne l'exigence de l'institution d'un organe juridictionnel. Ainsi, il conviendra d'étudier dans quelle mesure un recours aux clauses dérogatoires mises en place par les conventions de DIDH pourrait résoudre les difficultés relatives à cette exigence qui se posent dans le cadre de l'internement (**Section 2**).

Section 1 : Etude des principes régissant l'application concurrente du DIDH et du DIH en matière de détention administrative

Afin de comprendre comment ces deux corpus interagissent, il faudra tout d'abord étudier l'application du principe *lex specialis derogat legi generali* en matière de CAI (**paragraphe 1**) puis dans le contexte de CANI (**paragraphe 2**).

§1- L'application du principe lex specialis derogat legi generali en matière de conflits armés internationaux :

Le principe juridique *lex specialis derogat legi generali* est apparu comme la clef de lecture des rapports entre DIH et DIDH dans la pratique de l'internement. C'est pourquoi il nous reviendra d'établir les contours et la signification de cette maxime en droit

international général (A). Il sera ainsi démontré, en prenant appui sur la jurisprudence de la CIJ, que ce principe ne suppose aucune application automatique du DIH, mais que les normes issues du DIDH et du DIH font, au contraire, l'objet d'une application au cas par cas (B).

A- La signification du principe *lex specialis derogat legi generali* dans l'ordre juridique international :

Le principe *lex specialis derogat legi generali* a vocation, en droit, à résoudre les difficultés relatives aux conflits de normes. Il tend à établir, par un critère objectif, un ordre de préférence dans l'application de deux corps de règles concurrents, c'est-à-dire lorsque ceux-ci ont vocation à régir une même situation de façon incompatible, si ce n'est contraire.

Pour résoudre un telle équation, Grotius considérait déjà : « parmi les conventions [...] que l'on préfère, ce qui est le plus particulier et ce qui approche le plus de la chose ! Car ce qui est spécial est ordinairement plus efficace que ce qui est plus général »¹. Emer de Vattel précisera par la suite que ce principe ne vaut qu'à « toutes choses d'ailleurs égales » et explique : « parce que ce qui est spécial souffre moins d'exceptions que ce qui est général ; il est ordonné plus précisément, et il paraît qu'on l'a voulu plus fortement »². La règle spéciale se situe plus près du sujet, tient mieux compte du contexte, et des enjeux ; elle est plus efficace et plus désirable.

La question de la relation entre le DIDH et le DIH a fait l'objet d'un long débat académique en droit international, et demeure encore aujourd'hui l'une des questions les plus sujettes à la polémique dans les discussions relatives la régulation des conflits armés³. Ce débat pose de façon plus générale la question de l'équilibre à trouver entre

¹ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, D. Alland et S. Goyard-Fabre, éd., Paris, PUF, 1999, p. 413.

² Emer de VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Washington D.C., Carnegie Institution, réimpression, 1916, vol. I, p. 511.

³ Robert KOLB et Gloria GAGGIOLI, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

considérations humanitaires d'une part, et exigences militaires dans la situation d'un conflit armé d'autre part.

Selon Clauss Kress, les Etats qui interviennent le plus souvent dans les conflits armés seraient davantage désireux de recourir au DIH comme *lex specialis*, et non pas exclusivement au DIDH. Cette solution leur offrirait « l'avantage d'appliquer un régime de détention et de ciblage qui est plus permissif qu'en DIDH »⁴. En effet, le principe a pu être invoqué par certains Etats qui souhaiteraient être jugés à l'aune de règles « *plus permissives* » du DIH⁵ seulement. Les Etats-Unis, par exemple, ont ainsi érigé de manière générale le DIH comme la *lex specialis* des conflits armés et, *a fortiori*, comme le corpus juridique devant réguler la conduite des hostilités et la protection des victimes. Les Etats-Unis, le Canada et le Royaume-Uni, pour défendre cette position, s'appuient sur la jurisprudence de la CIJ, laquelle a pu considérer que le DIH constituait la *lex specialis* par rapport au DIDH en temps de conflit armé.

Toutefois, ce recours à ce principe pour établir la priorité dans l'application des deux corpus juridiques a été critiqué par certains commentateurs, en raison du fait que la jurisprudence de la CIJ ne saurait légitimement faire l'objet d'une telle généralisation⁶.

B- L'absence de caractère général de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans l'application du principe aux conflits armés internationaux:

Du fait de l'application *prima facie* du DIDH en temps de conflit armé, la question se pose naturellement des interactions entre le DIDH et le DIH. Aucune difficulté n'apparaît quant à cette articulation dès lors qu'une question juridique est traitée de façon identique par les deux corpus juridiques. Or, le régime procédural issu du DIH est parfois plus permissif pour les Etats que celui tiré du DIDH. En particulier, le DIDH impose la

⁴ Clauss KRESS, « Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed conflicts », 15 J.C.S.L. 85, 2009.

⁵ James CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, CUP, Cambridge, 2002.

⁶ Anja LINDROOS, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis* », 74 Nordic Journal International Law 27, 2005.

constitution d'un organe judiciaire aux fins d'examen de la légalité de la détention, tandis que la CG IV se satisfait d'un examen réalisé par un organe administratif.

La CIJ a tenté de résoudre ces difficultés. Elle a notamment évoqué la question du conflit de normes du DIH et du DIDH à l'occasion de deux avis consultatifs et d'un recours contentieux. La méthodologie employée est la même dans ces trois affaires. Ainsi, la CIJ recourt à un test à deux étapes⁷.

D'abord, la Cour a confirmé l'applicabilité du DIDH dans le cadre d'un conflit armé, concurremment au DIH. Une telle application parallèle des deux corpus de règles peut mener à trois résultats possibles : « dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »⁸.

La Cour procède, pour chaque affaire, à un examen des faits afin de déterminer de laquelle de ces trois catégories relève la situation litigieuse.

Dans son avis consultatif relatif aux *conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, ou dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*⁹, la Cour a fait une application simultanée des dispositions de DIDH et de DIH, relevant des violations aux dispositions de ces deux corps de règles sans égard aux possibles effets mutuels sur le contenu de ces normes.

Dans son avis consultatif relatif à la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁰, en revanche, la Cour a interprété le droit de tout homme de ne pas être privé de son droit à la vie, tel que posé à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), en le plaçant dans le contexte d'un conflit armé. Elle a observé que,

⁷ Lawrence HILL-CAWTHORNE, *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

⁸ C.I.J., Avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquence juridique de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

⁹ C.I.J., ordonnance du 1er juillet 2000, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, RDC c. Ouganda, demande en indication de mesures conservatoires*.

¹⁰ C.I.J., Avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*.

dans ce cas de figure, le DIH et le DIDH posent des standards de traitement différents. Selon la Cour : « en principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte »¹¹.

La Cour a ainsi rationalisé la relation entre ces deux corpus de règles que sont le DIDH et le DIH, en interprétant l'interdiction de la privation arbitraire du droit à la vie, tirée du DIDH, au regard des règles applicables en DIH. Ainsi, si une privation du droit à la vie a lieu dans le respect des règles de DIH, une telle privation sera jugée non-arbitraire, et donc compatible avec ce corpus juridique¹².

Ainsi, la CIJ, lorsqu'elle doit réconcilier le DIH et le DIDH, part du principe que le premier doit prévaloir en tant que *lex specialis*. En effet, l'adoption par les Etats de règles particulières pour une situation spécifique suffit à révéler leur intention de voir celles-ci primer sur des dispositions d'application plus générale.

Néanmoins, il serait trop simpliste de considérer le DIH comme étant toujours la *lex specialis* dans le contexte d'un conflit armé. En effet, ce principe ne pose pas une présomption irréfragable d'application du DIH en priorité sur le DIDH. Au contraire, chaque situation juridique a vocation à être interprétée individuellement. Il doit être rappelé à cet égard que l'examen de l'interaction entre le DIH et le DIDH requiert, surtout, d'appréhender les normes applicables individuellement plutôt que les corpus juridiques auxquels elles appartiennent dans leur ensemble.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Dapo AKANDE, « Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the *Nuclear Weapons advisory Opinion of the International Court* », 68 B.Y.I.L. 165, 1998, p. 175.

Il conviendra désormais d'apprécier l'articulation de ces deux corpus juridiques dans le cas plus spécifique d'un CANI.

§2- *Le rejet du principe lex specialis derogat legi generali au profit d'une application parallèle du DIDH et du DIH dans le cadre des conflits armés non-internationaux :*

S'agissant de la situation des CANI, une mise en contexte apparaît nécessaire afin de présenter la position du problème juridique (A) afin de comprendre pourquoi une application concurrente des deux corpus est préférée au recours du principe *lex specialis derogat legi generali* (B).

A- Position du problème juridique :

Au contraire du DIH applicable aux CAI, le DIH relatif aux CANI ne contient pas de règles de procédure détaillées en matière de détention administrative. Toutefois, la clause minimale de l'article 3 commun et les deux règles coutumières dégagées par l'Etude du Comité international de la Croix-Rouge que nous avons développé ci-avant demeurent applicables en temps de CAI comme de CANI.

Au regard des développements du titre premier, l'article 3 commun doit être interprété comme une interdiction de tout internement qui ne serait pas rendu nécessaire en raison du conflit. Les Etats n'ayant pas développé de régime spécifique à l'internement en cas de CANI, il pourrait être considéré que leur intention était de faire appliquer le régime commun du DIDH.

Toutefois, Laura Olson a mis en garde contre l'application automatique du DIDH pour combler les lacunes apparentes en DIH. Afin d'illustrer son raisonnement, elle a recours à l'exemple de l'absence de procédure d'examen au sein de la CG III relative à la protection des prisonniers de guerre. Selon elle, le silence du texte à ce sujet ne provient pas d'un vide juridique mais davantage de la présomption selon laquelle l'internement d'un prisonnier de guerre est nécessaire *ipso facto* pour la durée des hostilités¹³. Une application

¹³ Laura OLSON, « Practical Challenges of Implementing the Complementarity between International Humanitarian and Human Right Law – Demonstrated by the Procedural Regulation of Internement in Non-International Armed Conflict », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, 2009, p. 452.

automatique de la procédure d'*habeas corpus* pour combler ce vide juridique apparaîtrait alors comme contraire à cette présomption qui sous-tend la raison d'être de la Convention¹⁴.

Par ailleurs, le rôle même du DIDH est sujet à des désaccords. Par exemple, les Etats-Unis ont exprimé la position selon laquelle « le DIH est la *lex specialis* en temps de CAI et de CANI, incluant la détention administrative [...]. Un Etat peut donc détenir un combattant ennemi conformément au DIH jusqu'à la fin des hostilités »¹⁵. De même, les gouvernements du Royaume-Uni, du Canada et de l'Australie apparaissent avoir récemment soutenu l'idée que le DIH modifie ou remplace les règles de détention en DIDH dans le cadre d'un CANI¹⁶. En revanche, le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme va à rebours de cette position et considère que le cadre juridique applicable en cas d'absence de claires règles de DIH est l'article 9 du PIDCP¹⁷.

A la faveur d'une étude de la pratique, il sera démontré que l'argument tiré de l'application du DIH comme *lex specialis* ne peut mener à un résultat satisfaisant.

B- Le rejet de l'application de la maxime *lex specialis derogat legi generali* aux conflits armés non-internationaux en faveur de l'application concurrente :

L'adoption par les Etats d'un corps de règles applicable spécifiquement aux conflits armés, le DIH, pourrait être interprétée comme une volonté de ces Etats de ne plus appliquer le DIDH dans ces circonstances. Or, il est impossible de prouver que les Etats aient pu avoir une telle intention ou que cette intention se soit concrétisée par une pratique¹⁸. En effet, la charge de la preuve de l'existence d'une pratique dérogatoire des Etats est encore plus exigeante en ce qui concerne l'application de conventions

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ H.C.D.H., General comment No. 35 - Article 9: Liberty and Security of person of the International Covenant on Civil and Political Rights, 25 octobre 2012.

