

NOTE

Le renforcement du DIH protégeant les personnes privées de liberté : principaux aspects des consultations et des discussions depuis 2011

Tilman Rodenhäuser

Tilman Rodenhäuser est conseiller juridique à la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge, à Genève. Il a pris la tête de ce projet à la suite de Ramin Mahnad, qui l'a dirigé de 2012 à 2015 et qui est l'auteur de la plupart des rapports du CICR cités ci-dessous.

Traduit de l'anglais

Résumé

La protection des personnes privées de liberté en relation avec des conflits armés non internationaux (CANI) constitue l'un des principaux sujets qui nécessite un renforcement du droit international humanitaire (DIH). Alors que les Conventions de Genève contiennent plus de 175 règles très détaillées régissant la privation de liberté dans les conflits armés internationaux dans presque tous ses aspects, il n'existe pas de régime juridique comparable dans les CANI. Depuis 2011, les États et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont cherché ensemble comment renforcer le DIH afin d'améliorer la protection des personnes privées de liberté. De 2011 à 2015, le CICR a organisé des consultations afin d'identifier diverses options et de formuler des recommandations en vue de renforcer la protection des détenus en relation avec un conflit armé ; depuis 2015, l'objectif du processus a été recentré sur l'élaboration d'un ou plusieurs documents finaux concrets et faciles à mettre en œuvre. La présente note rappelle la nécessité de renforcer la protection juridique des détenus dans le cadre d'un CANI et présente les grandes étapes du processus visant à renforcer le DIH qui a été conduit ces dernières années.

Mots clés : détention, renforcement du DIH protégeant les personnes privées de liberté, Résolution 1, Conférence internationale, internement, transferts de détenus, conflit armé non international, CICR.



Introduction

Depuis 2011, les États et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont travaillé ensemble sur les moyens permettant de renforcer le droit international humanitaire (DIH) protégeant les personnes privées de liberté. De 2011 à 2015, le CICR a organisé des consultations afin d'identifier diverses options et de formuler des recommandations en vue de renforcer la protection des détenus en relation avec un conflit armé ; depuis 2015, l'objectif du processus a été recentré sur l'élaboration d'un ou plusieurs documents finaux concrets et faciles à mettre en œuvre.

Ces efforts pour renforcer le DIH protégeant les détenus, en particulier dans les conflits armés non internationaux (CANI), traitent d'une question humanitaire majeure. Dans les conflits armés, la privation de liberté est une réalité. La détention rend les individus vulnérables puisqu'ils sont tributaires de la puissance ou de l'autorité détentrice pour leurs besoins essentiels. D'un point de vue juridique, la protection des personnes privées de liberté est particulièrement importante dans les CANI car la protection offerte aux détenus par le DIH dans ce type de conflit a besoin d'être clarifiée et renforcée.

Entre 2011 et 2016, le nombre de détenus visités par le CICR est passé de 540 000 à près d'un million¹. Le CICR visite les détenus dans diverses situations et la majorité des personnes visitées ne sont pas détenues pour un motif en relation avec un conflit armé. Les visites aux détenus permettent au CICR d'avoir une approche unique des conséquences humanitaires, souvent importantes, de la privation de liberté tout en confrontant l'organisation à divers défis, tant sur le plan de la protection que sur le plan juridique. Si la protection des détenus pose des problèmes variables selon chaque situation, les conflits armés aggravent souvent les besoins et les défis humanitaires. Indépendamment de qui est à l'origine de ces privations de liberté et quel que soit le lieu de détention, les détenus sont, bien trop souvent, victimes d'exécutions sommaires, de disparitions forcées, d'actes de torture ou d'autres formes de mauvais traitements. De même, le CICR constate régulièrement que les personnes sont détenues dans des conditions inadéquates, manquant de nourriture, d'eau, de vêtements, de logement, de sanitaires ou d'un accès adéquat aux soins de santé. Elles ne sont pas correctement enregistrées ou sont privées de contacts avec le monde extérieur. De la même façon, les besoins spécifiques de certaines catégories de détenus, comme les enfants, les femmes ou les personnes âgées, ne bénéficient pas

1 L'augmentation constante du nombre de personnes auxquelles le CICR rend visite sur leurs lieux de détention apparaît dans les rapports annuels du CICR pour la période 2011-2016, disponibles sur : <https://www.icrc.org/en/annual-report> (toutes les références internet ont été vérifiées en juillet 2019).

toujours d'une réponse adéquate². L'incertitude quant aux motifs, à la durée de la détention mais aussi aux garanties procédurales, peut provoquer, tant chez les détenus que pour leurs familles, une angoisse profonde³. En outre, dans les conflits récents, les transferts de détenus d'une autorité à une autre ont exposé certains d'entre eux à un risque élevé de violation de leurs droits fondamentaux, allant de la persécution pour divers motifs, à la torture et à la privation arbitraire du droit à la vie⁴.

Dans de nombreux cas, le traitement inhumain des détenus est dû à l'ignorance ou à l'incapacité à mettre en œuvre le droit en vigueur. Dans d'autres cas, l'absence d'infrastructures et de ressources adéquates fait obstacle à la mise en place d'un régime de détention satisfaisant. En outre, dans une étude de 2011 sur le renforcement de la protection juridique des victimes de conflits armés, le CICR a souligné que « le manque de normes juridiques applicables – en particulier dans les conflits armés non internationaux – est un obstacle tout aussi important pour la sauvegarde de la vie, de la santé et de la dignité des personnes détenues⁵ ». En effet, si, pour les conflits armés internationaux (CAI), les Conventions de Genève contiennent plus de 175 dispositions régissant la détention dans presque tous ses aspects, il n'existe pas de régime comparable pour les CANI⁶. C'est pourquoi et en application de la résolution 1 adoptée par la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale), le CICR a organisé, entre 2012 et 2015, un large processus d'évaluation et de consultations sur les moyens de renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté. Lors de la XXXII^e Conférence internationale, les participants ont recommandé de poursuivre les travaux de fond

en vue d'élaborer un ou plusieurs documents finaux, non contraignants, concrets et faciles à mettre en œuvre, sous toute forme appropriée, dans le but de renforcer les protections prévues par le droit international humanitaire et de faire en sorte que cette branche du droit reste pratique et pertinente, s'agissant de la protection des personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé, en particulier un conflit armé non international⁷.

Lors de la XXXII^e Conférence internationale, la décision des États, obtenue par consensus, de poursuivre les travaux de fond sur le renforcement du DIH protégeant les personnes privées de liberté est intervenue à point nommé et était importante pour trois raisons au moins.

2 Pour une analyse complète des préoccupations humanitaires à propos des conditions de détention et des personnes ayant des besoins spécifiques, voir CICR, « Strengthening Legal Protection for Persons Deprived of their Liberty in relation to Non-International Armed Conflict: Regional Consultations 2012 », Document d'information, 2013, pp. 6-7, disponible sur : www.icrc.org/eng/assets/files/2013/strengthening-legal-protection-detention-consultations-2012-2013-icrc.pdf.

3 *Ibid.* pp. 10-11.

4 *Ibid.* p. 15.

5 CICR, *Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés*, Genève, 2011, p. 8 et s., disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-5-1-1-report-strength-ihl-fr.pdf>.

6 Pour une analyse plus détaillée, voir ci-dessous.

7 32^e Conférence internationale, Résolution 1, 32IC/15/R1, 2015 (Résolution 1), par. 8, disponible sur : http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-AR-Persons-deprived-of-liberty_FR.pdf.

D’abord, comme indiqué ci-dessus, les graves conséquences humanitaires de la privation de liberté appellent une réponse. Afin de mieux protéger les membres des forces armées gouvernementales, des groupes armés ou les civils privés de liberté, d’autres mesures, juridiques, politiques et opérationnelles sont indispensables. L’élaboration de documents finaux concrets et faciles à mettre en œuvre pour renforcer efficacement le DIH protégeant les personnes privées de liberté replace les enjeux humanitaires et juridiques liés à la détention dans le cadre de conflits armés, au premier rang des préoccupations des États.

