

CHRISTIANE SHIELDS DELESSERT: RELEASE AND REPATRIATION OF PRISONERS OF WAR AT THE END OF ACTIVE HOSTILITIES¹.

L'ouvrage de Christiane Shields Delessert sur la libération et le rapatriement des prisonniers de guerre à la fin des hostilités actives constitue une analyse détaillée de l'article 118, alinéa 1, de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.

Les prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives.

On peut s'étonner qu'un aussi petit nombre de mots fasse l'objet d'un commentaire de cette importance. Cet étonnement n'est pas fondé. En effet, l'article 118, alinéa 1, soulève deux questions difficiles pour le juriste et dont la solution est d'une importance vitale pour les captifs:

- a) comment doit-on interpréter les termes: « fin des hostilités actives » ?
- b) l'article 118, alinéa 1, impose-t-il à la Puissance détentrice l'obligation de rapatrier — au besoin par la force — les prisonniers de guerre qui refuseraient de retourner dans le pays dont ils sont originaires ?

*

Avant d'aborder ces deux questions, l'auteur s'attache à retracer le développement du statut des prisonniers de guerre. Suivons-le dans cette voie.

La première partie de l'ouvrage est une étude historique du droit de la captivité. A travers l'examen de la doctrine et des clauses pertinentes des traités de paix, l'auteur dégage la pratique des Etats et le développement progressif du statut des prisonniers de guerre. Ce statut est une

¹ Christiane Shields Delessert: *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, A Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Préface du Professeur Richard R. Baxter, Harvard Law School, Etudes Suisses de Droit international, vol. 5, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1977, XIV et 225 pages.

conséquence de l'apparition de l'Etat-nation, entre le XVI^e et le XVIII^e siècle.

Jusqu'alors, la notion de « guerre juste » prévalait; l'ennemi capturé était traité en criminel; son sort n'était pas enviable; seule la perspective d'une bonne rançon pouvait, de cas en cas, mettre un frein à la cruauté du capteur.

Avec l'apparition d'une pluralité d'Etats égaux et indépendants, la guerre cesse d'apparaître comme le moyen de faire triompher le bon droit; elle n'est plus considérée que comme moyen — au demeurant fort imparfait — de régler les différends entre Etats souverains; aucune Partie ne peut accaparer le droit; l'ennemi capturé n'est plus traité en criminel.

Le développement de l'Etat-nation entraîne également l'abolition de la guerre privée; la guerre est un acte du prince; le soldat n'est que l'agent du souverain, dont il exécute les ordres; il ne peut être tenu pour responsable des actes de guerre.

On voit ainsi se dégager une nouvelle conception de la captivité: la détention cesse d'apparaître comme un châtement pour n'être plus qu'un moyen d'empêcher l'ennemi qui s'est rendu de reprendre les armes contre son capteur. Le retour de la paix met un terme à la captivité. Ce principe apparaît dans la pratique des Etats avec les traités de Westphalie (1648); il est consacré dans le Règlement de La Haye de 1907.

Cependant, les deux guerres mondiales ont fait apparaître une nouvelle difficulté: d'interminables délais ont séparé les accords d'armistice des traités de paix (lorsque les traités de paix ont bien été conclus; ce ne fut pas toujours le cas); était-il acceptable de subordonner la libération des prisonniers de guerre à la conclusion de la paix, au risque de prolonger indéfiniment une captivité qu'aucune nécessité militaire ne pouvait plus justifier?

La Convention de Genève de 1929 n'avait apporté à cette question qu'une solution très imparfaite. En revanche, la Conférence diplomatique de 1949 adopta une disposition radicalement nouvelle en subordonnant le terme de la captivité, non plus à la conclusion de la paix, mais à la fin des hostilités actives.

On aboutit ainsi à l'article 118, alinéa 1.

*

La seconde partie de l'ouvrage vise l'interprétation des termes « fin des hostilités actives ».

Les circonstances historiques fournissent un élément d'interprétation: aucun traité de paix n'avait mis fin à la Seconde Guerre mondiale;

cependant, l'effondrement de l'Axe était total; la reprise des hostilités était exclue; pourtant, quatre ans après la capitulation de l'Allemagne et du Japon, des centaines de milliers de captifs attendaient encore d'être rapatriés. La Conférence de 1949 adopta une disposition propre à prévenir la répétition d'une situation analogue.

Or, les conflits survenus depuis 1949 ont fait apparaître une situation que la Conférence diplomatique n'avait pas envisagée: en Corée, au Cachemire, au Moyen-Orient, les accords d'armistice mettant fin aux opérations militaires ne permettaient pas d'exclure la reprise éventuelle des hostilités; ils n'ont fait que « geler » une situation précaire. L'article 118, alinéa 1, est-il applicable à ces situations de « ni guerre ni paix » ? En d'autres termes, comment déterminer la probabilité d'une reprise des hostilités ?

Pour répondre à cette question, l'auteur analyse tout d'abord la nature d'un accord d'armistice; il en ressort que la conclusion d'un accord d'armistice (ou de cessez-le-feu, car la terminologie n'a pas de pertinence) ne conduit pas nécessairement au rétablissement d'une situation de paix, quelles que soient les dispositions de cet accord. C'est à des facteurs objectifs qu'il convient de se référer: l'absence d'opérations militaires ou d'incidents frontaliers, les rapports éventuels d'organisations telles que les Nations Unies, attestant le calme de la situation, sont des facteurs qui traduisent la volonté des Parties de mettre fin au conflit armé.