¹⁶ Pour le Royaume-Uni: *Serdar Mahammed et autres c. Ministère de la défense*, EWCA, 2015 ; Pour le Canada : HCDH, Commentaire général no. 35 ; Pour l'Australie : GTDANU, « Australia Permanent Mission to the UN Geneva : Australian Response to UN Working Group on Arbitrary Detention and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of anyone deprived of his or her liberty », 17 mars 2015

¹⁷ H.C.D.H., General comment No. 35 - Article 9: Liberty and Security of person of the International Covenant on Civil and Political Rights, 25 octobre 2012.

¹⁸ Lawrence HILL-CAWTHORNE, *Detention in Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 164-183.

multilatérales relatives aux droits de l'homme, compte tenu de l'intérêt commun de voir ces conventions être appliquées¹⁹. Selon la CIJ : « Cet intérêt commun implique que les obligations en question s'imposent à tout Etat partie à la convention à l'égard de tous les autres Etats parties. L'ensemble des Etats parties ont «un intérêt juridique » à ce que les droits en cause soient protégés (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33). Les obligations correspondantes peuvent donc être qualifiées d'«obligations erga omnes partes», en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque Etat partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées »²⁰. Ainsi, pour être considérée comme opposable, une pratique qui établirait l'inapplicabilité d'une disposition issue d'une convention de DIDH au profit d'une norme de DIH devrait être approuvée de manière claire et équivoque par l'ensemble des Etats parties à cette convention. La même chose peut être dite à propos des dérogations aux obligations conventionnelles par voie d'accord entre certaines parties : une telle dérogation n'est admise que dans si 1) elle « ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations », et si 2) si elle « ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble »²¹. Ainsi, le seuil pour réfuter la présomption selon laquelle le DIDH régle la détention en temps de CANI se situe à un niveau élevé compte tenu de la nature multilatérale des conventions pertinentes.

Afin d'illustrer ce propos, l'exemple du second conflit en Irak semble tout indiqué. En juin 2004, le conflit change de nature et devient un CANI. Selon les Etats-Unis, le fondement juridique autorisant la détention passe dès lors des Conventions de Genève III et IV à la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations Unies. Selon les Etats-Unis, cette résolution habilite les Etats de la force multinationale à prendre toutes les mesures

¹⁹ Bruno SIMMA, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », 1994, 250 *Recueil des Cours* 325.

²⁰ C.I.J., 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal).

²¹ Article 41, para. 1^{er}(b)(i) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, adoptée par l'A.G.N.U. le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

nécessaires afin de maintenir la sécurité et la stabilité en Irak. Ainsi, l'internement est permis lorsqu'il est rendu nécessaire pour d'impérieuses raisons de sécurité. Ce motif a d'ailleurs été repris par analogie à l'article 78 de la CG IV. De même, les mécanismes d'examen étaient inspirés de la CG IV. Selon les Etats-Unis, le DIH constituait donc le corpus juridique pertinent pour l'internement. Selon eux, leurs obligations issues du DIDH n'étaient pas d'application extraterritoriale et ne devaient pas s'appliquer pas dans le cadre d'un conflit armé, qu'il soit international ou non-international. En 2007, 26 000 personnes étaient détenues sur le fondement du DIH.

Si la pratique d'un Etat déroge aux dispositions d'un traité DIDH alors que ses dispositions devraient en principe s'appliquer (il a été démontré ci-avant que les normes de DIDH ont une portée extraterritoriale et s'appliquent à l'occasion d'un conflit armé), cette pratique doit alors recevoir une acceptation expresse des autres Etats pour faire tomber la présomption d'application de cette convention.

Certains Etats, tels que le Royaume-Uni ou l'Australie, ont revendiqué l'application du DIH comme *lex specialis* dans le cadre des actes de détention dans un CANI²². En revanche, l'Allemagne a officiellement adopté la position selon laquelle les obligations conventionnelles tirées des traités de DIDH, tels que le PIDCP ou la CEDH, demeuraient applicables au regard des personnes détenues par ses forces armées à l'étranger dans le cadre d'opérations extérieures. Certains Etats parties à la coalition internationale, ont partagé ce point de vue. Les Pays-Bas, notamment, ont considéré qu'« en plus des règles de DIH, les normes de DIDH doivent aussi s'appliquer sans restriction pendant un conflit armé » et que « l'importance indéniable de mettre de côté du champ de bataille des combattant ne peut pas légitimer que les détenus soient retenus pendant une période illimitée et sans « *due process* » »²³.

En conséquence, il doit être conclu que le DIH ne doit pas être défini comme la *lex specialis* en temps de conflit armé, en opposition à la *lex generalis* que serait le DIDH.

²² Cour suprême du Royaume-Uni, 17 janvier 2017, *Serdar Mohammed c/ Ministère de la Défense*, para. 239 et 254.

²³ TANGE, « Netherlands State Practice », 1 juin 2010, Vol. 40, p. 336.

Aussi, il peut être démontré qu'à l'inverse, le DIDH s'impose comme la *lex specialis* par rapport au DIH. En effet, tandis que les règles du DIH des CANI, qui prévoient seulement que des personnes peuvent être arrêtées pour raisons de sécurité et qui n'ont donc aucune existence concrète en droit positif, les normes de DIDH sont claires et établissent un régime précis développé par la jurisprudence. Selon le principe de la *lex specialis*, les règles du DIDH devraient donc prévaloir, car elles sont plus précises et plus restrictives. L'étude du CICR sur le DIH coutumier, lorsqu'elle interprète la règle de DIH d'interdiction de la privation arbitraire de liberté à travers le prisme du DIDH, semble adopter cette approche²⁴. Une telle approche est toutefois sujette à certaines difficultés.

Une première objection à l'application du DIDH comme *lex specialis* réside dans le fait qu'elle conduit inévitablement à imposer des exigences irréalistes aux groupes armés ou, lorsqu'elle ne s'applique qu'à la partie gouvernementale au conflit, à une inégalité de traitement entre les parties au CANI. Aussi, il y a lieu de prendre en compte l'intérêt stratégique pour une armée ou un groupe armé de capturer des combattants adverses, afin de les mettre hors de combat. Or, si, en vertu du DIDH l'acteur non-étatique ne peut légalement détenir des membres des forces gouvernementales, il n'a alors pas d'autre choix que de libérer ces soldats capturés ou de les occire. Tandis que le premier est irréaliste, le second constitue un crime de guerre. De façon pragmatique, de telles règles, qui seraient en inadéquation avec les réalités des conflits armés ne seraient respectées, ce qui aurait pour conséquence de saper toute protection prévue par le droit au profit des personnes capturées. Ce raisonnement conduit au constat que l'application du DIDH comme *lex specialis* applicable aux CANI ne serait pas souhaitable.

De plus, une seconde difficulté réside dans la question de savoir si, en période de CANI, il est réaliste d'attendre des Etats qu'ils offrent à tous les individus internés un droit de recours prompt et efficace devant un tribunal. La difficulté ici n'est pas uniquement celle liée au fait de devoir traduire les détenus devant un tribunal, mais aussi dans celle de recueillir suffisamment d'éléments de preuve pour justifier de la légalité de la détention des insurgés dans un contexte particulièrement difficile. En ce qui concerne les captures effectuées au

²⁴ Jean-Marie HENCKAERTS et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I, Bruxelles, 2006, p. 460-466.

cours d'hostilités actives, il est irréaliste de s'attendre à ce qu'un soldat, confronté à la reddition d'un insurgé, constitue un dossier qui pourrait être utilisé devant un tribunal, quitte le champ de bataille pour témoigner en audience et recueille de nouveaux éléments de preuve de nature à permettre à l'Etat de répondre aux arguments du détenu, alors même que les combats se poursuivent sur le terrain. Une telle logique pourrait elle aussi conduire à amoindrir le respect des règles applicables sur le long terme, d'encourager la détention secrète, voire de favoriser la commission d'exécutions sommaires déguisées en actes licites de guerre.

Une façon de sortir de ce dilemme serait d'infléchir considérablement les exigences afférentes à la procédure d'*habeas corpus*, au moins pour les personnes arrêtées au cours des hostilités. Cette approche ne serait pas très différente d'une application par analogie de la procédure de la CG IV. Plus récemment, les cours internationales et les organes institués par les traités de DIDH se sont saisis de cette question et ont entrepris de jouer un rôle déterminant dans ce processus de convergence des deux corpus juridiques. Le TPIY a souligné, par exemple, la nature complémentaire du DIH et du DIDH au regard de leurs principes et de leurs objectifs²⁵. De même, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) a confirmé, dans son arrêt *Coard*, que le DIDH s'applique concurremment au le DIH pendant les hostilités, déclarant par conséquent que l'application de l'un régime n'exclue pas nécessairement l'application de l'autre²⁶.

On conclut alors en faveur d'une application parallèle des deux corpus juridiques. De ce fait, l'idée d'une application systématique du principe *lex specialis derogat legi generali* doit être rejetée. C'est pourquoi, les normes de DIDH doivent prendre en considération les normes de DIH dans leur application concrète. Pour cela, il conviendra d'étudier si cette prise en considération peut être le résultat du recours aux mécanismes dérogatoires mises en place par le DIDH.

²⁵ T.P.I.Y., Chambre d'appel, 20 février 2001, *Prosecutor c. Delalic et consorts.*, IT-96-21-A.

²⁶ C.I.A.D.H., 22 septembre 1999, *Coard et al. c. Etats-Unis*.

Section 2 : Un recours quasi-impossible aux clauses dérogatoires du DIDH

Par principe, le DIDH continue de s'appliquer en temps de conflit armé, y compris dans les situations de CANI. Cette affirmation de principe peut être modulée dans des cas spécifiques, en cas de recours à une disposition dérogatoire notamment.

Tous les traités relatifs aux droits de l'homme possèdent une clause dérogatoire²⁷, à l'exception de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Par exemple, l'article 4, paragraphe 1 du PIDCP dispose : « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale »²⁸. Le recours à la clause dérogatoire est encadré dans la stricte mesure où la situation l'exige. Il est nécessaire que toute dérogation ne soit pas seulement nécessaire pour répondre à la menace, mais également proportionnée au but poursuivi. La dérogation doit s'imposer comme l'option la moins restrictive des droits et des libertés²⁹. En outre, certaines règles ne sont pas dérogeables.

Il sera ici démontré que le recours aux clauses dérogatoires du DIDH sont possibles dans le cadre d'un conflit armé (**paragraphe 1**) au contraire du DIH. Toutefois, ce recours aux clauses dérogatoires est limité dans le cas de l'application de l'*habeas corpus* (**paragraphe 2**).

§1- Le recours aux clauses dérogatoires en DIDH en temps de conflit armé :

L'applicabilité des clauses dérogatoires en cas de conflits armés a été maintes fois réaffirmée par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale des Nations Unies, par la défunte Commission des droits de l'homme et par ses Rapporteurs spéciaux, ainsi que par

²⁷ P.I.D.C.P., article 4, para. 1^{er}; CEDH, article 15, para. 1^{er}; CIADH, Article 27, para. 1^{er}; CADH, Article 4, para. 1^{er}.

²⁸ PIDCP, article 4, para 1^{er}.

²⁹ Keith SUTER, « An enquiry into the meaning of the phrase “human rights in armed conflict », in *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. 15, No. 3–4, 1976, p. 397.

la CIJ. Cette dernière a affirmé que « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogoires »³⁰. L'article 15 de la CEDH habilite quant à lui les Etats, « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation »³¹, à prendre des mesures dérogeant à certains droits protégés, mais uniquement « dans la mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». L'Etat dérogeant doit, en outre, informer le Conseil de l'Europe des mesures prises et de leurs justifications. Les droits dits non dérogeables ou qualifiés de « *noyau dur* » comprennent le droit à la vie, ainsi que la protection contre la torture, l'interdiction de l'esclavage et l'interdiction des lois pénales rétroactives. Les autres instruments internationaux de protection des droits humains contiennent des règles similaires, mais leurs listes de droits indérogeables est plus fournie³².