Ensuite, comme on le verra ci-après, le DIH applicable aux CANI n’est pas suffisamment clair et détaillé, s’agissant de la protection des personnes privées de liberté. On peut avancer que cette lacune du DIH pourrait être comblée en se référant aux protections prévues par le droit international des droits de l’homme (DIDH)⁸. Cependant, si le DIDH prévoit d’importantes garanties pour les personnes privées de liberté, la question de savoir si ses normes peuvent véritablement réglementer ou renforcer la protection des personnes privées de liberté dans toutes les situations de CANI – y compris des cas comme la détention à proximité du champ de bataille ou lors de conflits armés extraterritoriaux – reste controversée. En conséquence, c’est aux commandants et aux conseillers juridiques qu’incombe la lourde tâche de donner des consignes opérationnelles concrètes, sans toujours disposer de directives suffisamment claires quant au droit international à appliquer⁹. Dès lors, des documents finaux concrets et faciles à mettre en œuvre pourraient apporter des précisions sur le traitement humain des détenus, ce qui est essentiel non seulement pour protéger la vie et la dignité humaines, mais aussi pour que les opérations soient un succès. Ces documents pourraient aider toutes les parties à des conflits armés à s’acquitter de leurs obligations et, ce faisant, à prévenir d’éventuelles violations.

Enfin, ces incertitudes juridiques sont particulièrement problématiques pour ce qui est de la détention dans les opérations multinationales. Par exemple, dans des opérations conjointes, les États doivent se mettre d’accord sur des normes communes régissant la privation de liberté. En pratique, cette question a soulevé des difficultés importantes car les États membres de coalitions sont soumis à des obligations juridiques variables selon les instruments de DIH auxquels ils sont parties¹⁰, mais aussi selon les instruments du droit international et régional des droits de l’homme¹¹. Comme l’a souligné un ancien conseiller juridique du Département d’État américain, « un ensemble de règles minimales communes pourrait faciliter

8 En outre, en particulier dans les CANI classiques se déroulant sur le seul territoire de l’État déteneur, la Constitution de l’État ou le droit interne prévoient souvent des garanties essentielles pour les personnes privées de liberté.

9 En effet, la légalité des pratiques pénitentiaires des États a été contestée devant des juridictions nationales ou régionales. Une des affaires les plus connues à ce propos est celle portée devant la Cour suprême du Royaume-Uni, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2017] UKSC 2, 17 janvier 2017. Pour d’autres références à la jurisprudence nationale, voir Thomas Winkler, « The Copenhagen Process and the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations », *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 5, n° 1-2, 2014.

10 Si tous les États sont liés par l’article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et par le DIH coutumier, le Protocole additionnel II (PA II), n’a, par exemple, pas été universellement ratifié.

11 Voir T. Winkler, *op. cit.* note 9, p. 260.

les opérations multinationales de détention en veillant à ce que des alliés se réfèrent aux mêmes exigences procédurales [traduction CICR]¹² ». Face à l'accroissement des opérations multinationales et des coopérations entre des États tenus à des obligations juridiques différentes, des documents finaux concrets et faciles à mettre en œuvre peuvent fournir des orientations pratiques fondamentales pour la protection des détenus, auxquelles tous les membres d'une coalition acceptent de se soumettre.

Avant d'analyser la nécessité de renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté, il convient de mentionner brièvement d'autres processus internationaux qui ont, ces dernières années, traité de divers aspects de la détention. Il s'agit notamment du processus de Copenhague et de la révision de l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations Unies (ONU). Comme son champ d'application ainsi que les parties y participant sont différents, le processus fondé sur la Résolution 1 vise à compléter les deux autres processus et à traiter de questions importantes que ceux-ci n'avaient pas abordées.

Tout d'abord, le processus de Copenhague – qui s'est déroulé entre 2007 et 2012 et qui fut facilité par le Danemark – a traité de questions relatives à la « détention dans les opérations militaires internationales¹³ ». Dans ce processus, un groupe d'États a défini plusieurs principes et directives applicables aux opérations militaires internationales – c'est-à-dire extraterritoriales – dans le cadre de CANIs, ainsi qu'aux opérations de maintien de l'ordre¹⁴. Contrairement au processus de Copenhague, celui fondé sur la Résolution 1 de la XXXII^e Conférence internationale diffère par son champ d'application et bénéficie d'une participation plus large. Concernant le champ d'application, le processus est axé sur la privation de liberté « en relation avec un conflit armé, en particulier un conflit armé non international¹⁵ ». Ceci englobe toutes les catégories de CANI, c'est-à-dire tant ceux qui sont purement internes que les CANI extraterritoriaux¹⁶. Cependant, il ne traite pas de situations autres que des conflits armés, comme des opérations de maintien de l'ordre. De plus, dans le cadre du processus fondé sur la Résolution 1 de la XXXI^e Conférence internationale, les discussions sont universelles, c'est-à-dire qu'elles sont ouvertes à tous les États.

Ensuite, entre 2011 et 2015, un comité d'experts a révisé l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus¹⁷. L'Ensemble, appelé Règles Nelson Mandela, donne des orientations détaillées sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires, en traitant essentiellement de la détention fondée sur

12 Ashley S. Deeks, « Administrative Detention in Armed Conflict », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 40, n° 3, 2009, p. 434.

13 À propos des Principes, de leurs commentaires et pour un résumé du processus, voir Bruce Oswald, « The Copenhagen Principles, International Military Operations and Detentions », *Journal of International Peacekeeping*, vol. 13, 2013.

14 Le paragraphe IX du préambule des Principes et directives du processus de Copenhague précise : « Les Principes et directives du Processus de Copenhague ont vocation à s'appliquer aux opérations militaires internationales menées dans le cadre de des conflits armés non internationaux et d'opérations de paix ; ils n'ont pas vocation à couvrir les conflits armés internationaux [traduction CICR] ».

15 Résolution 1, *op. cit.* note 7, par. 8.

16 Il ne prend pas en considération les opérations de maintien de l'ordre qui n'atteignent pas le seuil d'un conflit armé.

17 Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus, E/CN.15/2015/L.6/Rev.1, 21 mai 2015 (Règles Mandela).

une condamnation pénale. On peut néanmoins considérer que ces règles renferment des dispositions fondamentales quant au traitement des détenus et à leurs conditions de détention, qui sont applicables dans toutes les situations. Le processus fondé sur la Résolution 1 de la XXXII^e Conférence internationale complète les Règles Mandela et est spécifiquement consacré à la détention en relation avec un conflit armé, dans le but de résoudre les problèmes juridiques et opérationnels propres à ce type de situations. Ceci inclut la détention dans des situations opérationnelles complexes, comme la détention extraterritoriale ou l'internement dans des infrastructures militaires parfois provisoires, ou la détention dans des bases opérationnelles proches des zones de combat.

Cette note commence par rappeler pourquoi il est *juridiquement* nécessaire de renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté. Elle montre que si le DIH applicable aux CAI comporte des règles suffisantes au regard de la privation de liberté, il n'y a pas de régime juridique de protection aussi détaillé pour les CANI. La note présente ensuite les grandes étapes du processus de consultation mis en place entre 2012 et 2015 et expose les principaux points soulevés par les États à propos de la privation de liberté en relation avec un CANI. Enfin, la note montre les principaux aspects des travaux qui ont suivi l'adoption de la Résolution 1 par la XXXII^e Conférence internationale.

