

# La sécurité nationale et le droit à la liberté dans les conflits armés : licéité et limites de la détention de sécurité en droit international humanitaire

**Zelalem Mogessie Teferra\***

Zelalem Mogessie Teferra est juriste principal à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Docteur en philosophie du droit international, il est diplômé de l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève.

*Traduit de l'anglais*

## Résumé

*Cet article traite de la licéité et des limites de la détention de sécurité dans les situations de conflit armé. Il s'attache en particulier à déterminer s'il est légitime de se fonder sur la protection de la sécurité nationale pour restreindre la liberté des personnes dans des situations de conflit armé international ou non international et, dans l'affirmative, quelles sont les limites aux prérogatives d'un État de restreindre le droit à la liberté d'individus suspectés de menacer sa sécurité nationale ? En s'appuyant sur une analyse minutieuse des règles du droit international applicables à la guerre, l'article conclut que la détention de sécurité est autorisée dans les situations de conflit armé, que celui-ci soit international ou non international. Toutefois, la faculté d'un État d'ordonner la détention de sécurité est limitée par un grand nombre de garanties fondamentales et procédurales contre l'arbitraire, lesquelles sont prévues par les différentes règles*

\* Les opinions exprimées dans cet article sont propres à l'auteur et n'expriment pas nécessairement la position de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, ni celle de toute autre institution avec laquelle l'auteur est associé.

*du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Ces garanties montrent qu'avoir pour objectif une sécurité totale et absolue n'est ni souhaitable, ni réaliste et que le simple fait d'invoquer des questions de sécurité ne confère pas un pouvoir absolu de restreindre ou de priver des individus de leur liberté dans des situations de conflit armé. Chaque fois qu'elle est ordonnée, la détention de sécurité devrait avoir un caractère préventif et doit avoir pour but de protéger les intérêts fondamentaux de la sécurité nationale d'un État contre des menaces graves, futures, directes et imminentes liées à la situation de conflit armé. Les détenus devraient aussi être en mesure de contester la légalité de cette détention devant une instance compétente, au début de leur détention ou ultérieurement, grâce à un système d'examen périodique.*

**Mots clés :** détention, sécurité, conflit armé, Conventions de Genève, droit international humanitaire, droit international des droits de l'homme.

.....

## Introduction

Qu'il soit international ou non international, un conflit armé est l'expression de la menace la plus typique à la sécurité nationale<sup>1</sup>. Indépendamment de son caractère ou de sa légitimité, un conflit armé menace souvent les intérêts fondamentaux de la sécurité nationale d'un État : la survie de son gouvernement, son intégrité territoriale, sa souveraineté politique ou le bien-être de sa population. Par conséquent, toute mesure prise par un État pour faire face à un conflit armé pourrait, en principe, être considérée comme avoir été dictée par la nécessité de préserver sa sécurité nationale<sup>2</sup>.

En droit international, un État dont la sécurité nationale est menacée a le droit de recourir à toutes les solutions licites, y compris le droit de faire la guerre sur le fondement de la légitime défense<sup>3</sup>. Il peut aussi prendre des mesures qui ont pour effet de restreindre les droits et libertés de certains individus<sup>4</sup>. La détention de sécurité est l'une des mesures qu'un État en guerre peut prendre pour protéger sa sécurité globale et se préserver. Néanmoins, la licéité de ces mesures en droit international humanitaire (DIH), en particulier lorsque l'État concerné est impliqué dans un conflit armé non international (CANI) est loin d'être claire et fait l'objet d'intenses discussions tant dans les enceintes judiciaires que non judiciaires. Dans les situations de conflit armé international (CAI) aussi, un examen attentif des règles du DIH au regard de la détention de sécurité montre de nombreuses lacunes et un manque de clarté.

1 Marco Sassòli, « The Concept of Security in International Law Relating to Armed Conflicts », in Cecilia M. Bailliet (dir.), *Security: A Multidisciplinary Normative Approach*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 7.

2 *Ibid.*

3 Voir l'article 51 de la Charte des Nations unies (signée le 26 juin 1945). Voir également Cour internationale de justice (C.I.J.), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Fond, Rapport C.I.J. 1986, par. 134-139.