Contrairement au DIDH, les dispositions du DIH régulant la privation de liberté ne permettent pas de dérogations. En effet, le DIH étant conçu pour réguler la situation spécifique des conflits armés, il exclut de fait toute invocation de circonstances exceptionnelles du fait de la survenance du conflit. Les dispositions de DIH régulant la privation de liberté constituent donc un régime minimum, devant être respecté sans aucune dérogation possible, sous peine de voir sa responsabilité internationale engagée.

§2- *Un recours au mécanisme de dérogations limité:*

En tant que tel le droit à la liberté et à la sûreté peut faire l'objet de dérogations en cas de guerre ou de tout autre danger public menaçant la vie de la nation. La CtEDH, dans arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* de 1978, a ainsi pu considérer que la mise en place d'un régime de détention administrative n'allait pas au-delà de ce qui était strictement nécessaire au regard des exigences de la situation litigieuse, et que cette dérogation à l'article 15,

³⁰ C.I.J., Avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Recueil 2004, p. 136, para. 102-106, et CIJ, Avis consultatif, 8 juillet 1996, *la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Recueil 1996, p. 226, para. 25.

³¹ C.E.D.H., article 15.

³² P.I.D.C.P., article 4 et C.A.D.H., article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

paragraphe 1 de la CEDH était permise au titre de l'article 15 de la CEDH³³. De même, la CtEDH a conclu que la dérogation aux articles 5, paragraphes 1, 2³⁴ et 4³⁵ se conformait aux exigences de proportionnalité.

En toutes circonstances, les dérogations à l'article 5 de la CEDH sont toutefois permises sous couvert d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité des mesures litigieuses. Plus récemment, la Cour a réaffirmé que la détention administrative pouvait constituer une dérogation admissible à l'article 5, paragraphe 1^{er} de la CEDH³⁶.

Cependant, il n'est pas certain qu'aujourd'hui la CtEDH continue à admettre les dérogations aux articles 5, paragraphes 2 et 4. La Cour pourrait décider autrement que ce qu'elle a fait en 1978. En effet, comme il a été rappelé précédemment, l'article 15 de la CEDH pose l'exigence que toute dérogation soit compatible avec les autres obligations de l'Etat en concerné en droit international. Or, depuis 1978, la pratique internationale s'est développée vers une reconnaissance en droit coutumier de la nature intangible de l'*habeas corpus*. Bien qu'il ne repose pas sur le DIDH, l'accès à la procédure d'*habeas corpus* pour les personnes détenues à Guantanamo par les Etats-Unis a été accordé par la Cour suprême des Etats-Unis en 2004³⁷, puis supprimé par le Congrès en 2006, avant d'être rétabli par la Cour suprême en 2008³⁸. Ce dernier arrêt pourrait être lu comme une preuve, ou du moins un indice, que les Etats-Unis estiment que des individus considérés comme combattants illégaux disposent d'un droit à un contrôle judiciaire de la légalité de leur détention.

De même, le Comité des droits de l'homme a considéré que l'article 9 PIDCP devait être considéré comme insusceptible de dérogations³⁹.

³³ Ct.E.D.H., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Requête No. 5310/71, para. 202-224.

³⁴ C.E.D.H., article 5, para. 2 : « Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ».

³⁵ C.E.D.H., article 5, para. 4 : « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

³⁶ Ct.E.D.H., 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*.

³⁷ Cour suprême des Etats-Unis, *Hamdam c. Rumsfeld*, 548 US 557, 2006.

³⁸ Cour suprême des Etats-Unis, *Boumediene et al. c. Bush et al.*, 553 US 723, 2008.

³⁹ C.D.H., « Report of the Working Group on Arbitrary Detention », 12 décembre 2005.

LA CtEDH n'est pas insensible à ce mouvement du droit international. Dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, la Cour a eu à traiter de la relation entre le DIH et l'article 5 de la CEDH. Elle a alors souligné l'importance portée aux garanties procédurales pour que les mesures de détention puissent satisfaire aux critères de nécessité et de proportionnalité : « Pour que l'Etat contractant puisse être réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 5§4 dans ce contexte, que l' « organe compétent » offre, en matière d'impartialité et d'équité de la procédure, des garanties suffisantes pour protéger contre l'arbitraire »⁴⁰. En outre, la Cour a par exemple jugé qu'un délai de quatorze jours avant que le requérant puisse comparaître devant une autorité judiciaire, ou encore que l'absence d'accès à un avocat et l'impossibilité pour une personne internée de communiquer avec sa famille et ses amis, étaient contraires à la Convention, en dépit d'un recours de l'Etat concerné (la Turquie) au mécanisme de dérogation⁴¹. A travers cette décision, la CtEDH a consacré une approche fondée sur la symbiose entre le deux corpus juridique. Cette nouvelle clef de lecture permet à Cour de conserver sa juridiction sur ces théâtres d'opération, bien qu'elle ait été accusée de dénaturer le texte même de la Convention.

En conclusion, il a été démontré que l'argument fondé sur la principe *lex specialis derogat legi generali* ne doit pas être apprécié comme l'unique prisme de lecture de la relation entre DIDH et DIH. En effet, dans le cadre des CANI, il n'a pas été prouvé dans la pratique que le DIDH devait céder sa place au DIH, ni l'inverse. En conséquence, ces deux corpus ont vocation à s'appliquer parallèlement. L'objet d'étude du prochain et dernier chapitre sera d'étudier comment les normes de DIDH s'appliquent concrètement aux CANI pour prendre en considération les exigences propres à ces situations.

⁴⁰ Ct.E.D.H., jugement de la Grande Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 106.

⁴¹ Ct.E.D.H., 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, Requête No. 21987/93, para. 78, 83 et 84.

CHAPITRE 3 : L'APPLICATION CONCRETE DES NORMES DE DIDH ET DE DIH A LA DETENTION ADMINISTRATIVE

Les développements précédents ont démontré que les obligations de DIDH ont vocation à s'appliquer en temps de conflit armé et extra-territorialement. En outre, leur application n'est remise en cause par une application concurrente du DIH, les deux corpus ayant vocation à s'appliquer simultanément. Le DIDH, en effet, ne peut rejeter totalement l'application de normes de DIH, lesquelles permettent de parvenir à un équilibre fragile entre nécessité militaire et considérations humanitaires.

Il sera désormais utile de s'intéresser à l'application concrète des normes de DIDH dans les situations de conflit armé, en particulier au regard de la jurisprudence des organes institués par les traités de DIDH et, plus particulièrement, de l'arrêt de la CtEDH *Hassan c. Royaume-Uni* (**Section 1**). Il sera ensuite porté une attention plus particulière à l'exemple des forces armées françaises dans le cadre de l'opération Serval au Mali, intégrée désormais dans un espace régional plus large à la faveur de l'opération Barkhane (**Section 2**).

Section 1 : Étude des actes dérivés des organes institués par les traités de DIDH relatifs à la détention administrative dans un conflit armé non-international

Les organes institués par les traités de DIDH sont devenus incontournables en droit international public. Leurs actes relatifs à l'encadrement procédural de la détention administrative en temps de conflit armé non-international feront l'objet d'un premier développement (**paragraphe 1**).

Bien qu'il ne fera pas l'objet d'un approfondissement dans le cadre du présent mémoire, il y a lieu de souligner ici le développement significatif du « *droit mou* », au travers des principes de base pour le traitement des prisonniers de 1990¹ ou du corps de principes pour

¹ A.G.N.U., Résolution 45/11, « Principes de base pour le traitement des détenus », 14 décembre 1990.

la protection de toutes les personnes soumises à toute forme de détention ou d'emprisonnement adoptés en 1988².

A défaut d'une position équilibrée du droit applicable aux détentions administratives entre nécessité militaire et considérations humanitaires, le risque de disparitions forcées de personnes ou d'actes de tortures est plus important. C'est pourquoi le régime procédural ne doit prendre en considération le contexte exceptionnel que représente un conflit armé. La CtEDH a œuvré dans ce sens au travers de son retentissant arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, qui fera l'objet d'un second paragraphe (**paragraphe 2**).

§1- Une position peu favorable à un assouplissement des normes de droit international des droits de l'homme dans un contexte de conflit armé :

L'ensemble des organes institués par les traités de DIDH ont confirmé que les normes d'encadrement de la détention administrative de DIDH demeurent pleinement applicables en temps de CANI. Or, comme nous l'avons vu, une telle application du DIDH ne doit pas nécessairement remettre en cause l'existence du régime minimum du DIH applicable en situation de CANI.

Les organes institués par les traités de DIDH sont les autorités interprétatives des traités. Leurs actes dérivés revêtent une forte valeur persuasive, voir une force obligatoire selon les organes. C'est par exemple le cas des arrêts³ et des arrêts pilotes⁴⁵ de la CtEDH. De plus, la jurisprudence de courts instituées par les traités de DIDH offrent une opportunité de comprendre comment les dispositions de ces traités sont appliquées en pratique et dans quelle mesure elles peuvent être modulées afin de prendre en considération la situation conflit armé.

² A.G.N.U., Résolution 43/173, « Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », 9 décembre 1988.

³ C.E.D.H., article 46.

⁴ Didier TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, PUF, 7^e édition, 2017.

⁵ Règlement de la Ct.E.D.H., article 61.

A l'occasion de ce paragraphe, il s'agira d'étudier la pratique de ces organes, afin de démontrer que la prise en considération du contexte de conflit armé est une réalité ; mais qu'en pratique les assouplissements des normes de DIDH restent limités.

Tout d'abord, il doit être relevé que ces organes prennent en considération le contexte de conflit armé dans leur appréciation des mesures susceptibles de restreindre le droit à la liberté. Ainsi, la notion d'arbitraire est appréciée au regard du contexte et de l'existence d'un CANI. Par exemple, le Comité des droits de l'homme a énoncé que l'article 9, paragraphe 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« PIDCP ») devait être appliqué et interprété selon le contexte⁶. L'existence et la nature d'une urgence publique menaçant la vie de la nation doit être prise en considération dans la détermination du caractère arbitraire d'un internement, mais également dans l'application des standards procéduraux de la procédure d'*habeas corpus*⁷.

Aussi, selon le Comité des droits de l'homme, le PIDCP et le DIH constituent deux corpus juridiques complémentaires et non pas exclusifs⁸. Cela a été confirmé par plusieurs décisions dans lesquelles le Comité a donné pleine application à l'article 9 PIDCP dans des cas de détention administrative durant un CANI⁹. La Commission des droits de l'homme des Nations Unies¹⁰ et le groupe de travail des Nations Unies sur la détention¹¹ ont suivi ce raisonnement. Ces différents organes prennent en considération l'existence de la situation de conflit armé dans leur appréciation du droit applicable à l'espèce.

Toutefois, le Comité des droits de l'homme, dans son application de l'article 9 du PIDCP, laisse une faible marge pour atténuer les obligations découlant de cet article. Par exemple, dans le cadre des mesures de détention administrative prises par Israël¹², le Comité a confirmé qu'indépendamment de la situation, les obligations d'informer les détenus de

⁶ C.D.H., General Comment No. 35, para. 66.

⁷ C.D.H., General Comment No. 35: Article 9, 16 décembre 2014.

⁸ C.D.H., General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 mai 2004.

⁹ C.D.H., 31 juillet 2003, *Sarma c. Sri Lanka* ; 17 janvier 2011, *Traoré c. Côte d'Ivoire*.

¹⁰ C.D.H., « Situation of Detainees at Guantanamo Bay », 27 février 2006.

¹¹ G.T.D.A., 12 juin 2013, *Obaidullah c. Etats-Unis*.

¹² C.D.H., « Concluding Observation: Israel », 21 août 2003 ; C.D.H., « Concluding Observation : Israel », 3 septembre 2010.

façon suffisamment détaillée sur les raisons de leur détention administrative (article 9, paragraphe 2 du PIDCP) et de leur fournir un conseil juridique afin de leur permettre d'examiner la légalité de leur détention (article 9, paragraphe 4 du PIDCP), ne peuvent faire l'objet d'infléchissements. Ces deux obligations doivent donc faire l'objet d'une application stricte selon le Comité des droits de l'homme.