La nécessité juridique de renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté

Deux branches du droit international sont applicables à la privation de liberté en relation avec un conflit armé : le DIH et le DIDH¹⁸. Si ces branches sont complémentaires et qu'elles ont certaines vocations communes comme la protection de la vie et de la dignité des personnes privées de liberté, elles diffèrent par leur champ d'application et leur raison d'être. De plus, l'interaction entre DIH et DIDH est toujours controversée et est nécessairement tributaire de la situation¹⁹. Cette partie rappelle les protections offertes par le DIH aux personnes privées de liberté en relation avec un CAI. Puis, elle montre que la protection offerte par le DIH applicable à la détention en relation

18 Dans l'ensemble, il est admis que le DIDH continue de s'appliquer en période de conflit armé. Voir par exemple Cour internationale de Justice (C.I.J.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 1996, par. 25 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 2004, par. 106 ; C.I.J., *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, 2005, par. 116. C'est aussi la position adoptée par le Comité des droits de l'homme de l'ONU (CDH), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Voir aussi CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Genève, 2011, pp. 14-26, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>.

19 Par exemple, au cours du processus de consultation mené par le CICR entre 2012 et 2015, les États ont exprimé des points de vue divergents sur la question de principe de savoir si et dans quelle mesure le droit des droits de l'homme s'applique aux diverses formes de CANI. CICR, *Le renforcement du droit international humanitaire protégeant les personnes privées de liberté : Rapport final*, Genève, 2015 (Rapport final du CICR), pp. 19-20, disponible sur : http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-Concluding-report-on-persons-deprived-of-their-liberty_FR.pdf.

avec un CANI est insuffisante. Enfin, elle examine dans quelle mesure le DIDH peut compléter le DIH et répondre à certains des besoins de protection identifiés.

La protection des personnes privées de liberté dans le cadre de conflits armés internationaux

Les quatre Conventions de Genève, le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève (PA I) et le DIH coutumier forment un régime juridique complet applicable à la privation de liberté en relation avec un CAI. La Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (CG III) régit la captivité des prisonniers de guerre²⁰ et la Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (CG IV), traite des civils relevant du champ des personnes protégées par la Convention²¹. Le PA I complète ce régime, y compris pour les personnes qui n'entrent pas dans les catégories définies dans les CG III et IV²².

Le DIH applicable aux CAI régit la privation de liberté dans presque tous ses aspects. Les CG III et IV exposent les motifs pour lesquels des prisonniers de guerre ou des civils peuvent être internés²³, y compris la procédure applicable²⁴ et fixent le moment où la privation de liberté doit prendre fin²⁵. Dans tous les cas de détention, les Conventions de Genève et le PA I interdisent toutes les formes de mauvais traitement²⁶ et contiennent des dispositions détaillées sur les conditions de détention, qu'il s'agisse de lieux d'internement adéquats, de la fourniture d'une nourriture correcte, de l'accès à l'air frais, de l'enregistrement ou des contacts avec les familles²⁷. Ces traités prévoient aussi des protections spécifiques pour les femmes

20 Les prisonniers de guerre sont définis à l'article 4 de la CG III ainsi qu'à l'article 44 du PA I.

21 Les personnes protégées sont définies à l'article 4 de la CG IV. Voir également l'article 73 du PA I.

22 Voir PA I, articles 72-79.

23 Voir CG III, article 21, al. 1 ; CG IV, article 42, al. 1 et article 78, al. 1.

24 L'article 5, al. 2 de la CG III dispose seulement qu'en cas de doute quant à la qualification de prisonnier de guerre, cette personne bénéficie de la protection de la CG III en attendant que son statut ait été « déterminé par un tribunal compétent ». En revanche, la CG IV dispose que les personnes internées ont le droit d'obtenir que la décision initiale d'internement prise à leur égard soit reconsidérée dans le plus bref délai et qu'elle fasse l'objet d'une révision périodique semestrielle. Voir CG IV, articles 43, al. 1 et 78, al. 2.

25 Les prisonniers de guerre « seront libérés et rapatriés sans délai après la cessation des hostilités actives » : CG III, article 118 (al. 1). Toute personne civile internée « sera libérée... dès que les causes qui ont motivé son internement n'existeront plus » ou « le plus rapidement possible après la fin des hostilités ». Voir CG IV, articles 46n al. 1, 132, al. 1, 133, al.1 ; PA I, article 75, par. 3. Pour une analyse approfondie de l'internement dans les CAI, voir CICR, « L'internement dans les conflits armés : règles de base et défis », prise de position, Genève, novembre 2014, pp. 4-7, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/document/linternement-dans-les-conflits-armes-regles-de-base-et-defis> ; ainsi que la présentation des protections prévues par le DIH figurant dans un document d'information préparé pour les consultations d'experts gouvernementaux en 2014 : CICR, *Consultation régionale d'experts gouvernementaux sur les motifs et procédures d'internement et les transferts de détenus*, Document de travail, Genève, 2014, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/publication/4234-strengthening-international-humanitarian-law-protecting-persons-deprived-their>.

26 Voir en particulier CG III, articles 13 et 14 ; CG IV, articles 27 et 28, 31-34 ; PA I, article 75, par. 2.

27 Pour une présentation complète des protections instaurées par le DIH applicable aux CAI, voir CICR, *Consultation thématique d'experts gouvernementaux sur les conditions de détention et les détenus particulièrement vulnérables*, Document de travail, Genève, 2014, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/publications/icrc-001-4230.pdf>.

et les enfants qui sont privés de liberté²⁸. En outre, le DIH régit le transfert des prisonniers de guerre et des internés civils. Il énonce les conditions dans lesquelles le transfert de ces personnes est permis et impose le renvoi de la personne transférée lorsque la puissance qui les accueille est dans l'incapacité de leur accorder les protections prévues par les Conventions²⁹. La CG IV met l'accent sur l'interdiction du transfert dans les cas où la personne transférée « peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses³⁰ ». Par conséquent, compte tenu de la réglementation détaillée de la privation de liberté par les Conventions de Genève universellement ratifiées, des dispositions complémentaires figurant dans le PA I (lorsqu'il est applicable) et du DIH coutumier, il apparaît que, pour l'instant, le DIH applicable aux CAI offre un cadre de protection solide aux personnes privées de liberté³¹.

La protection des personnes privées de liberté lors de conflits armés non internationaux

Contrairement au régime de détention détaillé et robuste applicable aux CAI, le DIH des CANI contient peu de règles relatives à la protection des personnes privées de liberté. L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève – qui s'applique à tous les CANI – fixe des garanties fondamentales contre toutes les formes de mauvais traitements, garantit le droit à un procès équitable en cas de poursuites pénales et, dans le respect général d'un traitement humain, impose que les conditions de détention obéissent à des garanties minimales³². Toutefois, l'article 3 commun ne contient, explicitement, aucune disposition relative aux besoins spécifiques de protection de certaines catégories de détenus, pas plus que sur les motifs et les procédures de l'internement. En outre, si l'article 3 commun doit être interprété comme interdisant le transfert de détenus « à une autre autorité lorsqu'il y a un risque que leurs droits fondamentaux [protégés par l'article 3 commun] soient violés lors du transfert³³ », il ne fait aucune mention explicite des aspects procéduraux de cette interdiction, comme les mesures à prendre avant ou après un transfert.

28 En ce qui concerne les femmes, voir CG IV, articles 89, al. 5, 97, al. 4 et 132, al. 2 ; Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier, volume I : Règles*, Bruylant, 2006 (Étude du CICR sur le droit coutumier), règles 119, 134. Concernant les enfants, voir CG IV, articles 81, al. 3, 82, al. 2, 89, al. 5, 94, al. 2, 94, al. 3 ; Étude du CICR sur le droit coutumier, règles 120, 135. Voir aussi CICR, *op. cit.* note 27.