4 Voir par exemple, la Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG IV), articles 43 et 78.

Cet article s'appuie sur la doctrine à disposition portant sur les questions de détention et tente de préciser les limites juridiques de la détention de sécurité lorsqu'elle est imposée à des individus dans des situations de conflit armé. L'article est ainsi divisé en deux parties. La première traite de la licéité de la détention de sécurité dans les CAI et les CANI ainsi que de la question récurrente de savoir si le DIH fournit un fondement juridique à la détention (de sécurité) dans les conflits armés et plus spécifiquement dans les CANI. Partant de l'idée que la détention de sécurité est effectivement permise tant dans les CAI que dans les CANI, la seconde partie énonce certaines limites fondamentales et procédurales à la détention de sécurité. Dans les CAI, toutefois, les règles du DIH à propos de la détention de sécurité varient selon que la détention est ordonnée sur le propre territoire d'un État ou dans un territoire occupé. Le caractère de l'intérêt de sécurité protégé qui est à l'origine de la mesure prise tout comme les garanties fondamentales et procédurales contre l'arbitraire, diffèrent également<sup>5</sup>. C'est pourquoi la seconde partie de cet article porte une attention particulière aux règles juridiques applicables à la détention de sécurité, tant sur le « propre » territoire d'un État que dans des territoires « occupés » et dans quelle mesure certaines des limites, entendues comme des garanties fondamentales et procédurales, peuvent être invoquées ou appliquées dans des situations de CANI. Ces limites sont déduites de la pratique des institutions judiciaires nationales et internationales, d'autres règles applicables du droit international, y compris le droit international des droits de l'homme (DIDH), ainsi que de la doctrine et des positions juridiques et politiques du Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Cet article se conclut avec quelques remarques que l'auteur considère appropriées pour contribuer au développement du droit réglementant la détention et, plus particulièrement, la détention de sécurité dans les situations de conflit armé.

Avant toute chose, relevons que dans le présent article, le terme « détention » est utilisé pour désigner toutes les mesures privatives de liberté, quels qu'en soient les motifs. Les mots et expressions « internement », « détention de sécurité » et « détention préventive et administrative » sont également employés indistinctement pour faire référence aux individus détenus pour des raisons de sécurité. Les autres

5 Dans les territoires occupés, la détention préventive a pour but principal de préserver la sûreté et la sécurité de l'armée et de son administration, tandis que sur le territoire d'un État, la protection d'intérêts de sécurité nationale, plus larges, qui peuvent avoir un lien direct avec des opérations militaires, peut constituer un motif légitime pour placer des personnes en détention de sécurité. Comme la Cour suprême d'Israël l'a affirmé à plusieurs reprises, la sécurité nationale dépasse la sécurité militaire et, dans les territoires occupés, la puissance occupante ne peut pas invoquer ses propres intérêts généraux de sécurité nationale pour prendre des mesures qui restreignent les droits d'individus habitant dans les territoires occupés. Lors de l'élaboration de l'article 59 de la CG IV, un point de vue semblable a été avancé, lorsque le délégué britannique a expliqué que « le sabotage, l'hostilité illégitime de la part de civils, le maraudage » constituaient des actes punissables faisant également courir un grave danger à la puissance occupante. Il a également ajouté que la notion de « sécurité militaire » des forces d'occupation est plus restreinte que celle qui concerne le territoire des belligérants. Voir *Jam'iyat Ascan*, cité par la Cour suprême d'Israël, Conseil municipal de *Beit Sourik c. Le Gouvernement d'Israël*, Affaire N° HCJ 2056/04, 2004, par. 27 ; Cour suprême d'Israël, *Kipah Mahmud Ahmed Ajuri et al. c. Le Commandant des FDI en Cisjordanie et al.*, affaire N° HCJ 7015/02, 2002 ; Cour suprême d'Israël, *Amtassar Muhammed Ahmed Ajuri et al. c. Le Commandant des FDI en Judée et Samarie et al.*, affaire N° HCJ 7019/02, 2002, par. 28 ; déclaration de M. Sinclair (Royaume-Uni), *Acte final de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome 2, A, 1949, pp. 750, 780.

formes de privation de liberté sont donc exclues, notamment mais pas seulement, la détention provisoire d'un individu dans le cadre d'une procédure pénale. L'expression « détention arbitraire » désigne en principe une détention ou une privation de liberté qui n'est pas conforme aux motifs, procédures ou critères fixés par le droit national et international<sup>6</sup>.