En ce qui concerne la CtEDH, certains auteurs ont affirmé, à la lumière de ses décisions relatives aux conflits turque et tchéchène¹³, qu'elle faisait preuve d'une approche souple des obligations des Etats tirées de l'article 5 de la CEDH. La Cour s'est également saisie de cette question dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* dans lequel elle a eu à examiner la conformité avec la CEDH du régime d'internement mis en place par le Royaume-Uni en Irlande du Nord¹⁴. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé qu'en cas de circonstances exceptionnelles, les raisons justifiant la détention doivent être suffisamment détaillées, et qu'il doit être procédé à un examen de la détention par un organe judiciaire disposant du pouvoir d'ordonner la remise une liberté. Cet examen doit offrir des garanties fondamentales comme le droit à une représentation et de citer des témoins. A l'instar du Comité des droits de l'homme, la CtEDH a donc semblé finalement adhérer, dans un premier temps, à une approche stricte du droit fondamental à la liberté et à la sûreté. A l'occasion du prochain paragraphe, l'on verra qu'elle a toutefois adopté une approche innovante, dans son arrêt récent *Hassan c. Royaume-Uni*.

Aussi, la pratique révèle que certaines exigences centrales de la procédure d'*habeas corpus* sont considérées comme insusceptibles d'être infléchies, y compris dans le cadre d'un conflit armé. En particulier, les motifs fondant l'acte de détention doivent être clairement et explicitement définis, et les raisons justifiant la détention administrative d'un individu doivent lui être communiquées¹⁵. Le détenu peut dès lors introduire une demande d'examen afin de tenter de remettre en cause la décision fondant son internement. Procéder autrement reviendrait à atteinte aux droits issus de l'*habeas corpus*.

¹³ Ct.E.D.H., 28 juillet 1998, *Ergi c. Turquie* ; 24 février 2005, *Isayeva c. Russie* ; 24 février 2005, *Isayeva, Yusupova et Bazayeva c. Russie*.

¹⁴ Ct.E.D.H., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*.

¹⁵ C.N.U.D.H., *Amnesty international c. Soudan*, para. 58.

En outre, l'examen juridictionnel de la légalité de la détention, visant à rendre effectif la procédure d'*habeas corpus*, doit être réalisé par une cour ordinaire, pleinement indépendant et compétent pour ordonner une libération. Aussi la procédure suivie doit offrir des garanties essentielles telles que le droit d'être représenté par un avocat, ou celui de citer des témoins. Cette interprétation est en accord avec le but et l'objet de l'*habeas corpus*, lequel vise à protéger chaque individu de la détention arbitraire ainsi qu'à assurer un contrôle sur la puissance détentrice.

La CIADH, en revanche, en suggérant qu'un contrôle de légalité réalisé par un organe quasi-judiciaire serait suffisant pour assurer le respect l'*habeas corpus*, paraît s'éloigner de la jurisprudence des autres organes.

En conclusion, les organes institués par les traités de DIDH ne semblent admettre aucun assouplissement dans l'application de la procédure d'*habeas corpus* en temps de conflit armé. Bien que la situation de conflit soit prise en considération dans le premier temps de leur raisonnement, le régime procédural demeure applicable de la même façon qu'en temps de paix. Une telle jurisprudence, éloignée de la réalité des exigences pratiques d'une situation de conflit armé, prend le risque de mener à des résultats opposés à ceux recherchés. La CtEDH semble s'être saisie de ce constat dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*.

§2- *L'influence majeure de l'arrêt Hassan c. Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'Homme:*

Au moyen de son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, la CtEDH consacre une jurisprudence fondée sur la coexistence des deux corpus juridiques applicables en temps de conflit armé, le DIH et le DIDH.

L'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* se rapporte à l'arrestation et à la détention administrative d'un irakien en avril 2003 en Irak. L'intervention militaire en Irak à partir du printemps 2003 a déjà fait l'objet de différents arrêts par la Cour¹⁶. Or, à la différence des arrêts *Al-*

¹⁶ Ct.E.D.H., Grande Chambre Section, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. No. 27021/08 et *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07.

Jedda c. Royaume-Uni et *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, les faits à l'origine du contentieux se sont cette fois déroulés au cours de « *la phase d'hostilités actives du conflit* »¹⁷. Ainsi, pour la première fois, la Cour a été amenée à se « *prononcer explicitement sur les interactions entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme* »¹⁸. Cet enjeu a retenu et continue de retenir toute l'attention du ministère français de la Défense dans la mise en œuvre de la CEDH dans le contexte des conflits armés¹⁹.

Dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* de 2011 relative à l'internement d'un civil irakien pendant plus de trois ans dans un camp à Bassorah (sud de l'Irak), la Grande Chambre était parvenue à une condamnation pour violation de l'article 5 de la CEDH sans avoir à trancher cette question délicate.

A- Le recours à un raisonnement symbiotique, indépendant du recours à la clause dérogatoire :

Par principe, l'adoption d'un régime de détention administrative à l'égard de combattants dans un conflit armé est radicalement incompatible avec le texte de l'article 5 de la CEDH. En effet, aucun des motifs de cette disposition ne correspond à ceux qui pourraient s'appliquer à la détention administrative. En 2014, la Grande Chambre le reconnaît, en soulignant d'emblée « qu'une détention décidée en vertu des pouvoirs conférés par les troisième et quatrième Conventions de Genève ne correspond à aucune des catégories énumérées aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 »²⁰. Or, dans cette affaire, la CtEDH n'a pas eu recours à la clause dérogatoire, mais à un raisonnement dit de « coexistence ». La cour s'est en effet fondée sur l'article 31, paragraphes 3(b)²¹ et (c)²² de la convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après « la Convention de Vienne ») afin

¹⁷ Ct.E.D.H., Grande Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, Req. No. 29750/09, para. 71.

¹⁸ Nicolas HERVIEU, « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu », *La Revue des Droits de l'Homme*, 20 octobre 2014.

¹⁹ Voir ainsi le colloque organisé le 22 octobre 2014 à l'École militaire (Paris) et intitulé « Les relations entre le droit international humanitaire et le droit européen des droits de l'homme ».

²⁰ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, Application no. 29750/09, para. 97.

²¹ Convention de Vienne sur l'interprétation des traités, article 31, para. 3 (b) : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

²² Convention de Vienne sur l'interprétation des traités, article 31, para. 3 (c) : « De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

de lire au travers de l'article 5 de la CEDH les motifs et les mécanismes d'examen consacrés à la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (CG IV).

(i) Un raisonnement symbiotique fondé sur la coexistence des normes :

Au regard de l'article 31§3(c) de la convention de Vienne, le processus d'interprétation d'une règle requiert d'examiner non seulement ce qui la constitue en droit international, mais également l'importance qui devrait lui être accordée²³. Ainsi, l'application du principe *lex specialis*, n'est pas la solution idoine pour la résolution de tous les cas de conflits de normes²⁴.

Dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, la CtEDH a donc adopté une approche symbiotique, résumée selon la formule suivante : « la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international dont elle fait partie »²⁵. En effet, « La Convention ne peut s'interpréter dans le vide mais doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante »²⁶. La Cour a ainsi recherché à « réconcilier l'irréconciliable »²⁷ en aménageant le texte conventionnel.

Si de telles formules avaient déjà utilisées dans le passé pour justifier l'enrichissement des garanties conventionnelles²⁸ ou en élargir la portée²⁹, il en allait autrement dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* puisque, cette fois-ci, la CtEDH est parvenue à une solution moins protectrice des personnes détenues. De ce fait, la Cour a refusé l'application du principe *lex*

²³ C.I.J., 6 novembre 2003, *Affaire des plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), para. 61.

²⁴ Daniel PULKOWSKI, *The law and politics of international regime conflict*, OUP, Oxford, 2014

²⁵ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, Application No. 29750/09, para. 102.

²⁶ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 76.

²⁷ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, para. 19.

²⁸ Sur la consécration d'un droit de négociation collective à l'aide de sources extraconventionnelles : v. Ct.E.D.H., Grande Chamnre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Req. No. 34503/97.

²⁹ Sur la reconnaissance d'une interdiction absolue de la peine de mort : CtEDH, 4e Sect. 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Req. No. 61498/08.

specialis, puisqu'« il y avait des raisons particulièrement convaincantes d'interpréter la Convention en harmonie avec le droit international humanitaire »³⁰.

Dans son arrêt, la Grande Chambre a préféré avoir recours à la doctrine de la coexistence. Elle a en effet estimé que « du fait de la coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention, les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève »³¹. Autrement dit, la Cour crée littéralement « *de manière prétorienne un nouveau motif non écrit de privation de liberté* »³², puisque « l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce »³³.

Plus particulièrement, la CtEDH a eu recours à ce raisonnement lorsqu'elle a dû interpréter l'obligation tirée de l'article 5, paragraphe 4³⁴ de procéder à un examen de l'internement par un organe juridictionnel.

La Cour a d'abord noté que l'article 78 de la CG IV requiert la constitution d'un « *organisme compétent* » afin de mener l'examen initial et les examens périodiques de la légalité de la détention. La Cour considère ensuite que « dans le cas d'une détention intervenant lors d'un conflit armé international, l'article 5 §§ 2 et 4 doit être interprété d'une manière qui tienne compte du contexte et des règles du droit international humanitaire applicables. Les articles 43 et 78 de la quatrième convention de Genève disposent que les internements « seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent ». S'il peut ne pas être réalisable, au

³⁰ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 102.

³¹ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 109.

³² Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, para. 18.

³³ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 103.

³⁴ C.E.D.H., article 5 para. 4 : « *Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.* »

cours d'un conflit armé international, de faire examiner la régularité d'une détention par un « tribunal » indépendant au sens généralement requis par l'article 5§4 il faut néanmoins, pour que l'État contractant puisse être réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 5§4 dans ce contexte, que l'« organe compétent » offre, en matière d'impartialité et d'équité de la procédure, des garanties suffisantes pour protéger contre l'arbitraire »³⁵. Sans hiérarchiser les normes de DIDH et de DIH, la Cour a procédé à une lecture conjointe des dispositions pertinentes issues de ces deux corps de règles. De ce fait, les standards du DIH ont été retenus, sans que leur soit imposée la rigidité du standard issu du DIDH.

Néanmoins, la question de la conciliation de l'article 5, paragraphe 4 de la CEDH avec l'absence de mécanisme de révision de la CG III³⁶ demeure, quant à elle, irrésolue.

(ii) Un raisonnement indépendant du recours à la clause dérogatoire :

Sur le fondement de l'article 31§3(b) de la convention de Vienne, la Cour se réfère aux pratiques constantes des États parties à la CEDH. Il ressort de cette pratique constante que ces États ne considèrent pas nécessaire de notifier de dérogation à leurs obligations découlant de l'article 5 de la CEDH lorsqu'ils internement des personnes sur le fondement des troisième et quatrième conventions de Genève au cours de conflits armés internationaux³⁷. La Cour, après avoir constaté que la même chose peut être dite en ce qui concerne la pratique des États sur le terrain du PIDCP, conclut que cette pratique pourrait être interprétée comme établissement un accord des États sur le fait que l'article 5 de la CEDH n'empêche pas les formes d'internement admises par la CG III et de la CG IV³⁸.

Ainsi, l'intention commune des parties à la convention demeure la considération décisive de son raisonnement. Faute d'avoir été utilisée par le passé dans le cadre des conflits armés internationaux, la clause de l'article 15 de la CEDH ne saurait être regardée comme un passage obligé pour les États parties désireux d'obtenir un assouplissement des exigences conventionnelles pour les internements réalisés au cours d'une intervention militaire relevant d'un conflit armé international. La CtEDH accepte donc qu'une pratique étatique

³⁵ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 106.

³⁶ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 5.

³⁷ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 101.

³⁸ *Ibid.*

convergente fonde et justifie une interprétation restrictive des garanties conventionnelles, et non uniquement, comme ce fut le cas par le passé³⁹, pour retenir « *une interprétation plus extensive ou généreuse* » des droits fondamentaux⁴⁰.