29 CG III, article 12, al. 2 et 3 ; CG IV, article 45, al. 2.

30 CG IV, article 45, al. 4.

31 Voir CICR, *op. cit.* note 19, p. 10. En effet, comme l'indique le rapport, « les États ayant participé au processus de consultation pour la résolution 1 n'avaient pas indiqué de domaines spécifiques du DIH applicable à la détention dans le cadre d'un conflit armé international ayant besoin d'être renforcés ». Néanmoins, certains États ont manifesté leur intérêt à renforcer également le DIH protégeant les détenus dans un CAI.

32 Pour une analyse complète des obligations fondamentales découlant de l'article 3 commun, voir CICR, *Commentaire de la première Convention de Genève : Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 2^e édition, Genève, 2016 (Commentaire de la CG I), par. 581-716. Voir aussi Jelena Pejic, « La protection conférée par l'article 3 commun : plus étendue qu'on ne le croit », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 881, 2011.

33 Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 32, par. 708.

Le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève (PA II) étoffe et complète l'article 3 commun, en ce qui concerne notamment les garanties fondamentales d'un traitement humain, les conditions de détention, le traitement de certaines catégories de détenus et les poursuites pénales³⁴. En particulier, s'agissant des « personnes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues », le PA II contient des règles générales sur les soins et examens médicaux, la fourniture « de vivres et d'eau potable », les « garanties de salubrité et d'hygiène », la protection contre « les rigueurs du climat et les dangers du conflit armé », les « secours individuels ou collectifs », l'exercice de la pratique religieuse et une assistance spirituelle, les conditions de travail, les locaux séparés pour les hommes et les femmes, la communication avec le monde extérieur, l'éventuelle évacuation des détenus et l'éducation des enfants³⁵. Il ne traite ni des motifs, ni des procédures d'internement et ne contient aucune règle spécifique sur les transferts de détenus.

Si le PA II fixe des garanties fondamentales complémentaires à celles prévues par l'article 3 commun, il n'est pas encore universellement ratifié et ne s'applique qu'aux CANI atteignant le seuil défini par le Protocole³⁶. De plus, même en ce qui concerne les conditions de détention, « il faut se poser la question de savoir si ses dispositions sont suffisantes pour répondre aux préoccupations humanitaires liées aux conditions de détention³⁷ ». Les règles du PA II sont loin d'être aussi détaillées que celles des Conventions de Genève.

En plus des règles conventionnelles du DIH, le DIH coutumier prévoit un certain nombre de protections importantes pour les personnes privées de liberté en relation avec un CANI. Il s'agit notamment des garanties fondamentales relatives au traitement des détenus³⁸, des règles de procédure judiciaire³⁹ et de certaines règles concernant les conditions de détention et le traitement de catégories spécifiques de détenus⁴⁰. Le DIH coutumier n'évoque ni les motifs, ni les procédures d'internement, ni les règles et procédures relatives au transfert de détenus. En outre, comme le droit coutumier est souvent formulé en termes généraux, il énonce des règles assez générales qui, souvent, ne fournissent pas « des d'orientations suffisantes aux autorités détentrices sur la manière de mettre en place et d'administrer un régime de détention approprié⁴¹ ».

34 PA II, articles 4, 5 et 6.

35 PA II, articles 5 et 4, par. 3, a).

36 Conformément à l'article 1 du PA II, le Protocole ne s'applique qu'aux CANI « 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 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 ». Aussi, le PA II ne s'appliquerait pas à des CANI opposant seulement des groupes armés non étatiques ou à des conflits dans lesquels la partie non étatique ne contrôle aucun territoire.

37 Voir CICR, *op. cit.* note 19, p. 13.

38 Voir Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 28, règles 87-99.

39 *Ibid.* règles 100-103.

40 *Ibid.* règles 118-128.

41 CICR, *op. cit.* note 5, p. 9.

Dès lors, il apparaît que le droit international humanitaire applicable aux CANI prévoit des règles strictes interdisant toutes les formes de violence et de traitement inhumain et garantissant une procédure judiciaire équitable. En outre, le PA II et le DIH coutumier prévoient un certain nombre de garanties fondamentales, mais élémentaires, concernant les conditions de détention et la protection des groupes vulnérables. Toutefois, il est flagrant qu'à la différence du DIH applicable aux CAI, le DIH applicable aux CANI ne comporte pas de règles suffisantes relatives aux conditions de détention (en particulier si le PA II est inapplicable et si des règles du DIH coutumier sont contestées) et qu'il ne contient aucune règle explicite sur les motifs, les procédures d'internement et la procédure applicable au transfert de détenus.

Dans quelle mesure le droit international des droits de l'homme peut-il renforcer la protection des personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé ?

Dans les CAI, les normes du DIH prévalent sur les normes du DIDH en ce qui concerne la privation de liberté et ce, tout simplement car les États ont accepté que les règles du DIH s'appliquent spécifiquement dans les CAI⁴². Cependant, dans les CANI, les choses ne sont pas aussi clairement définies : le DIH des CANI fixe quelques règles limitées sur certains aspects et reste totalement muet sur d'autres. En revanche, les traités relatifs aux droits de l'homme renferment d'importantes dispositions à propos, par exemple, des motifs et des procédures de privation de liberté ou du principe de non-refoulement⁴³, la jurisprudence a précisé nombre de ces questions et les textes relatifs aux droits de l'homme prévoient des règles précises sur les conditions de détention ainsi que sur la protection des femmes ou des enfants privés de liberté⁴⁴. La présente note n'a pas vocation à examiner en détail des questions juridiques d'importance comme les modalités exactes de l'application des normes et des règles relatives aux droits de l'homme dans les conflits armés ou comment résoudre des conflits de normes entre le DIH et le DIDH. Au contraire, elle fait valoir qu'en dépit de la continuité de l'application du droit relatif aux droits de l'homme en période de conflit armé, rappeler et préciser les protections fondamentales applicables en période de conflit armé présenterait un grand intérêt qui permettrait, en pratique, de renforcer et compléter les règles et normes existantes

42 CICR, *op. cit.* note 18, p. 20. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) a interprété la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) « d'une manière qui soit compatible avec le cadre du droit international ». CouEDH, *Affaire Hassan c. Royaume-Uni*, requête n° 29750/09, arrêt du 16 septembre 2014, par. 101-106. Il ne faut pas pour autant en conclure que le DIDH ne peut pas compléter le DIH.

43 Voir, par exemple, l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), l'article 5 de la CEDH, l'article 7 de la Convention américaine des droits de l'homme et l'article 14 de la Charte arabe des droits de l'homme.

44 Voir, par exemple, les Règles Mandela, *op. cit.* note 17 ; Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes, Doc NU, E/RES/2010/16, 22 juillet 2010 (connues sous le nom de Règles de Bangkok) ; Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, GA Res. 40/33, Doc. NU, A/40/53, 1985 (connu sous le nom des Règles de Beijing).

dans les situations où leur application est contestée ou limitée, ou lorsqu'elles ne fournissent pas des orientations suffisantes. En même temps, il est clair que tout document juridiquement non contraignant pour renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté ne peut que compléter les normes et le droit en vigueur et est indépendant des obligations juridiques qui s'imposent aux parties à des conflits armés en vertu du DIH ou du DIDH.

Trois raisons principales justifient un renforcement du DIH applicable aux CANI, malgré la législation et les normes existantes en matière de droits de l'homme. Premièrement, la mesure dans laquelle les règles et normes relatives aux droits de l'homme s'appliquent aux différentes situations de conflit demeure controversée ; deuxièmement, les instruments de DIDH ont été avant tout pensés pour s'appliquer en dehors des conflits armés et ne procurent pas toujours des orientations suffisantes pour résoudre les enjeux propres aux conflits armés ; et, troisièmement, la question de savoir si et dans quelle mesure les parties non étatiques à des conflits armés sont tenues de respecter le DIDH fait toujours débat.