L'auteur suggère que si ces facteurs subsistent pendant une période de six mois, l'on doit conclure que les hostilités actives ont pris fin. L'article 118, alinéa 1, est alors applicable: chaque Partie a l'obligation de rapatrier les prisonniers qu'elle détient. En revanche, si l'on ne peut exclure la reprise ultérieure des opérations militaires, les Parties au conflit n'ont pas l'obligation de rapatrier les prisonniers qu'elles détiennent.

Mais, dans ce cas, une nouvelle difficulté apparaît: un état d'hostilité latente, ponctué d'incidents violents, d'incursions et de raids, peut se prolonger indéfiniment. La détention des prisonniers de guerre, durant de nombreuses années, irait clairement à l'encontre des buts humanitaires de la Convention de Genève.

Pour surmonter cette difficulté, l'auteur propose d'établir une règle nouvelle visant à limiter la durée totale de la captivité; cette règle prendrait comme référence, non pas la fin des hostilités, mais le début de la détention. Un terme de deux ans pourrait être envisagé; en effet, l'expérience semble montrer qu'après deux années de captivité, l'aptitude physique et psychologique d'un soldat est sérieusement diminuée, de telle sorte que la prolongation de sa détention n'est pas justifiée.

*

La troisième partie de l'ouvrage concerne la situation des prisonniers de guerre qui refuseraient d'être rapatriés dans le pays dont ils sont originaires.

Cette situation s'est présentée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et lors du conflit de Corée. Dans le premier cas, les Puissances occidentales ont rapatrié par la force d'anciens prisonniers soviétiques qui s'opposaient à leur retour en URSS; dans le second cas, en revanche, le principe du libre choix des prisonniers de guerre a prévalu.

L'article 118, alinéa 1, autorise-t-il la Puissance détentrice à prendre en considération la volonté des prisonniers de guerre qui s'opposeraient à leur rapatriement, ou impose-t-il à cette Puissance l'obligation de rapatrier, au besoin par la force, tous les prisonniers qu'elle détient?

M^{me} Shields Delessert expose en détail les arguments qui ont été avancés en faveur de l'une et l'autre thèses; elle conclut en se fondant essentiellement sur les actes de la Conférence de 1949. En effet, la délégation autrichienne avait déposé un projet d'amendement visant à autoriser la Puissance détentrice à tenir compte du libre choix des prisonniers de guerre; la Conférence rejeta cet amendement, essentiellement par crainte d'affaiblir la portée de l'article 118 et d'ouvrir la voie à toute sorte d'abus; on pouvait en effet imaginer le cas où une Puissance détentrice exercerait des pressions pour amener les prisonniers de guerre à s'opposer à leur rapatriement et se soustrairait, par l'octroi d'un prétendu asile politique, aux obligations découlant de l'article 118. On doit en conclure que la Conférence diplomatique a écarté en connaissance de cause la possibilité de tenir compte du libre choix des prisonniers de guerre; l'article 118, alinéa 1, impose donc à la Puissance détentrice l'obligation de rapatrier, au besoin par la force, les prisonniers qu'elle détient.

Néanmoins, cette conclusion est difficilement conciliable avec les buts humanitaires de la Convention. Aussi l'auteur propose-t-il une nouvelle rédaction de l'article 118, qui autoriserait les Parties au conflit à se mettre d'accord pour déroger à l'obligation de rapatrier tous les prisonniers de guerre. Afin d'éviter que les captifs ne soient soumis à des pressions inadmissibles de la part de la Puissance détentrice, il serait souhaitable qu'un tiers (organisme impartial ou commission formée des représentants de trois Etats neutres) soit chargé de constater le libre choix des prisonniers de guerre.

A titre exemplaire, l'auteur propose le texte d'un accord type concernant les prisonniers de guerre qui refuseraient d'être rapatriés dans le pays dont ils sont originaires; un tel accord pourrait être annexé à la Troisième Convention de Genève.

*

L'ouvrage de M^{me} Shields Delessert représente sans aucun doute une contribution importante à une meilleure connaissance du droit humanitaire; l'auteur propose des solutions à deux questions particulièrement délicates, dont l'importance dépasse de beaucoup le simple intérêt académique.

Nous devons cependant avouer que nous n'avons pas été convaincu par l'interprétation des termes « fin des hostilités actives » donnée dans la seconde partie de l'ouvrage. On peut en effet se demander si l'auteur n'attache pas une importance excessive aux circonstances historiques prévalant au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et cela au détriment de l'interprétation littérale de l'article 118, alinéa 1.

On pourrait en effet avancer l'argument suivant: si la Conférence de 1949 entendait limiter l'application de l'article 118, alinéa 1, aux cas où l'on pouvait raisonnablement exclure une reprise ultérieure des hostilités, elle devait le dire; comme elle n'a assorti l'article 118, alinéa 1, d'aucune qualification, on doit conclure que l'obligation de rapatrier les prisonniers de guerre s'applique dès que les opérations militaires sont interrompues par un accord d'armistice ou de cessez-le-feu de durée indéterminée, à l'exclusion de toute autre considération; une autre interprétation des termes « fin des hostilités actives » aurait pour effet de conférer aux Parties au conflit une liberté d'appréciation que la Conférence de 1949 n'entendait pas leur accorder.

Nous ne prétendons pas trancher ici entre deux interprétations dont l'une fait un large appel aux circonstances entourant la rédaction de l'article 118, alinéa 1, et dont l'autre se fonde essentiellement sur le texte même de cet article.

Au demeurant, notre propos n'est pas de faire la critique de l'étude de M^{me} Shields Delessert, mais bien plutôt de rendre compte d'un ouvrage qui est le fruit d'une recherche approfondie, qui contient une moisson de renseignements extrêmement utiles sur le droit de la captivité et qui mérite de retenir l'attention de tous ceux qui ont un intérêt pour le développement et l'application du droit humanitaire.

F. Bugnion