Ce raisonnement est cependant remis en question par l'opinion en partie dissidente écrite par le juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva. Selon cette opinion, l'absence de recours au mécanisme de dérogation ne signifie pas nécessairement que l'article 5 CEDH doit céder face au DIH. Par ailleurs, l'absence de recours au mécanisme dérogatoire devrait davantage être appréciée comme une tentative par les Etats d'éviter d'avoir à appliquer la Convention de façon hors de leurs frontières, et non pas comme une volonté de réguler la relation entre DIH et DIDH.

Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* connaît donc lui aussi des imperfections. En outre, la décision prise dans cette affaire a certainement été largement influencée par le contexte politique dans lequel elle a été prise.

B- L'apport de l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* dans des situations de CANI :

Selon certains observateurs, la cour strasbourgeoise a opté pour une « “approche symbiotique”, qui intègre les deux corpus normatifs en appliquant le droit international humanitaire sous le prisme du droit international des droits de l'homme et qui, dans une certaine mesure, mêle ensemble les deux groupes de règles »⁴¹.

³⁹ Ct.E.D.H., 4^e Sect. 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Req. No. 61498/08.

⁴⁰ v. l'opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, para. 13 : « lorsqu'il faut rechercher si une pratique des États satisfait aux critères découlant de l'article 31, §3 b) et modifie donc de façon plausible le texte de la Convention (voir le paragraphe 101 de l'arrêt), il existe une différence fondamentale entre, d'une part, une pratique des États exprimant clairement une volonté concordante, commune et cohérente des États membres de modifier collectivement les droits fondamentaux consacrés dans la Convention vers une interprétation plus extensive ou généreuse de leur portée que celle initialement envisagée et, d'autre part, une pratique des États qui limite ou restreint ces droits, comme en l'espèce, en contradiction directe avec une disposition de la Convention libellée de manière limitative et stricte protégeant un droit fondamental. ».

⁴¹ Edric De KOKER, « A Different Perspective on Hassan v. United Kingdom: A Reply to Frederic Bernard », in Strasbourg Observers, 14 octobre 2014.

Pour d'autres, au contraire, loin de la logique de conciliation menée par la Cour, il s'agit davantage d'une logique de dépendance ou même de capitulation qui semble gouverner les rapports entre droit européen des droits de l'homme et DIH en temps de CAI.

Auparavant, dans la jurisprudence européenne, cette posture conciliatrice conduisait toujours à la préférence des obligations conventionnelles⁴².

Cependant, en termes pratiques, le raisonnement suivi par la CtEDH dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* vise à ne pas priver les parties au conflit de l'outil de la détention administrative, ce qui participe à garantir à la fois l'efficacité des opérations militaires et la sécurité des troupes et des civils. Cet arrêt assure le maintien de l'emprise conventionnelle sur les opérations militaires, jusque dans le contexte d'un tel conflit armé, et confère une effectivité aux garanties dérivées du DIH. En effet, toute violation de ces garanties pourra être sanctionnée par les juridictions nationales en leur qualité de juge de droit commun de la Convention et *in fine*, par la Cour européenne des droits de l'homme en cas de recours.

Toutefois, la Cour semble claire sur la portée de l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, le jugement de la Cour est limité aux CAI : « Ce ne peut être qu'en cas de conflit armé international, lorsque la faculté de prendre des prisonniers de guerre et de détenir des civils représentant une menace pour la sécurité est un attribut reconnu du droit international humanitaire, que l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus »⁴³.

Une telle restriction paraît néanmoins très relative au regard de l'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Serdar Mahamed c. Ministère de la défense* du 2 février 2017 relatif à des faits de détention administrative assimilables à ceux en question dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*. La seule différence entre ces deux affaires réside dans la

⁴² Ct.E.D.H., *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, « l'obligation procédurale découlant de l'article 2 continue de s'appliquer même si les conditions de sécurité sont difficiles, y compris dans un contexte de conflit armé », para. 166.

⁴³ Ct.E.D.H., Grand Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, para. 104.

nature du conflit : CAI pour l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, CANI pour l'affaire *Serdar Mahamed c. Ministère de la défense*.

Dans cette dernière, la Cour suprême a tout d'abord jugé que l'Armée britannique avait le pouvoir de détenir administrativement, pour une période excédant quatre-vingt-seize heures, dans la mesure où cette détention était rendue nécessaire pour d'impérieuses raisons de sécurité sur le fondement de la résolution du Conseil de sécurité.

S'agissant de l'articulation entre l'article 5 de la CEDH et le pouvoir de détenir consacré dans ladite résolution, la Cour a considéré que l'article 5, paragraphe 1^{er} doit être lu comme autorisant la détention sur le fondement de la résolution, même si cette détention ne correspond à aucun des six motifs identifiés dans cette disposition. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'est appuyée sur le raisonnement de l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, en retenant cette fois comme fondement juridique autorisant la détention non pas les Conventions de Genève, mais la résolution du Conseil de sécurité. Ce raisonnement intègre donc le mouvement d'élargissement du champ d'application de la CEDH initié par la CtEDH dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, lequel semble dégager un septième motif sur le fondement duquel il peut être fait recours à un acte de privation de liberté.

En revanche, la Cour suprême a retenu à la majorité que la procédure mise en œuvre pour la détention violait en l'espèce les exigences tirées de l'article 5, paragraphe 4 de la CEDH en raison du fait que les détenus n'étaient pas en mesure de remettre en cause de manière effective la décision de leur internement.

Cette décision de la Cour suprême du Royaume-Uni reflète un engagement général des cours nationales européennes de tester les relations entre les corpus juridiques d'origine nationale, régionale et internationale lorsque leurs forces armées sont engagées dans des opérations extérieures. Un nouvel arrêt de la CtEDH permettrait de clore définitivement le débat relatif à la détention administrative dans le cadre d'opérations extérieures menées

par les Etats parties⁴⁴, en particulier en ce qui concerne les conflits armés non-internationaux.

Section 2 : L'expérience française de la détention administrative au Mali⁴⁵

Cette dernière section a vocation à présenter un éclairage sur les pratiques des forces armées françaises déployées au Mali dans le domaine de la capture et de la rétention d'individus. L'encadrement juridique de ces actes relève du rôle du *Legal Advisor* (ci-après « LEGAD »), c'est-à-dire du conseiller juridique opérationnel, ici dans le cadre de l'opération Serval au Mali (opération lancée en janvier 2013 et qui s'est achevée en juillet 2014), laquelle intégrée à un dispositif régional, l'opération Barkhane, depuis le 1^{er} août 2014.

Comme il l'a été démontré au titre premier, il existe peu de dispositions relatives à la détention administrative dans les CANI en DIH. Or, les forces françaises sont confrontées quotidiennement à des situations impliquant ou nécessitant des captures, ce qui les oblige nécessairement à devoir trouver des solutions pratiques en réponse à cette situation.

Il doit être souligné que la décision a été prise de capturer des individus au Mali, ce qui constitue une évolution notable par rapports aux conflits antérieurs. En effet, en Afghanistan par exemple, les forces françaises ne capturaient pas et ne retenaient pas d'individus, notamment en raison du fait de l'absence d'accord de transfert avec les autorités afghanes. Cette situation était particulièrement difficile à gérer sur le plan opérationnel et dans le cadre de des relations avec les forces alliées. Désormais les opérations de capture, bien qu'encadrées et limitées en volume, sont permises et assumées par le ministère des Armées.

L'on reviendra ici dans un premier temps sur le choix de l'accord de statut des forces comme fondement juridique à la détention administrative (**paragraphe 1**), puis dans un

⁴⁴ Fatima SHAHEED, « UK Supreme Court Judgment on Extra-territorial Detention in Irak and Afghanistan », Just Security, 17 janvier 2017.

⁴⁵ Colloque de l'Ecole militaire, Table ronde 3 « Détention administrative et droit européen des droits de l'homme », Mme le commissaire en chef Nathalie Durhin : « L'application du DIH et du DIDH par les forces françaises : le cas de la rétention au Mali », p. 108. L'ensemble des propos repris dans cette section proviennent de cette intervention.

second temps sur l'application croisée du DIH et du DIDH dans l'encadrement du régime procédural (**paragraphe 2**).

§1- Le recours à un accord de statut des forces comme cadre juridique à la détention administrative :

L'une des raisons majeures pour laquelle la France s'autorise à capturer des individus est 1) d'une part, que la France intervient dans ce pays à la demande des autorités maliennes pour le rétablissement de la souveraineté du Mali sur l'ensemble de son territoire, avec des objectifs communément agréés de lutte contre les groupes armés terroristes et, 2) d'autre part, que la remise des individus capturés aux autorités de ces individus capturés est encadré par un accord intergouvernemental de statut des forces signé entre le Mali et la France le 8 mars 2013⁴⁶. C'est la première fois qu'un accord de transfert est ainsi conclu avec les autorités locales, et cela dans des délais brefs. De plus, le vecteur juridique est original puisque ces accords (dits « SOFA ») servent habituellement à définir les priorités ou privilèges de juridiction, les avantages ou facilités accordés à la force et le règlement des dommages, et non pas à traiter les questions de détention administrative des personnes capturées. En outre, il semble intéressant de préciser que cet accord a été préparé en coordination, dès l'origine, avec le Comité international de la Croix-Rouge.

En particulier, on retiendra, ce qui concerne le sujet de la présente étude, que l'article 10 de l'accord énonce : « La Partie française traite les personnes qu'elle pourrait retenir et dont elle assurerait la garde et la sécurité conformément aux règles applicables du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, notamment le Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) adopté le 8 juin 1977, et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 »⁴⁷.

⁴⁶ Décret n° 2013-364 du 29 avril 2013 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Mali déterminant le statut de la force « Serval », signées à Bamako le 7 mars 2013 et à Koulouba le 8 mars 2013.

⁴⁷ Accord de statut des forces entre le Mali et la République française, *op. cit.*, article 10.

Ainsi, l'encadrement juridique des captures et les phases de détention administrative au Mali constitue une combinaison de DIH (c'est-à-dire de l'article 3 commun et du PA II ,ainsi que de l'application par analogie de certaines garanties applicables aux CAI) et du DIDH (notamment la jurisprudence de la CtEDH). Ces procédures sont pragmatiques et réalistes, et visent à accorder un maximum de garanties aux individus détenus tout au long du processus, de la capture au transfert, en conciliation avec les exigences d'une situation de CANI.

En pratique, les autorités françaises ont décidé de ne transférer les personnes capturées que dans les prisons de la capitale, à Bamako. Pour ce faire, la France s'est basée sur l'analyse faite sur le terrain par le Comité international de la Croix-Rouge et sur les visites réalisées par le LEGAD de l'opération Serval.

Aussi, le transfert des personnes internées n'est pas automatique : les forces françaises peuvent considérer qu'à l'issue de sa capture et de sa détention administrative initiale, l'individu ne présente plus de menace réelle pour la force militaire ou la population civile, et peut en conséquent être relâché. Le Comité international de la Croix-Rouge est pleinement impliqué dans le processus. Il est informé dès le début de la détention et assiste au transfert de la personne détenue. Des photos sont prises et des certificats médicaux lui sont remis. De plus, l'accord de statut des forces prévoit que le LEGAD de l'opération puisse réaliser des visites régulières des personnes transférées dans les prisons maliennes afin de s'assurer de leur bon traitement. Selon la France, les visites se poursuivent jusqu'au jugement des intéressés.

Les remises de personnes détenues sont associées à des garanties données par l'Etat malien, en particulier en ce qui concerne le respect des normes de DIDH applicables aux deux Etats. En effet, la France ne considère pas que sa responsabilité, notamment au regard du DIDH, s'arrête à partir du moment où la personne capturée a été transférée aux autorités locales. Ces garanties sont formalisées et explicitées dans l'accord de statut des forces. Ce dernier permet donc d'assurer un encadrement juridique sur-mesure, puisque ici il s'étend à la remise aux autorités nationales et dépasse ainsi le seul acte de détention administrative. Il est donc vecteur de légalité et d'une protection accrue des personnes détenues.