S'agissant du premier point, la Cour internationale de Justice, les cours régionales des droits de l'homme et les organes conventionnels du DIDH ont conclu sans ambiguïté que les traités de DIDH continuaient de s'appliquer pendant les conflits armés, qu'ils soient internes ou extraterritoriaux⁴⁵. Pourtant, les discussions entre États se poursuivent, notamment pour déterminer dans quelle mesure les traités du DIDH peuvent s'appliquer de façon extraterritoriale ou en période de conflit armé et comment ils se combinent avec le DIH en vigueur⁴⁶. Ceci est particulièrement intéressant au regard des motifs et des procédures d'internement et des questions de non-refoulement qui ne sont pas explicitement régis par le DIH mais qui sont traités par certains traités de DIDH ou par la jurisprudence. La question des dérogations au DIDH, lesquelles sont possibles en cas d'urgence ou de conflit armé, y compris lors de CANI extraterritoriaux, soulève d'autres difficultés. En effet, la question de savoir dans quelle mesure les États sont autorisés à déroger aux droits fondamentaux et procéduraux lors d'une privation de liberté se pose de plus en plus dans la pratique, alors que la jurisprudence ne semble pas être solidement établie. Par exemple, en 2015 et 2016, trois États européens ont dérogé à certaines de leurs obligations en matière de droits de l'homme en vertu de traités régionaux et universels relatifs auxdits droits⁴⁷. Dans chaque cas, le droit à la liberté figurait parmi les dispositions auxquelles les États ont dérogé. Il est clair que les dérogations ne sont autorisées que dans des cas

45 Voir, par exemple, CouEDH, *Hassan, op. cit.* note 42, par. 74-80 ; C.I.J., *affaire du mur, op. cit.* note 18, par. 107-113.

46 Voir, par exemple, CDH, *quatrième rapport périodique : États-Unis d'Amérique*, CCPR/C/USA/4, 22 mai 2012, par. 505-509 ; Groupe de travail sur la détention arbitraire, *The Draft Basic Principles: Comments by the Government of Canada*, 28 avril 2015, par. 4-8 ; Groupe de travail sur la détention arbitraire, *The Draft Basic Principles: Comments by the Government of Australia*, 17 mars 2015, par. 2-6.

47 Voir les dérogations de l'Ukraine, de la France et de la Turquie à la CEDH et au PIDCP. En outre, le Royaume-Uni avait annoncé en 2016 qu'il introduirait « une présomption de dérogation à la Convention européenne des droits de l'homme (...) dans les conflits futurs [traduction CICR] ». Voir : www.gov.uk/government/news/government-to-protect-armed-forces-from-persistent-legal-claims-in-future-overseas-operations.

très limités et selon des conditions strictes⁴⁸ ; de plus, les juridictions compétentes ou les organes conventionnels contrôlent ces dérogations et se prononceront sur leur légalité. Toutefois, ce contrôle n'interviendra que bien après la mise en œuvre de la dérogation et des mesures prises dans ce cadre par les États, selon leur propre appréciation de la situation.

Par ailleurs, les traités de DIDH applicables ne contiennent pas de dispositions précises sur les conditions de détention. Celles-ci ont été traitées par des textes universellement reconnus, à l'instar des Règles Mandela, des Règles de Bangkok et des Règles de Beijing⁴⁹. Ces instruments posent des normes minimales pour le traitement humain des détenus et constituent un cadre de référence important et largement utilisé en pratique. Cependant, ils traitent principalement de la gestion des établissements pénitentiaires ordinaires par les États et ne prennent pas nécessairement en considération les circonstances particulières de la privation de liberté dans les conflits armés⁵⁰. Aussi, certains États ont ouvertement soulevé la question de l'applicabilité de ces normes aux personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé⁵¹. D'ailleurs, les Règles Mandela, par exemple, concèdent explicitement qu'il « est évident que toutes les règles ne peuvent pas être appliquées en tout lieu et en tout temps⁵² ».

Ceci nous amène au second défi majeur pour l'applicabilité du droit international des droits de l'homme et de ses normes fondamentales à toutes les situations de CANI. Au regard des motifs et des procédures d'internement mais aussi, dans une certaine mesure, du principe de non-refoulement, le droit des droits de l'homme et la jurisprudence partent du principe que l'État fonctionne bien et qu'il dispose d'un système judiciaire capable d'offrir toutes les garanties procédurales nécessaires⁵³.

48 Voir, par exemple, l'article 4 du PIDCP et l'article 15 de la CEDH. Voir aussi CDH, « PIDCP Observation générale n° 29 – Article 4 : dérogations en cas d'état d'urgence », Doc. NU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001.

49 Voir *op. cit.* note 44. Ces normes sont fréquemment invoquées pour interpréter des dispositions plus générales des traités relatifs aux droits de l'homme concernant le traitement humain des détenus. Voir aussi CDH, « PIDCP Observation générale n° 21 : article 10 (Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité) », Doc. NU, HRI/GEN/1/Rev.9, 1992.

50 Les Règles Mandela, *op. cit.* note 17, ne précisent pas si elles s'appliquent ou non en période de conflit armé. Traditionnellement, l'Ensemble de règles minima a été compris comme s'appliquant aux détenus en application d'une condamnation pénale incarcérés dans des établissements pénitentiaires ordinaires, mais il a été modifié pour s'appliquer aux « personnes arrêtées ou privées de liberté sans avoir été inculpées » (voir amendement adopté in ECOSOC Res. 2076 (LXII), 13 mai 1977). Pour sa part, l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement des Nations unies ne s'applique qu'à « toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », ce qui exclut la détention extraterritoriale ou la détention par des forces non étatiques.

51 Lors du récent processus de leur révision, il a été relevé que la question relative à la possible extension du champ d'application des Règles Mandela a été écartée au motif que « l'interaction du droit international humanitaire et du droit sur les droits de l'homme dans le contexte du traitement des personnes privées de liberté (...) aurait aussi pu conduire à une impasse, voire compromettre l'achèvement du processus de révision [traduction CICR] ». Katrin Tiroch, « Modernizing the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners - A Human Rights Perspective », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 19, n° 1, 2016, p. 299.

52 Règles Mandela, *op. cit.* note 17, observation préliminaire 2, par. 1.

53 Toutefois, il est aussi vrai que dans de nombreuses situations, y compris celles dans lesquels des États ne sont pas impliqués dans un conflit armé, les administrations publiques, y compris les systèmes judiciaires, fonctionnent mal dysfonctionnels et sont souvent dans l'incapacité de procurer, en pratique, toutes les protections nécessaires.

Ainsi, dans les CANI exclusivement internes opposant les forces gouvernementales à un ou plusieurs groupes armés non étatiques, « la législation nationale – sous-tendue par les obligations de l'État en matière de droits de l'homme et de DIH – est le cadre juridique qui régit les garanties procédurales que l'État doit assurer aux membres de ces groupes⁵⁴ ». Étant donné que les forces armées gouvernementales opèrent « à domicile » et qu'elles peuvent compter sur les services judiciaires de l'État, on peut donc s'attendre à ce que l'État respecte bien les garanties relatives aux droits de l'homme à toutes les personnes détenues en relation avec le conflit. Cependant, des CANI peuvent aussi conduire à un effondrement des institutions ou du système judiciaire, ou encore surgir dans des situations où le système judiciaire ne fonctionne déjà plus et ne peut pas absorber le poids supplémentaire que représentent les personnes privées de liberté en relation avec le conflit armé. Ces mêmes questions se posent aussi lorsque les États opèrent en dehors de leur territoire en n'ayant pas accès facilement à leur système judiciaire habituel. Dans de tels cas, les États ont souvent du mal à offrir à chaque détenu des garanties procédurales analogues à celles qu'ils garantiraient en temps de paix. Par exemple, il peut être difficile de donner à tous les internés la possibilité de faire examiner leur privation de liberté par un tribunal ou d'apporter à une juridiction les preuves suffisantes pour obtenir que l'internement soit confirmé. Comme le souligne un auteur :

Au moins pour les captures ayant lieu lors des hostilités actives, il est illusoire d'escompter que des soldats contraints d'accepter la reddition d'ennemis constituent un dossier qui pourra être utilisé dans une procédure judiciaire, quittent les zones de combat pour venir témoigner devant un tribunal et recueillent des pièces à conviction permettant à l'État de contrer l'argument du détenu selon lequel il ou elle n'a pas participé directement aux hostilités et ne faisait pas partie d'un groupe armé, tout cela alors que les combats font rage. Le nœud du problème est que s'il n'est pas réaliste pour l'État de mener une procédure d'*habeas corpus* satisfaisante, l'obligation de la mener à bien pourrait conduire à la libération, par un tribunal indépendant et impartial, de la plupart des combattants arrêtés par des forces armées sur les théâtres d'opérations, ce qui pourrait alors entraîner un respect moins scrupuleux des règles à long terme, comme des exécutions sommaires de personnes que l'on ferait passer pour des morts au combat et des lieux de détention secrets [traduction CICR]⁵⁵.