## Interdiction de la détention arbitraire en droit international

Le droit à la liberté est l'un des droits les plus inaliénables et les mieux préservés en droit international. Le DIDH interdit strictement l'arrestation et la détention arbitraires<sup>7</sup>. Même s'il n'existe aucune disposition conventionnelle explicite à ce propos, il est de plus en plus admis que la détention arbitraire et injustifiée d'individus dans des situations de conflit armé, est interdite par les règles coutumières du DIH<sup>8</sup>. De plus, la détention arbitraire est généralement considérée comme incompatible avec l'exigence d'un « traitement humain », une règle solidement établie dans les différentes règles applicables aux conflits internationaux et non internationaux<sup>9</sup>. Comme le DIDH continue de s'appliquer lors d'un conflit armé<sup>10</sup>, les règles du droit

- 6 Selon le Comité des droits de l'homme (CDH) de l'ONU, « le caractère arbitraire au sens de l'article 17 ne vise pas seulement le caractère arbitraire de la procédure, mais également le caractère raisonnable de l'immixtion portant atteinte aux droits consacrés dans l'article 17, ainsi que sa compatibilité avec les buts, finalités et objectifs du Pacte », CDH, *Jama Warsame c. Canada*, communication n° 1959/2010, 2011, par. 8.8. Voir également Yoram Dinstein, « The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Deportation », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 23, 1993, p. 7.
- 7 La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948 proclame que « [t]out individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne » et que « [n]ul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé » (voir DUDH, article 3, par.9). Dans son article 9, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) donne effet à cette disposition, en disposant que « [t]out individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne » et que « [n]ul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires ». On trouve des dispositions analogues dans d'autres conventions internationales ou régionales relatives aux droits de l'homme. Le droit à la liberté implique l'interdiction de la privation arbitraire de liberté et s'applique à tous les cas de restriction de la liberté, y compris les arrestation ou les détentions. Voir CDH, observation générale 8, 1982, par. 1 ; CDH, *Antti Vuolanne c. Finlande*, communication n° 265/1987, Doc. NU, supp. n° 40 (A/44/40), 1989, par. 9.4 (restriction de liberté dans un contexte de discipline militaire), Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), *Guzzardi c. Italie*, requête n° 7367/76, arrêt, 6 novembre 1980, par. 92-95 (dans un contexte d'assignation à résidence dans une zone particulière).
- 8 Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1 : Règles, CICR/Bruylant, 2006 (Étude du CICR sur le droit coutumier), règle 99.
- 9 Voir article 3 commun ; Troisième Convention de Genève (CG III), article 13 ; Quatrième Convention de Genève (CG IV), article 27 ; Protocole additionnel I (PA I), article 75, par.1 ; Protocole additionnel II (PA II), article 4, par.1. Voir également Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 8, règle 87 (Les personnes civiles et les personnes hors de combat doivent être traitées avec humanité).
- 10 Voir C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. recueil 1986, par. 24-25 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. recueil 2004*, par. 106 ; CDH, observation générale 31, 2004, par. 11 ; CDH, observations finales – Israël, Doc. NU CCPR/CO/78/ISR, 5 août 2003, par. 11 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), *Coard et al. c. États-Unis*, affaire n° 10.951, rapport n° 109/99, 29 septembre 1999, par. 42 ; CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n° 29750/09, arrêt, 16 septembre 2014, par. 77 (tous reconnaissent l'applicabilité du DIDH dans les situations de conflit armé).

des droits de l'homme peuvent être considérées comme conférant à cette interdiction un fondement juridique conventionnel complémentaire.

En DIDH, le caractère arbitraire ou non d'une détention dépend de la validité de ses motifs, de l'existence d'une base légale et du respect des procédures de détention existantes<sup>11</sup>. Bien que la plupart des traités relatifs aux droits de l'homme, à l'exception notable de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>12</sup>, n'établissent pas de liste des motifs autorisés de détention, divers organes conventionnels de protection des droits de l'homme ont fait de la sécurité nationale l'un des motifs légitimes et non arbitraires de détention<sup>13</sup>. Il est maintenant bien établi qu'en temps de paix, le DIDH confère aux États le pouvoir de recourir à la détention de sécurité à l'encontre d'individus qui menacent leur sécurité. Pour autant, cette possibilité n'est pas aussi simple dans les conflits armés, en particulier dans les CANI.