Enfin, il semble intéressant de préciser ici que, pour des raisons plus politiques que juridiques, l'Armée française a décidé de ne pas capturer les enfants soldat. En principe, il serait juridiquement possible, en temps de CANI, de capturer et de retenir des enfants sur les mêmes fondements que les adultes. Une fois capturés, les enfants doivent toutefois être retenus dans des conditions particulières et séparément des adultes. Au Mali, les consignes données aux forces françaises sont de désarmer, dans la mesure du possible, et de mettre à l'abri du conflit les enfants soldats rencontrés, y compris en cas de situation de combat. Il leur est également demandé de prendre contact avec les autorités maliennes afin d'organiser le transfert de ces enfants à l'UNICEF. Toutefois, il demeure difficile de déterminer l'âge réel des combattants dans des pays, tels que le Mali, dans lesquels un système de carte d'identité ou de passeport n'est pas suffisamment développé. Dans le cas où une incertitude demeure sur l'âge de la personne capturée, il est admis que le doute bénéficie aux enfants.

§2- L'application croisée de normes de DIH et de DIDH :

Dans le cadre de l'opération française au Mali, la capture d'individus est possible uniquement si l'individu pose un problème de sécurité en lien avec le conflit armé, pour la force ou pour les populations civiles. Les personnes capturées sont donc des membres des groupes armés terroristes participant à des actions de combat. Bien que la situation soit un CANI, ces individus sont considérés par analogie comme des combattants, non pas pour les garanties statutaires qui pourraient leur être octroyées, mais dans une optique de possibilité de ciblage. Toutefois, afin de respecter les principes du DIH de nécessité et de proportionnalité, les forces françaises considèrent qu'il est préférable de capturer, dans la mesure du possible, un individu qui constitue une menace, plutôt que de le cibler létalement. De plus, les forces françaises ne peuvent procéder à la capture que lorsque les forces locales, en particulier et surtout l'armée malienne, ne sont pas en mesure de le faire. En effet, la France intervient au Mali à la demande de l'Etat malien, et souhaite que les autorités légitimes du pays retrouvent toutes leurs prérogatives. L'Armée française agit donc en soutien et en coopération avec les forces maliennes, et cherche à les impliquer tant que possible dans la conduite des opérations de lutte contre les groupes armés sur son territoire et, en conséquence, dans les opérations de capture qui participent à faire cesser la menace.

Sur les théâtres d'opération, les conditions des captures sont très encadrées, à la fois par des règles opérationnelles d'engagement et par des procédures opérationnelles. Les règles opérationnelles d'engagement indiquent précisément aux soldats quand ils peuvent ou ne peuvent pas capturer, ainsi que les critères sur lesquels ils peuvent fonder leur action.

A noter que ces règles opérationnelles d'engagement peuvent évoluer en fonction de la situation sur le terrain. Au début de l'opération Serval au Mali, au premier semestre 2013, la situation pouvait être qualifiée de CANI de haute intensité. De ce fait, les règles opérationnelles d'engagement étaient relativement permissives et les conditions de la capture adaptées à la situation de combats intenses. A partir du second semestre 2013, après les élections présidentielles et la remise en selle des autorités maliennes, le conflit a nettement baissé en intensité et les règles opérationnelles d'engagement ont été renforcées afin de prendre en compte l'évolution de la menace et le rôle croissant devant être joué par les autorités locales. En tout temps, cet encadrement avait vocation à prévenir les captures et les détentions administratives arbitraires.

Pour ce faire, les militaires français reçoivent aussi une formation sur les procédures et l'application des critères retenus pour la mise en œuvre des captures, qui sont contrôlés au niveau opérationnel par l'état-major de l'opération, et au niveau stratégique par l'état-major des armées à Paris.

En ce qui concerne la durée de la détention administrative des personnes capturées par les forces françaises, ce sont les normes de DIDH, en particulier celles issues de la CEDH, qui ont servi de guide pour l'élaboration des procédures opérationnelles. Ces procédures prévoient des durées de détention administrative très limitées. A chaque demande de renouvellement de période d'internement, les raisons doivent être précisément explicitées par l'échelon demandeur. Au final, la durée moyenne de rétention des individus dépasse rarement quelques jours (moins d'une quinzaine). Ce faisant, les forces armées françaises ont opté pour une interprétation stricte de la notion de durée raisonnable issue de la jurisprudence de la CtEDH. Dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* du 7 juillet 2011 notamment, la durée de la détention administrative pour laquelle le Royaume-Uni a été condamné par la CtDH était de plus de trois ans.

Pour ce qui est des conditions de détention administrative des personnes capturées, ce sont essentiellement les normes du DIH qui sont mises en œuvre. L'individu est immédiatement informé de son statut et de la raison de sa capture et de la détention administrative qui suivra. Des photographies sont prises en début et en fin de période, pour attester des bons traitements durant cette phase. Dès le jour de la capture, le Comité international de la Croix-Rouge est informé des faits et peut rendre visite à sa convenance à la personne capturée une fois amené dans un lieu adéquat, souvent dans une base française principale. Enfin, les interrogatoires des personnes capturées sont très encadrés, afin que les normes générales des droits de l'homme soient respectées. La torture est prohibée, ainsi que les traitements cruels, inhumains et dégradants. Ainsi, les forces françaises ont tiré les enseignements de certaines condamnations des forces britanniques pour des actes de torture et de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

En conclusion, les captures sont toujours préférables à un ciblage létal, telle est la conclusion dégagée par la pratique de l'Armée française au Mali. Toutefois, les standards contraignants dont fait application la France sont connus des adversaires, qui adaptent à chaque fois leurs postures. En outre, les forces françaises connaissent parfois des divergences d'appréciation avec les autorités locales, qui perçoivent comme terroristes des opposants politiques plutôt que des groupes armés liés à Al-Qaïda au Maghreb islamique par exemple. La France ne capture et ne transfère que des membres de groupes armés qualifiés de terroristes qui posent un problème de sécurité en lien avec le CANI. Ces personnes sont cependant parfois relâchées par les autorités maliennes, lesquelles poursuivent d'autres buts politiques. Les divergences d'appréciation peuvent également porter sur les standards de détention.

Enfin, on remarque que les différentes normes du DIH et du DIDH ont été appliquées sur le terrain par les forces françaises, parfois par analogie, de façon indépendante ou parfois cumulativement. Le DIDH s'applique en même temps que le DIH et, dans la mesure du possible, en prenant en compte les contraintes opérationnelles. En intégrant dans les bonnes pratiques certaines normes de DIDH, la France pourrait ainsi contribuer à faire évaluer le DIH en matière de détention administratives selon les vœux du CICR.

CONCLUSION GENERALE

La recherche d'un fondement juridique et d'un régime procédural associé a été largement influencée par le mouvement débuté après le second conflit mondial, de consécration des droits de l'homme au travers de conventions internationales et régionales. Ces traités ont tous vocations à s'appliquer extra-territorialement et en temps de paix comme de conflit armé. Ainsi en temps de conflit armé, leurs principes viennent se superposer à ceux consacrés en DIH. Il s'agit en particulier au respect du principe de légalité. C'est-à-dire toute restriction de droit, tel celui de la restriction du droit à la liberté que représente la détention administrative doit être autorisée en droit et encadré selon un régime procédural défini. Ainsi, un tel encadrement garanti que la détention administrative n'est pas arbitraire. En outre, dans le cas de l'Armée française, cela participe à légaliser et à légitimer l'action des troupes en dehors du territoire, dans le cadre des opérations extérieures.

Dans le premier temps du raisonnement, nous nous sommes donc tournés vers le DIH, corpus juridique spécifiquement conçu dans la régulation par le droit de la conduite des hostilités afin de rechercher si ce corpus juridique garanti le respect du principe de légalité. Plus précisément, l'attention a été portée sur les CANI. Cette forme de conflit armé s'impose comme étant la nature quasi-exclusive.

Il est vrai que le DIH n'interdit pas la détention administrative dans un CANI, mais les Etats ne peuvent ni se fonder sur le DIH conventionnel ni coutumier pour trouver un fondement autorisant un tel acte. De même aucune règle ne permet de constituer un régime procédural. Il est toutefois possible de dégager une interprétation de l'article 3 commun comme interdisant la détention administrative non-nécessaire au regard du déroulement du conflit. En outre, deux règles de DIH ont été consacrées dans l'Etude sur le droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix-Rouge : interdiction de la détention arbitraire et obligation de libérer le détenu dès que les raisons justifiant l'internement cessent. Des standards et règles minimum qui doivent être pris en considération.

Puis l'argument tiré de l'application par analogie du DIH applicable aux CAI a été rejeté quant au recours au fondement juridique autorisant la détention administrative. En effet, ces fondements reposent sur une approche fondée sur une qualification préalable entre prisonnier de guerre et personnes civiles. Or une telle distinction n'existe pas dans un CANI. S'agissant de la base juridique autorisant la détention administrative, elle doit être trouvée dans un autre instrument. Ensuite, le raisonnement a été mené pour savoir si le régime procédural du DIH applicable aux CAI pourrait être transposable. Seul celui applicable aux personnes civiles semble en adéquation avec les volontés des Etats de ne pas accorder une reconnaissance aux groupes armés et les considérations humanitaires garantissant une protection des personnes détenues. C'est pourquoi, il a été conclu que la CG IV pourrait servir de modèle, pour s'appliquer en temps de CANI.

Enfin, il a fallu rechercher dans quels autres instruments pourraient être fondés l'autorisation de détenir administrativement. Sont apparus les solutions suivantes : une législation nationale, un accord bilatéral (i.e. accord de statut des forces entre la France et le Mali signé le 8 mars 2013) ou une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies. Toutefois, ces solutions ont fait l'objet de critiques et ne garantissent pas de manière satisfaisant l'ensemble des conditions d'application du principe de légalité. C'est pourquoi, il a été démontré l'exigence de la création d'un cadre juridique propre à la détention administrative dans la situation de CANI en DIH. Le modèle de la CG IV pourrait ainsi influencer le régime procédural.

Toutefois, l'influence du DIDH ne se limite pas uniquement à imposer un principe de légalité. Il possède en son sein des dispositions procédurales encadrant la privation de liberté dont la détention administrative. Ces dispositions ont vocation à s'appliquer extra-territorialement et en temps de conflit armé.

Le régime procédural des normes de DIDH ressemble à celui de la CG IV, toutefois des différences majeures persistent. En particulier, l'obligation de mettre en place un organe juridictionnel et non pas seulement un organe administratif comme cela est permis en DIH applicable aux CAI. C'est pourquoi la question de l'interaction entre ces deux corpus DIH (standards et règles minimum) et DIDH est nécessaire.

Il a été démontré que le recours à une application concurrente des deux corpus juridique doit être préféré à l'application du principe *lex specialis derogat legi generali*. En effet, bien que le DIDH dispose d'un régime davantage détaillé que le DIH en matière de CANI. L'application des normes de DIDH serait en pratique irréalisable, du fait de l'imposition d'un seuil d'exigence trop élevé par rapport aux conditions exigeantes d'un conflit armé.

En pratique, il a été souligné que bien que les organes institués par les traités de DIDH prennent en considération le contexte de l'existence d'un conflit armé, ils démontrent une réticence quant à l'assouplissement des exigences du DIDH. L'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* rendu par la CtEDH apparaît ainsi à rebours de ce constat, car la Cour consacre une approche symbiotique des deux corpus juridique. Bien que limité au contexte de CAI, l'arrêt rendu par la Cour suprême du Royaume-Uni *Serdar Mohamed c. Ministère de la Défense* semble rendre possible l'extension dans un CANI. Néanmoins, un arrêt de la CtEDH serait préférable. Il demeure que les actes de détention administrative pratiqués en dehors des frontières par les forces armées françaises devraient donc tomber sous le pouvoir de la CtEDH et participer à garantir leur encadrement juridique tout en conciliant considération humanitaire et efficacité militaire. Des limites sont à souligner, la première concerne le choix de la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies dans l'arrêt *Serdar Mohamed c. Ministère de la Défense* comme fondement juridique implicite. Or dans le corps du mémoire, il a été démontré l'insuffisance de l'allégation d'une telle base. La seconde limite renvoie au caractère asymétrique des obligations supportées par les Etats selon la convention régionale à laquelle ils sont parties.