Plus clairement, ceci signifie que, si les difficultés pratiques liées à l'application des règles ou des normes juridiques n'entraînent pas leur inapplicabilité, elles poussent certainement à s'interroger sur les garanties humanitaires minimales à assurer en toutes circonstances.

54 CICR, *op. cit.* note, p. 20. Pour trouver des exemples sur la façon dont la Colombie a mis en œuvre une approche de la détention fondée sur le droit pénal et le DIDH dans le cadre d'un CANI, voir Lawrence Hill-Cawthorne, *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp 165-166.

55 Marco Sassòli, « Legal Framework for Detention by States in Non-International Armed Conflict », *Proceedings of the Bruges Colloquium*, 16-17 octobre 2014, p. 65, disponible sur : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:77195>.

Troisièmement, le droit des droits de l'homme a toujours été interprété comme étant seulement opposable aux États et non aux acteurs non étatiques, c'est-à-dire qu'il ne serait contraignant que pour une seule des parties au conflit. On constate à cet égard, une tendance accrue du Conseil de sécurité de l'ONU, du Conseil des droits de l'homme de l'ONU et des mécanismes spéciaux de l'ONU, d'exiger des divers groupes armés qu'ils respectent les normes humanitaires essentielles et les droits de l'homme fondamentaux, comme l'interdiction de la torture⁵⁶. Toutefois, la plupart des groupes armés ne seraient pas en mesure de respecter toutes les obligations imposées par le droit des droits de l'homme, à moins qu'ils n'exercent des fonctions de type gouvernemental sur lesquelles la mise en œuvre de nombreuses normes relatives aux droits de l'homme est fondée⁵⁷. La plupart des groupes ne disposent ni de services adéquats pour garantir le respect du large éventail de normes relatives aux conditions de détention, ni de la capacité de respecter les dispositions du DIDH au regard des motifs et des procédures applicables à la détention, lorsqu'ils privent des personnes de leur liberté⁵⁸. Aussi, même si le droit international évolue pour exiger que les groupes armés non étatiques respectent certaines normes relatives aux droits de l'homme, seuls les groupes les plus structurés seraient capables de détenir dans le respect de toutes les règles et normes applicables du DIDH.

En conséquence, un document de DIH listant les garanties minimales et donnant des orientations concrètes quant à la mise en œuvre des conditions de détention et au traitement de catégories spécifiques de détenus, des motifs et des procédures d'internement, ainsi que des règles sur le transfert des détenus, pourrait constituer un outil opérationnel adéquat pour la protection des personnes privées de liberté en relation avec des CANIs et la renforcer. Spécifiquement conçu et accepté pour les situations de conflit armé, ce document devrait soigneusement respecter l'équilibre entre considérations militaires et humanitaires et devrait être conçu pour s'appliquer à toutes les parties. Un tel document devrait pouvoir fournir – immédiatement – des recommandations utiles à toutes les parties à des conflits armés, en fonction des capacités très inégales de celles-ci. Un tel outil aurait pour objectif premier et pour principal intérêt de procurer à toutes les parties à un CANI des recommandations claires sur le traitement exigé, quelle que soit la nature du conflit et quel que soit le lieu où il se déroule. Ce document pourrait ainsi compléter les protections des droits de l'homme sans compromettre ni remettre en question leur applicabilité⁵⁹.

56 Pour une analyse des pratiques récentes, voir, par exemple, Jean-Marie Henckaerts et Cornelius Wiesener, « Human Rights Obligations of Non-state Armed Groups: A Possible Contribution from Customary International Law », in Robert Kolb et Gloria Gaggioli (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 146-169 ; Tilman Rodenhäuser, « International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria », *International Review of Law*, n° 2, 2015.

57 Quoi qu'il en soit, selon le CICR, « dans les cas où un groupe, généralement en vertu d'un contrôle stable du territoire, a la capacité d'agir comme une autorité étatique (...), ses responsabilités en matière de droits humains peuvent être reconnues *de facto* ». Voir CICR, *op. cit.* note 18, p. 21.

58 Pour une analyse de la capacité des groupes armés à offrir des garanties procédurales, voir Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 32, par. 689-695.

59 Étant donné que tout document issu de ce processus aura un caractère juridiquement non contraignant, il ne pourra pas modifier les obligations des États en vertu du DIDH.

Le processus d'évaluation et de consultation 2012-2015

Le processus d'évaluation et de consultation conduit par le CICR entre 2012 et 2015 est fondé sur la Résolution 1 adoptée en 2011 par la XXXI^e Conférence internationale. La résolution invitait

le CICR à poursuivre ses recherches, ses consultations et ses travaux en coopération avec les États et, au besoin, avec d'autres acteurs pertinents, notamment des organisations internationales et des organisations régionales, pour identifier et proposer diverses options et ses recommandations en vue de garantir que le droit international humanitaire reste pratique et pertinent, s'agissant de la protection juridique de toutes les personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé⁶⁰.

Conformément à cette résolution, le CICR a entrepris, entre 2012 et 2015, un vaste processus de consultation avec les États, les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les autres acteurs concernés. Ces consultations ont d'abord eu un caractère exploratoire pour permettre au CICR d'identifier et de proposer diverses options et recommandations pour renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé⁶¹. La partie suivante résume d'abord brièvement les principales conclusions que le CICR a tirées des trois phases du processus de consultation : les consultations régionales en 2012-2013, les consultations thématiques en 2014 et une réunion de tous les États en 2015. Ensuite, elle montre quelques-uns des points essentiels que les États ont estimé importants de considérer en ce qui concerne la privation de liberté en relation avec un CANI.

Le processus de consultation

Consultations régionales (2012-2013)

Pour commencer les consultations sur le renforcement du DIH protégeant les personnes privées de liberté, le CICR a organisé quatre consultations régionales avec les États, qui se sont tenues à Pretoria (Afrique du Sud) en novembre 2012, à San José (Costa Rica) en novembre 2012, à Montreux (Suisse) en décembre 2012 et à Kuala Lumpur (Malaisie) en avril 2013⁶². En s'appuyant sur une évaluation approfondie destinée à savoir s'il était nécessaire de renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté et, si oui, dans quels domaines, le CICR a proposé de mettre l'accent sur la privation de liberté en relation avec les CANI, en particulier dans quatre grands domaines : les conditions de détention, la protection des personnes vulnérables, les motifs et les procédures d'internement et les transferts des personnes privées de liberté⁶³.

60 XXXI^e Conférence internationale, Résolution 1, 31IC/11/R1, 2011, par. 6.

61 Les options et les recommandations formulées par le CICR ont été présentées à la Conférence internationale dans le Rapport final du CICR, *op. cit.* note 19, en juin 2015.

62 Les rapports des quatre réunions sont disponibles sur : <https://www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-consultations-government-experts>.