## La possibilité de la détention de sécurité dans les CAI

Les dispositions actuelles du DIH prévoient différentes formes de restriction de la liberté individuelle dans les situations de conflit armé, y compris la détention de sécurité. La Troisième Convention de Genève (CG III) autorise la détention de combattants en tant que prisonniers de guerre (PG) jusqu'à la fin des hostilités actives, dans le but de les empêcher de rejoindre l'armée de l'État dont ils dépendent, ou de retourner sur le champ de bataille<sup>14</sup>. Cette mesure peut être vue comme une

- 11 Voir Els Debuf, *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict*, Chatham House et CICR, Londres, 22-23 septembre 2008, pp. 2-3.
- 12 L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) de 1950 contient une liste exhaustive des motifs de détention autorisés. Voir CEDH, article 5, par.1, *alinéas a-f*.
- 13 Voir CDH, *David Alberto Cámpora Schweizer c. Uruguay*, communication n° 66/1980, Doc. NU, CCPR/C/OP/2, 1990, par. 18.1 ; CDH, *Mansour Ahani c/ Canada*, communication n°1051/2002, Doc. NU, CCPR/C/80/D/1051/2002, 2004, par. 10.2 (qui affirme explicitement qu'« un placement en détention sur la foi d'une attestation de danger pour la sécurité intérieure (...) pour des motifs liés à la sécurité nationale, ne constitue pas *ipso facto* une détention arbitraire, incompatible avec le paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte »). Voir également CDH, observation générale 35, 2014, par. 18 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 27. D'autres organes de défense des droits de l'homme ont également reconnu la légitimité de la détention de sécurité à plusieurs reprises : voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, A/HRC/30/36, 2015 ; HCDH, *Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal*, juillet 2015, par. 9. Toutefois, le CDH a souligné à maintes reprises que la détention pour raisons de sécurité présentait un risque grave d'arbitraire. Voir CDH, observations finales sur la Jordanie, Doc. NU, CCPR/C/JOR/CO/4, 2010, par. 11 ; CDH, observations finales sur la Colombie, Doc. NU, CCPR/C/COL/CO/6, 2010, par. 20 ; CDH, observation générale 35, 2014, par. 15. La CEDH a également estimé que la détention de sécurité pouvait être autorisée en cas d'état d'urgence, qu'une dérogation pouvait être accordée conformément à l'article 15 de la CEDH et qu'une personne pouvait être détenue dans le cadre d'une procédure d'expulsion. Voir CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 23 CEDH 413, 1996, par. 112 ; CEDH, *A et autres c. Royaume-Uni*, arrêt (Grande Chambre), 2009 (C.7), par. 169 ; CEDH, *Hassan, op. cit.* note 10, par. 104.
- 14 Voir CG III, articles 21 et 118 ; Convention de La Haye (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, 1907, article 11. Voir également Alec D. Walen, « Crossing a Moral Line: LongTerm Preventive Detention in the War on Terror », *Philosophy and Public Policy Quarterly*, vol. 28, n° 3-4; Ashley S. Deeks, « Administrative Detention in Armed Conflict », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 40, n° 3, 2009, p. 404.

mesure de sécurité nationale au sens large du terme. Comme l'a justement souligné le CICR, les PG

peuvent recourir à la force contre d'autres personnes prenant directement part aux hostilités, c'est-à-dire de les prendre pour cible et de les tuer ou de les blesser et d'attaquer des objectifs militaires. Parce qu'une telle activité est manifestement *préjudiciable à la sécurité de la partie adverse*, la Troisième Convention de Genève prévoit qu'un État détenteur « pourra soumettre les prisonniers de guerre à l'internement (nous soulignons)<sup>15</sup> ».