Au regard de ces limites, il est soutenu et encouragé la création d'un encadrement juridique propre à la détention administrative en temps de CANI. Pour cela, la rédaction d'un protocole additionnel spécifiquement dédié à cette question permettrait d'obtenir un cadre clair, explicite et détaillé du fondement juridique et de son régime procédural. Il demeure qu'un tel projet dépendra de la volonté des Etats. C'est pourquoi, il est ici conseillé de s'appuyer sur la CG IV et l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* comme formant des lignes directrices.

BIBLIOGRAPHIE

Rapports et documents de sources militaires :

Actes du colloque, « Les relations entre le droit international humanitaire et le droit européen des droits de l'homme : quelles perspectives ? », Ecole militaire, Paris, 22 octobre 2014.

- Christine LAZERGES, « Table ronde 1 : L'application de la Convention européenne des droits de l'homme à des situations de conflits armés ».
- Olivier LANDOUR, « Table ronde 3 : Détention administrative et droit européen des droits de l'homme » ; Marco SASSOLI, « Spécificités de la détention administrative en temps de conflits armés et conciliation avec la Convention européenne des droits de l'Homme » ; CRC1 Nathalie DURHIN, « L'application du DIH et du DIDH par les forces françaises : le cas de la rétention au Mali ».

Centre inter-armée de concepts, doctrine et expérimentation, « Gestion des personnes capturées », 2011.

Colloque Droit et OPEX, Intervention de Claire Landais Directrice des Affaires juridiques du ministère de la Défense, Ecole militaire, 2-3 novembre 2015.

HERVIEU Nicolas, Entretien avec Claire Landais, Directrice des affaires juridiques du Ministère de la Défense, Revue des Droits de l'Homme, juillet 2015.

LCL CARIO, « Des prisonniers de guerre aux personnes capturées », mai 2007.

LCL CARIO, « Des personnes capturées en opération », Centre de doctrine, Emploi des forces, 2005.

Operational Law Handbook, 2012.

Report on the practice of administrative detention, Submitted to the UN sub-commission on prevention of discrimination and protection of minorities by Louis Joinet, 1990.

Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims: Geneva, C.I.C.R., 14-26 Avril 1947.

OTAN, Glossaire OTAN des abréviations utilisées dans les documents et publications OTAN.

Ouvrages :

BONIFACE Pascal, *Le cadre juridique des opérations extérieures de la France d'aujourd'hui*, Le seuil, 2008.

BOUCHET-SAULNIER Françoise, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, 2013.

CHOWDHURY Subrata R., *International Humanitarian Law: An Anthology*, 2009.

CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », Extrait du rapport préparé par le C.I.C.R. pour la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, décembre 2003, vol. 86, No. 853, mars 2004.

CICR, « Numéro spécial détention : détention », No. 857, C.I.C.R., 2005.

CICR, *Etude sur le Droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix Rouge*, Genève, règle No. 99, Genève, 2007.

da COSTA Karen, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Brill, Leiden, 2013.

CRAWFORD Emily, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, New York, Oxford University Press, 2010.

CRAWFORD James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, CUP, Cambridge, 2002.

DANILENKO Gennady, *Law Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993.

DEBUF Els, *Captured in War: Lawful Internement in Armed Conflict*, Strasbourg, Pedone, 2013.

DOSWALD-BECK Louise, « Background paper », in Report of the Expert Meeting on the Supervision of Lawfulness of Detention, 2004.

FRICK-GRAMER Vorgehen, *Le Comité international de la Croix-Rouge et les Conventions internationales*, Revue internationale de la Croix-Rouge 1943.

GREEN Leslie C., *The contemporary Law of Armed Conflict*, 3rd edition Manchester University Press, Manchester, 2008.

HENCKAERTS Jean-Marie et DOSWALD-BECK Louise, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I, Bruxelles, 2006.

HENCKAERT Jean-Marie et DOSWALD-BECK Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Genève, C.I.C.R., 2005.

HENCKAERTS Jean-Marie, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, CUP, Cambridge, 2005.

HILL-CAWTHORNE Lawrence, *Detention in non-international armed conflict*, Oxford University Press, 2016.

KOLB Robert et Gloria GAGGIOLI, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

LUBELL Noam, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

MILANOVIC Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, OUP, Oxford, 2011.

MELZER Nils, *Targeted Killing in International Law*, OUP, Oxford, 2008.

MELZER Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, C.I.C.R., Genève, 2009.

NOVOSSELOFF Alexandra, *Le Conseil de sécurité des Nations Unies : Entre impuissance et toute puissance*, Biblis Inédit 137, Paris, 2016.

OPPENHEIM Lassa, *International Law, A Treatise: Volume II, War and Neutrality*, Longmans Green & Co, London, 1906.

PICTET Jean, *Commentary to Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, C.I.C.R., Genève, 1952.

PICTET Jean, *Commentary to Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War*, C.I.C.R., Genève, 1958.

PICTET Jean, *Commentary of the IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, C.I.C.R., Genève, 1958.

PULKOWSKI Dirk, *The law and politics of international regime conflict*, OUP, Oxford, 2014.

ROBERSTON Arthur, *Human Rights in the World*, Manchester University Press, Manchester, 1982.

ROGERS Albert, *Law on the battlefield*, Manchester University Press, Manchester, 2006.

ROUSSEAU Charles, *Le droit des conflits armés*, Pedone, Paris, 1983.

RUDIGER Wolfrum, *Legitimacy in International Law*, Heidelberg, Max-Planck-Institut, 2008.

SIVAKUMARAN Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, OUP, Oxford, 2012.

SANDOZ Yves, SWNARSKI Christophe et ZIMMERMAN Bruno, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, C.I.C.R., Genève, 1987.

SANDOZ Yves, *Commentaire du Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, C.I.C.R./Martinus Nijhoff, Genève, 1987.

SANDOZ Yves, *Commentary on the Additionnal Protocols of 8th June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949*, C.I.C.R., Genève, 1987.

SHAW Malcom, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

de VATTEL Emer, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Carnegie Institution, réimpression, vol. I., Washington D.C., 1916.

Didier TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 7^e édition, Paris, 2017.

de VATTEL Emer, *Le droit des gens ou principes du droit naturel*, 1758, Livre III, Chapitre XVIII.

Articles de doctrine :

AKANDE Dapo, « Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the *Nuclear Weapons advisory Opinion of the International Court* », 68 B.Y.I.L. 165, 1998.

AUGHEY Sean et SARI Aurel, « Targeting and Detention in Non-International Armed Conflict: Serdar Mohamed and the Limits of Human Rights Convergence », 2015.

BARNSBY Robert E., « Yes We Can: The Authority to Detain as Customary International Law », 202 Mil L Rev 53, 2009.

BAXTER Robert, « Ius in Bello Interno: The Present and Future Law », in JN Moore (ed), *Law and Civil War in the Modern World*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974.

BIANCHI Aldo, « Ad-hocism and the Rule of Law », *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 1, 2002.

CHENG Bin, « United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law ? », I.J.I.L., 1965.

C.I.C.R., « Accroître le respect du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux », in *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, 30^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 26-30 novembre 2007, p.47.

CICR, « Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire ? », Prise de position, mars 2008.

COURSIER Henri, « Statut des prisonniers de guerre II », *Droit humanitaire*, C.I.C.R., Genève, 1952.

COURSIER Henri, « Protection des personnes civiles en temps de guerre III », *Droit humanitaire*.

DAVIDSON Tyler et GIBSON Kathleen, « Report of the Expert Meeting on Security Detention in NIAC », C.I.C.R., 2008.

DINGWALL Joanna, « Unlawful Confinement as a War Crime: the Jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the Common Core of International Humanitarian Law Applicable to Contemporary Armed Conflicts », J.C.S.L., 2004.

DÖRMANN Knut, « To What Extent Does International Humanitarian Law provide for the Supervision of the Lawfulness of Detention? », The University Centre for International Humanitarian Law No. 10.

DORMANN Knut, « The Legal Situation of « Unlawful/Unprivileged Combatants », 85 C.I.C.R 45, 2003.

Georges CORN, « Enemy Combatants and Access to *Habeas Corpus*: questioning the Validity of the Prisoner of War Analogy », *Santa Clara J. Intl.*, 2007.

DOSWALD-BECK Louise, « International Humanitarian Law: A Means of Protecting Human Rights in Time of Armed Conflict », *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1, No. 4, 1989.

DUXBURY Alison, « Drawing lines in the Sand – Characterising Conflicts for the purposes of Teaching International Humanitarian Law », *M.I.J.L.*, 2007.

FORTIN Katharine, « Complementarity between the ICRC and the United Nations and International Humanitarian Law and International Human Rights Law », 94 *C.I.C.R.* 1433, 2012.

GARRAWAY Charles, « The Use and Abuse of Military Manuals », *Y.I.H.L.*, 2004.

GOLDMAN Robert K. et TITTEMORE Brian D., « Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights under International Humanitarian and Human Rights Law », *A.S.I.L. Task Force Paper*, 2002.

GOODMAN Ryan, « Rationales for Detention :Security Threats and Intelligence Value », in Schmitt Michael N. (ed), *The War in Afghanistan : A Legal Analysis*, Newport, Naval War College, *International Law Studies*, Vol. 85, 2009.

HAMPSON Françoise, « Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts », in Meyer, Michael A. (ed), *Armed Conflicts and the New Law : Aspects of the 1977 Protocols and 1981 Weapons Convention*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2009.

HENCKAERTS Jean-Marie : « Etude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier : objet, caractéristiques, conclusions et pertinence », *C.I.C.R.*, 2007.

HERVIEU Nicolas, « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 20 octobre 2014.

KALIN Walter, « Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi Occupation », 16 janvier 1992.

KRESS Clauss, « Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed conflicts », 15 *J.C.S.L.* 85, 2009.

ISPEN Laura K., « Combatants and Non-combatants », Fleck, *The Handbook of International Humanitarian Law* (3^e edition), OUP, Oxford, 2013.

De KOKER Edric, « A Different Perspective on Hassan v. United Kingdom: A Reply to Frederic Bernard », in *Strasbourg Observers*, 14 octobre 2014.

LINDROOS Anja, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis* », 74 *Nordic Journal International Law* 27, 2005.

LOPEZ Laura, « Uncivil Wars: The Challenge of Applying International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts », 69 *New York University Law Review* 916, 2014.

MACAK Kubo, « Needle in a Haystack? Locating the Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflict », *Israel's Yearbook of Human Rights*, 2015.

MERON Theodor, « Revival of Customary Humanitarian Law », 99 *A.J.I.L.* 817, 2005.

MILANOVIC Marco, « Extraterritorial Derogation from Human Rights Treaties in Armed Conflict », in N. Bhuta (ed), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, OUP, Oxford, 2015.

OLSON Laura, « Practical Challenges of Implementing the Complementarity between International Humanitarian and Human Right Law – Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-International Armed Conflict », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, 2009.

PEJIC Jelena, « Procedural principles and Safeguards for Internment/administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence », *C.I.C.R.*, 30 juin 2005.

RONA Gabor, « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War of Terror », *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, No. 2, 2003.

SASSOLI Marco, « The International Legal Framework for Stability Operations : When May International Forces Attack or Detain Someone in Afghanistan ? », in Schmitt, Michael N. (ed), *The War in Afghanistan : A legal Analysis*, Newport, Naval War College, *International Law Studies*, Vol. 85, 2009.

SASSOLI Marco, « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law », in Harvard University, *HPCR Occasional Paper Series*, No. 6, 2006.

SASSOLI Marco et OLSON Laura, « The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law where it matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008.

SASSOLI Marco, « The Status of Persons held in Guantanamo under International Humanitarian Law », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004.

SASSOLI Marco, « The Convergence of the International Humanitarian Law of Non-International and of International Armed Conflicts: Dark Side of a Good Idea », in Biaggini, Diggelmann and Kaufmann (ed), *Polis und Kosmopolis*, Zürich, 2015.

SASSOLI Marco, « *Ius ad Bellum* and *Jus in bello*: The separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated ? », in Schmitt, Michael N. (ed), *International Law and Armed Conflict : Exploring the Faultlines*, Leiden, 2007.