63 Voir également CICR, *op. cit.* note 2.

Lors des consultations régionales, les participants ont largement convenu que les domaines de protection proposés étaient les plus importants à discuter. Comme on l'a vu ci-dessus, si la protection des détenus fait l'objet d'une réglementation appropriée par le DIH applicable aux CAI, tel n'est pas le cas du DIH applicable aux CANI. S'agissant de savoir sur quelles normes se fonder pour combler cette lacune, les participants ont, dans l'ensemble, identifié le DIH des CAI comme étant la première référence. En outre, indépendamment de la question de leur applicabilité juridique, la plupart des délégués ont également considéré les normes et les règles des droits de l'homme comme de précieuses sources d'orientation et d'inspiration, au même titre que la pratique des États. Les participants ont également débattu des défis opérationnels liés à la mise en œuvre des différentes normes. De plus, des discussions préliminaires leur ont permis d'échanger sur les possibles résultats du processus. Si certains se sont déclaré pour l'élaboration d'un nouveau traité de DIH, une tendance claire en faveur d'un instrument juridiquement non contraignant s'est dégagée⁶⁴.

Consultations thématiques (2014)

En s'appuyant sur les propositions formulées lors des consultations régionales, le CICR a organisé, en 2014, deux consultations thématiques d'experts gouvernementaux : l'une portait sur les questions liées aux conditions de détention et aux groupes de détenus vulnérables dans un CANI, l'autre sur les motifs et les procédures d'internement ainsi que sur le transfert de détenus dans le cadre d'un CANI⁶⁵. Les experts participants ont été invités à recenser les protections prévues par le DIH des CAI et le droit des droits de l'homme, puis à évaluer – indépendamment de la question de l'applicabilité juridique de ces normes – les difficultés pratiques auxquelles les parties à des conflits armés sont confrontées dans la mise en œuvre de ces protections dans un CANI. Par ailleurs, ils ont été invités à recenser les éléments de protection spécifiques, c'est-à-dire les catégories de protection spécifiques, sur lesquels les discussions devraient porter dans l'avenir⁶⁶. Comme l'explique le rapport final du CICR :

La démarche suivie par le CICR en ce qui concerne les éléments de protection se fonde sur l'hypothèse selon laquelle les besoins humains demeurent largement les mêmes en temps de conflit armé et en temps de paix, alors que la teneur normative des protections du DIH élaborées pour répondre à ces besoins pourrait devoir être adaptée aux réalités d'un conflit armé⁶⁷.

64 Voir CICR, *Le renforcement du droit international humanitaire protégeant les personnes privées de liberté : rapport de synthèse des consultations régionales d'experts gouvernementaux*, Genève, 2013, pp. 54-55.

65 Les rapports de la première réunion sont disponibles sur : <https://www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-first-thematic-consultation-government-experts>. Ceux de la seconde réunion sont disponibles sur : <https://www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-second-thematic-consultation-government-experts>.

66 Par exemple, en ce qui concerne l'eau et la nourriture, les éléments de protection sur lesquels les discussions devraient porter notamment sur la quantité et la qualité de la nourriture, le régime alimentaire habituel du détenu, l'heure des repas et l'accès à l'eau potable en quantité suffisante. Voir CICR, *op. cit.* note 19, pp. 36-37.

67 *Ibid.* p. 23.

Il n'est ni possible ni utile de revenir ici sur la richesse des discussions ; cependant, quelques considérations générales sont résumées ci-dessous⁶⁸.

Réunion de tous les États (2015)

La troisième étape du processus a consisté en plusieurs consultations bilatérales et multilatérales, ainsi qu'en une réunion de tous les États qui s'est tenue à Genève en 2015. L'objectif de cette réunion était de donner à tous les États, y compris ceux qui n'avaient pas participé aux consultations précédentes, l'occasion d'examiner et d'affiner les principaux points issus des discussions précédentes, y compris les éléments de protection proposés. En outre, les États ont été invités à échanger de façon plus approfondie sur les possibles résultats du processus, de façon à nourrir le rapport final du CICR et les recommandations à soumettre à lors de la XXXIII^e Conférence internationale de décembre 2015⁶⁹.

Considérations générales des États sur la privation de liberté en relation avec un CANI

Les paragraphes suivants présentent, de façon assez synthétique, une liste non exhaustive des questions générales qui ont été soulevées lors du processus de consultation. Ils ne peuvent cependant pas exposer le détail de toutes les discussions qui ont eu lieu entre les États à propos des éléments spécifiques de protection⁷⁰.

De façon générale, les États considèrent qu'il est important que leurs forces offrent des conditions de détention correctes aux détenus en relation avec un CANI, y compris des protections spécifiques pour certains groupes de détenus. Pourtant, le degré de protection que les États sont disposés à offrir, varie selon les circonstances : si les personnes détenues dans des lieux ordinaires éloignés des zones de combat pourraient, en principe, bénéficier de protections similaires à celles applicables en dehors des conflits armés, tel ne serait pas le cas dans les situations de « détention par les forces en campagne », c'est-à-dire la détention pendant les hostilités qui conduit à une détention provisoire ou transitoire sur les bases opérationnelles avancées. Dans de telles circonstances, qui sont normalement de courte durée, les infrastructures ou la nourriture à disposition ne permettent pas nécessairement de respecter des normes similaires à celles d'établissements pénitentiaires habituels. De même, les États ont estimé qu'il n'était pas nécessaire, lors d'une détention de courte durée, de garantir toutes les protections qui sont importantes lors d'une détention longue, comme une nourriture variée ou l'accès à l'éducation. Afin de permettre aux forces détentrices de garantir, *a minima*, les protections essentielles, les délégués ont souligné la nécessité

68 Une restitution détaillée des discussions a été publiée dans les rapports des consultations thématiques du CICR cités *op. cit.* notes 25 et 27.

69 Les conclusions du président sont disponibles sur : <https://www.icrc.org/en/document/strengthening-compliance-ihl-meeting-all-states-geneva-switzerland-27-29-april-2015>.

70 Le CICR a publié des rapports complets sur toutes les consultations des États, disponibles sur : <https://www.icrc.org/fr/document/renforcement-du-droit-international-humanitaire-protectant-les-personnes-privees-de-liberte>. Le résumé qui suit s'inspire principalement du Rapport final du CICR, *op. cit.* note 19, pp. 26-33.

de planifier les opérations de détention. Ceci comprendrait tant des aspects matériels, comme la mise en place d'infrastructures de détention, que des aspects de fond comme la composition des forces terrestres afin de s'assurer, par exemple, de la présence d'un personnel féminin pour assurer les procédures liées aux fouilles des détenues et la surveillance de celles-ci.

Les consultations ont également confirmé l'utilité de motifs et procédures d'internement pour protéger les personnes de la détention arbitraire. Il a de nouveau été souligné que l'internement devait être distingué de la détention pénale, puisqu'il ne s'agit pas d'une détention visant à sanctionner une personne pour un acte délictueux commis dans le passé, mais plutôt d'une privation préventive de liberté imposée pour des raisons de sécurité dans le cadre d'un conflit armé. En conséquence, lors des consultations, le CICR s'est principalement appuyé sur le fait que « [les États] sont généralement d'avis que la justification intrinsèque de l'internement dans tous les cas est l'existence de la menace que représente la personne privée de liberté⁷¹ ». Cependant, les États ont exprimé différentes vues quant à la définition de motifs d'internement acceptables. Tandis que certains estimaient que la formulation la plus appropriée des motifs d'internement serait des « raisons impérieuses de sécurité », à l'instar de ce que prévoit la CG IV pour la détention des civils, d'autres n'étaient pas d'accord pour appliquer cette norme en dehors du contexte de la CG IV et d'autres encore ont soutenu que l'appartenance officielle à un groupe armé pourrait constituer un motif suffisant d'internement⁷².

Indépendamment des obligations juridiques applicables, les États ont estimé que des garanties procédurales fondamentales devaient être en vigueur au moment de la capture⁷³, notamment l'examen initial et le réexamen périodique de la décision d'internement et une forme de représentation ou d'assistance à la personne internée pendant la procédure. Si les consultations ont confirmé qu'un organe d'examen devrait exercer un véritable contrôle du pouvoir décisionnaire de l'autorité détentric, des discussions ont eu lieu sur sa nature afin de savoir s'il devrait être « indépendant et impartial » ou, afin de montrer qu'il ne s'agit pas d'un contrôle judiciaire de la détention, de plutôt se référer à sa nature « objective et impartiale ». De même, la composition de l'organe d'examen a été discutée et quelques États ont souligné qu'une certaine souplesse était nécessaire afin de s'adapter aux circonstances de l'espèce, par exemple, des CANI extraterritoriaux où les États n'ont pas nécessairement leur arsenal judiciaire à disposition. Il y a toutefois eu une convergence de vues sur le fait que toute personne internée devait être informée des motifs de son internement et que la procédure devait être équitable et prendre en compte toutes les informations utiles.

Concernant le transfert des détenus, les États ont souligné la différence entre des opérations menées sur le territoire de l'État et la détention à l'étranger. Si les États considèrent généralement que le principe de non-refoulement, qui découle du droit

71 *Ibid.* p. 29.

72 À ce propos, différents points de vue ont été exprimés sur la définition des « impérieuses raisons de sécurité » s'agissant des critères à appliquer pour déterminer l'appartenance à un groupe armé.

73 À cet égard, différentes sources de motifs et de procédures ont été discutées. Si, dans les CANI purement internes, le droit interne semble prépondérant, il peut être nécessaire de se référer à différentes sources pour la détention dans les CANI extraterritoriaux.

des droits de l'homme ou du droit des réfugiés, s'applique aux personnes détenues sur leur propre territoire, la question semble plus complexe lorsque les États opèrent en dehors de leur territoire et qu'ils envisagent de transférer un détenu, soit aux autorités de l'État hôte, soit à d'autres États. Dans de telles situations, les types de risques qui pourraient interdire le transfert, outre la privation arbitraire de la vie, la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou les actes prohibés par l'article 3 commun, dépendraient des obligations internationales auxquelles chacun des États est tenu⁷⁴. Les États ont également mesuré les moyens à mettre en œuvre pour contourner ces risques, comme procéder à une évaluation préalable au transfert des politiques et pratiques de détention de l'autorité d'accueil, des circonstances personnelles et des craintes subjectives de la personne transférée ainsi que d'un contrôle postérieur au transfert.

En réalité, dans les CANI, ce sont non seulement les autorités étatiques, mais aussi les groupes armés non étatiques qui sont susceptibles de détenir des individus et les personnes privées de liberté par des groupes armés ont des besoins de protection identiques à ceux des personnes détenues par des États. Étant donné que le plus souvent, les groupes armés ne disposent pas d'infrastructures de détention ou de mécanismes judiciaires comparables à ceux des États, leurs pratiques de détention risquent de poser des problèmes humanitaires spécifiques. Lors des consultations, certains États se sont dits préoccupés par le risque qu'en réglementant la détention, ils ne confèrent une certaine légitimité en droit international à des groupes armés. En outre, les États ont appelé l'attention sur la grande diversité des groupes armés, s'agissant en particulier de leur niveau d'organisation interne et de leurs capacités, ce qui compliquerait la définition d'un ensemble commun d'attentes applicables à tous les groupes. Un troisième domaine de préoccupation était relatif aux moyens permettant de renforcer le DIH de façon à encourager simultanément le respect de ces normes par les parties non étatiques.

Ces interrogations montrent combien la question de la détention par des groupes armés non étatiques est particulièrement sensible⁷⁵. Toutefois, il convient de rappeler que les États ont toujours inséré dans les instruments de DIH, des clauses adéquates et des formulations prudentes pour préciser que les dispositions du DIH n'ont pas d'effet sur le statut juridique des parties à un CANI⁷⁶. Si le DIH impose aux groupes armés le respect d'obligations humanitaires essentielles, les États restent libres de pénaliser les activités des parties non étatiques à un CANI en vertu de leur droit interne. En outre, les documents finaux devraient, idéalement, fixer des protections minimales claires auxquelles toutes les parties à un conflit armé pourraient se conformer, tout en donnant des orientations sur les modalités de leur mise en œuvre dans les cas où les parties sont investies de plus grandes capacités.

74 En pratique, les États ont examiné plusieurs motifs qui empêcheraient le transfert. Voir *ibid.* pp. 32-33.

75 Des propositions concrètes sur la manière de relever ces défis sont évoquées dans *ibid.* pp. 34-36.

76 Voir, par exemple, l'article 3 commun et l'article 22, par. 6, du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 1999.

Perspectives

Le processus d'évaluation et de consultation qui a eu lieu entre 2012 et 2015 a donné lieu à des échanges très riches et sans précédent entre les États sur leurs pratiques de détention en relation avec un conflit armé. Le CICR a rendu compte de toutes les évaluations et consultations dans quatre documents d'information détaillés présentant sa lecture du droit, huit comptes rendus de réunion résumant les débats du processus de consultation, et un rapport final présentant ses recommandations sur la manière de renforcer le DIH protégeant les personnes privées de liberté en relation avec un CANI. Ces rapports constituent un socle solide pour la poursuite des travaux.

Ce processus de consultation a abouti à l'adoption, par consensus, de la Résolution 1, lors de la XXXII^e Conférence internationale. La résolution « *reconnaît* comme une priorité le renforcement, par toute partie à un conflit armé, de la protection qu'accorde le droit international humanitaire aux personnes privées de liberté⁷⁷ ». Ainsi, elle

recommande la poursuite de travaux de fond, conformément à la présente résolution, *en vue d'élaborer un ou plusieurs documents finaux, non contraignants, concrets et faciles à mettre en œuvre*, sous toute forme appropriée, dans le but de renforcer les protections prévues par le DIH et de faire en sorte que cette branche du droit reste pratique et pertinente, s'agissant de la protection des personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé, en particulier un CANI (nous soulignons)⁷⁸.

La résolution invitait les États et le CICR à définir, avec l'accord des États participants, les modalités de leur future collaboration, pour que les États y jouent un rôle moteur et qu'elle ait un caractère collaboratif et non politisé⁷⁹. Toutefois, lors d'une réunion formelle des États en avril 2017, il n'a pas été possible de s'entendre sur les modalités des futurs travaux. Pour l'heure, compte tenu des divergences considérables entre les États qui sont également apparues lors d'une consultation écrite ultérieure qui portait sur la question de l'opportunité et des modalités de la poursuite des travaux relatifs à la mise en œuvre de la Résolution 1, le CICR ne convoquera pas de nouvelles réunions pour débattre des « modalités » des travaux. À la place, le CICR organisera des réunions d'experts afin de poursuivre le dialogue sur les défis actuels relatifs à la privation de liberté. Cet engagement prendra la forme d'un forum d'échange de positions et de pratiques visant à répondre à des questions humanitaires d'intérêt commun et à définir les aspects précédemment identifiés dans le processus qui pourraient être approfondis. Ces réunions d'experts n'auront pas lieu dans le cadre de la Résolution 1 et ne viseront pas à élaborer des documents finaux concrets et faciles à mettre en œuvre comme prévu par ladite Résolution. Ils auront pour objet de favoriser des débats de fond entre experts, permettant une information

77 Résolution 1, *op. cit.* note 7, par. 5.

78 *Ibid.*, par. 8.

79 *Ibid.*, par. 9.

sur les positions juridiques et politiques de toutes les parties prenantes susceptible de renforcer la coopération et les échanges entre États et qui pourrait préparer le terrain pour de futurs travaux dans le cadre de la Résolution 1, pour autant que les États le souhaitent et sous réserve de trouver des moyens permettant de parvenir à un accord sur les modalités.