Fatima SHAHEED, « UK Supreme Court Judgment on Extra-territorial Detention in Irak and Afghanistan », *Just Security*, 17 janvier 2017.

SOREL Jean-Marie, « 1969 Vienna Convention, Article 31 : General Rule of Interpretation », in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary, Volume I*, OUP, Oxford, 2011.

SIVAKUMARAN Sandesh, « Courts of Armed Opposition Groups: Fair Trials or Summary Justice? », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 3, 2009.

SIVAKUMARAN Sandesh, « Lessons for the Law of Armed Conflict from Commitments of Armed Groups: Identification of Legitimate Targets and Prisoners of War », 93 C.I.C.R. 463, 2011.

SIMMA Bruno, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », 1994, 250 *Recueil des Cours* 325.

STEWART James G., « Toward a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict », 2003, C.I.C.R.

SUTER Keith, « An enquiry into the meaning of the phrase “human rights in armed conflict” », in *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. 15, No. 3–4, 1976.

VERDIRAME Guglielmo, « Human Rights in Wartime: A Framework for Analysis », 2010, 6 E.H.R.L.R. 689.

WINKLER Thomas, « The Copenhagen Process on Detainees: A Necessity », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, No. 4, 2009.

Conventions internationales :

Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907.

Conventions de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, 12 août 1949.

Convention de Genève relative à la protection des prisonniers de guerre, Genève, 12 août 1949.

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, Genève, adopté le 8 juin 1977 par la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, entré en vigueur le 7 décembre 1978.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, Genève, adopté le 8 juin 1977 par la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, entré en vigueur le 7 décembre 1978.

Statut de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998, entré en vigueur 1^{er} juillet 2002.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, adopté par l'AGNU le 16 décembre 1966, entré en vigueur 23 mars 1976.

Processus de Copenhague sur le traitement des détenus dans les opérations militaires internationales : Principes et directives, Copenhague, octobre 2012.

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée par l'AGNU le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

Textes juridiques français :

Constitution de la République française, 4 octobre 1958.

Décret n° 2013-364 du 29 avril 2013 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Mali déterminant le statut de la force « Serval », signées à Bamako le 7 mars 2013 et à Koulouba le 8 mars 2013.

Jurisprudence de cours internationales :

Cour permanente de Justice internationale/Cour internationale de Justice :

CPJI, arrêt, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*.

CPJI, avis consultatif, 22 septembre 1927, *Compétence des tribunaux Dantzig*.

CII, arrêt, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*.

CII, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

CII, arrêt, 12 décembre 1996, *Affaire des plate-formes pétrolières (République islamique d'Iran v. Etats-Unis d'Amérique)*.

CII, ordonnance, 1er juillet 2000, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda), demande en indication de mesures conservatoires*.

CII, arrêt, 6 novembre 2003, *Affaires des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis)*.

CII, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Recueil 2004*.

CII, arrêt, 19 décembre 2005, *République Démocratique du Congo c. Ouganda*.

CIJ, 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal).

Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie :

TPIY, 2 octobre 1995, *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A.

TPIY, 25 juin 1999, *Procureur c. Zlatko Aleksovki*, IT-95-14/1.

TPIY, 3 mars 2000, *Procureur c. Blaskic*, Aff. IT-95-14-T.

TPIY, 20 février 2001, *Procureur c. Zejnil Delalic*, IT-96-21-T.

TPIY, 15 mars 2002, *Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-T.

TPIY, 22 juillet 2005, *Procureur c. Fatmir Limaj et al*, TPIY-03-66.

TPIY, 30 novembre 2005, *Procureur c. Limaj et al.*, IT-03-66-T.

TPIY, 5 mai 2009, *The Procureur c. Mile Mrksic et autres*, IT-95-13/1-A.

Jurisprudences nationales :

Jurisprudence des juridictions du Royaume-Uni :

Queen's Bench, 2014, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defense*, No. 1369.

Cour suprême du Royaume-Uni, 17 janvier 2017, *Serdar Mohammed c/ Ministère de la Défense*.

Jurisprudence des juridictions des Etats-Unis :

US District Court for the Northern District of Georgia, 2002, *Kemal Mehinovic et al v. Nikola Vuckovic*.

Cour suprême des Etats-Unis, 2008, *Boumediene et al. c. Bush et al*, 553 US 723.

Cour suprême des Etats-Unis, 2006, *Hamdam c. Rumsfeld*, 548 US 557.

Jurisprudence des organes institués par les traités de DIDH

Comité des droits de l'homme des Nations Unies :

CDH, 21 juillet 1981, *Lopez Burgos c. Uruguay*.

CDH, 2 avril 1990, *Torres c. Finlande*.

CDH, 26 mai 2004, Observation générale No. 31.

CDH, « Report of the Working Group on Arbitrary Detention », 12 décembre 2005.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme :

HCDH, 30 juin 1982, Observation générale No. 8 : Droit à la liberté et la sécurité de la personne.

HCDH, 24 février 1984, *A c. Australie, C c. Australie*.

HCDH, 2 avril 1990, *Torres c. Finlande*, No. 291/1988.

HCDH, 6 août 2003, *Baban et al. c. Australie, Communication*, No. 1014/2001.

HCDH, 25 octobre 2012, General comment No. 35 - Article 9: Liberty and Security of person of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Groupe de travail sur la détention arbitraire :

Groupe de travail sur la détention arbitraire, *Annual Report 2005*.

Groupe de travail sur la détention administrative et Rapporteurs spéciaux, *Situation of Detainees at Guantanamo Bay*, 2006.

Groupe de travail sur la détention arbitraire, « Deliberation No. 9 Concerning the Definition and Scope of Arbitrary Deprivation of Liberty under Customary International Law », in Human Right Council, « Report of the Working Group on Arbitrary Detention », 24 décembre 2012.

Jurisprudence des cours régionales de droits de l'homme :

Commission et cour inter-américaine des droits de l'homme :

CIADH, « Third Report on the Human Rights Situation in Colombia », 26 février 1999.

CIADH, 1999, *Coard c. Etats-Unis*.

CtIADH, 3 mars 1987, *Nativi et Martinez c. Honduras*.

Cour européenne des droits de l'homme :

CtEDH, Grande Chambre, 1976, *Chypre c. Turquie*, Req. No. 6950/75.

CtEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Req. No. 5310/71.

CtEDH, Grande Chambre, 21 février 1990, *Van der Leer c. Pays Bas*, Req. No. 11509/85.

CtEDH, Grande Chambre, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Req. No. 22414/93.

CtEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, Requête No. 21987/93.

CtEDH, Grande Chambre, 28 juillet 1998, *Ergi c. Turquie*.

CtEDH, Grande Chambre, 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, Req. No. 24069/03.

CtEDH, 24 février 2005, *Isayeva, Yusupova et Bazayeva c. Russie*.

CtEDH, Grande Chambre, 23 janvier 2007, *Cetinkaya et Caglayan c. Turquie*, Req. No. 19866/04.

CtEDH, Grande Chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Req. No. 34503/97.

CtEDH, Grande Chambre, 8 janvier 2009, *Khudyakova c. Russie*, Req. No. 13476/04.

CtEDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*.

CtEDH, 4e Sect. 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Req. No. 61498/08.

CtEDH, Grande Chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, Req. No. 3394/03.

CtEDH, Grande Chambre, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. No. 27021/08.

CtEDH, Grande Chambre, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, Req. No. 30078/06.

CtEDH, Grande Chambre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. No. 27765/09.

CtEDH, Grande Chambre, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, Req. No. 10593/08.

CtEDH, 4e Sect., 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, Req. No. 28761/11.

CtEDH, Grande Chambre, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, Req. No. 29750/09.

CtEDH, Guide on Article 5 : Right to Liberty and Security : « le but de l'article 5 est d'assurer que personne ne soit privé de sa liberté d'une manière arbitraire ».

Résolution des Nations Unies :

Conseil de sécurité des Nations Unies :

CSNU, Résolution 237, 1967.

CSNU, Résolution 827, 25 mai 1993, (Statut du Tribunal Pénal pour l'Ex-Yougoslavie).

CSNU, Résolution 955, 8 novembre 1994, (Statut du Tribunal Pénal pour le Rwanda).

CSNU, Résolution 1546, 8 juin 2004.

CSNU, Résolution 1546, 2004.

CSNU, Résolution 2100, 2013 (Mali).

CSNU, Résolution 2120, 10 octobre 2013.

CSNU, Résolution 2139, 2014 (Syrie).

CSNU, Résolution 2095, 2013 (Libye).

CSNU, Résolution 2227, 2015 (Mali).

Assemblée générale des Nations Unies :

AGNU, Résolution 804, 1953 (Corées).

AGNU, Résolution 2675, 1970.

AGNU, résolution 43/173, « Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », 9 décembre 1988.

AGNU, résolution 45/11, « Principes de base pour le traitement des détenus », 14 décembre 1990.

AGNU, Résolution 55/116, 2000 (Soudan).

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	2
TABLES DES ABREVIATIONS.....	3
SOMMAIRE.....	4
INTRODUCTION GENERALE.....	5
Section 1 : La détention administrative, un instrument militaire stratégique.....	5
Section 2 : Le recours au DIH, un corpus spécifiquement conçu dans l'encadrement juridique de la conduite des hostilités	9
Section 3 : L'étude de la légalité de la détention administrative sous l'influence du DIDH.....	17
 Titre I ^{er} : La recherche en droit international humanitaire d'un encadrement juridique propre à la détention administrative en cas de conflit arme non-international.....	21
CHAPITRE 1 : LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, UNE SOURCE INSUFFISANTE POUR L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT ARME NON-INTERNATIONAL.....	23
Section 1 : L'absence de règles procédurales propres à l'internement en temps de conflit armé non international en droit international humanitaire.....	23
Section 2 : Etude des règles substantielles de DIH	33
CHAPITRE 2 : LE CARACTERE INADAPTE DE LA TRANSPOSITION PAR ANALOGIE DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE APPLICABLE A LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN SITUATION DE CONFLIT ARME INTERNATIONAL.....	43
Section 1 : La difficile transposition aux CANI du fondement de la détention administrative issu du droit international humanitaire applicable aux CAI :.....	44
Section 2 : Etude de la transposition par analogie des régimes procéduraux des Conventions de Genève III et IV au cas des CANI.....	54

CHAPITRE 3 : LA RECHERCHE D'AUTRES INSTRUMENTS POUR FONDER LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN CAS DE CONFLIT ARME NON- INTERNATIONAL.....	67
Section 1 : Les options palliatives à la défaillance du droit international humanitaire dans l'encadrement juridique de la détention administrative	67
Section 2 : La recherche d'un cadre juridique transversal de la détention en droit international humanitaire.....	76
Titre II : Une application parallèle nécessaire du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire a la détention administrative en cas de conflit arme non-international	86
CHAPITRE 1 : L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DIDH AU CAS DE LA DETENTION ADMINISTRATIVE EN SITUATION DE CONFLIT ARME NON- INTERNATIONAL.....	88
Section 1 : L'applicabilité extraterritoriale du droit international des droits de l'homme en temps de conflit armé	88
Section 2 : Les normes de droit international des droits de l'homme relatives à la détention administrative	94
CHAPITRE 2 : LA MISE EN ŒUVRE PARALLELE DES REGIMES PROCEDURAUX APPLICABLES DU DIDH ET DU DIH EN MATIERE DE PRIVATION DE LIBERTE.....	103
Section 1 : Etude des principes régissant l'application concurrente du DIDH et du DIH en matière de détention administrative.....	103
Section 2 : Un recours quasi-impossible aux clauses dérogatoires du DIDH	114
CHAPITRE 3 : L'APPLICATION CONCRETE DES NORMES DE DIDH ET DE DIH A LA DETENTION ADMINISTRATIVE.....	118
Section 1 : Étude des actes dérivés des organes institués par les traités de DIDH relatifs à la détention administrative dans un conflit armé non-international	118
Section 2 : L'expérience française de la détention administrative au Mali.....	130
CONCLUSION GENERALE	136
BIBLIOGRAPHIE	139
TABLE DES MATIERES.....	151