Contrairement aux internés civils, l'État n'est pas tenu de démontrer la nécessité de détenir des PG. Cette nécessité est présumée et aucun contrôle judiciaire n'est exigé<sup>16</sup>. En principe et en vertu du DIH, un PG n'est pas enfermé dans une cellule, mais plutôt gardé dans un camp ; mais, s'il est accusé d'un crime, il peut faire l'objet d'une mesure de confinement dans l'attente de son procès si « l'intérêt de la sécurité nationale l'exige<sup>17</sup> ». De la même façon, la Quatrième Convention de Genève (GC IV) autorise l'internement et l'assignation à résidence de personnes protégées et d'autres civils tant sur le territoire d'un État belligérant que dans un territoire occupé, lorsque ces mesures sont rendues nécessaires pour des raisons de sécurité<sup>18</sup>. Il ressort donc de ces deux conventions que le droit des CAI reconnaît précisément aux États le pouvoir ordinaire de détenir des personnes mettant en danger leur sécurité nationale.

## La détention de sécurité est-elle juridiquement encadrée dans les CANI ?

Contrairement aux règles applicables dans les CAI, le DIH régissant les CANI ne cite pas explicitement la sécurité nationale comme un motif licite de détention. D'ailleurs, ces dispositions ne mentionnent aucun autre motif juridique explicite à la détention, même en cas de poursuites pénales. Ces lacunes du droit des CANI à propos de l'autorisation ou de l'interdiction de la détention donnent lieu à des débats sans fin entre les praticiens et les universitaires<sup>19</sup>.

15 Voir CICR, « L'internement dans les conflits armés : Règles de base et défis », Prise de position, novembre 2014, p. 5.

16 Voir Marko Milanović, « Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law », in Orna Ben-Naftali (dir.), *Human Rights and International Humanitarian Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, vol. 19/1, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 27. Il convient toutefois de noter que les prisonniers de guerre peuvent également être détenus s'ils font l'objet de poursuites judiciaires licites ou s'ils ont été reconnus coupables de crimes. Voir CG III, articles 85, 99, 119 et 129.

17 *Ibid.*, article 103. Notons que l'article 21 de la CG III dispose clairement que « ces prisonniers [les PG] ne pourront être enfermés ou consignés que si cette mesure s'avère nécessaire à la protection de leur santé ; cette situation ne pourra en tout cas se prolonger au-delà des circonstances qui l'auront rendue nécessaire ».

18 CG IV, articles 42 et 78. Voir également Cour suprême d'Israël, *Iad Ashak Mahmud Marab et al. c. Commandant des FDI*, 2002, par. 19-24. À noter que la CG IV emploie l'expression « sécurité militaire » au lieu de « sécurité nationale » lorsqu'il s'agit de territoires occupés : voir CG IV, article 5, alinéa 2. Le choix de la sémantique est important car les territoires occupés sont régis par une administration militaire.

19 Voir Haute Cour de justice du Royaume-Uni, *Serdar Mohammed c. Ministère de la Défense et autres*, Haute Cour de justice, 1369 (QB), 2 mai 2014 ; Kubo Mačák, « No Legal Basis under IHL for Detention in

Certains soutiennent que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et aux articles 5 et 6 du Protocole additionnel II (PA II) reconnaît implicitement la possibilité de la détention de sécurité dans les situations de conflit armé<sup>20</sup>. Ces dispositions traitent des personnes « privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient *internées ou détenues* » et cette mention spécifique aux personnes internées ou détenues est considérée comme ayant tacitement prévu la possibilité de détenir pour des raisons de sécurité (nous soulignons)<sup>21</sup>. Pourtant, cette argumentation est erronée en soi. Le fait de réglementer une pratique ne signifie pas nécessairement que le droit *autorise* le recours à une telle pratique<sup>22</sup>. En effet, « il est courant que des branches du droit règlementent une pratique sans la fonder juridiquement [traduction CICR]<sup>23</sup> ». Ainsi, si le DIH parle de la guerre et la

Non-International Armed Conflicts ? A Comment on Serdar Mohammed v. Ministry of Defence », *EJIL: Talk!* 5 mai 2014, disponible sur : <https://www.ejiltalk.org/no-legal-basis-under-ihl-for-detention-in-non-international-armed-conflicts-a-comment-on-serdar-mohammed-v-ministry-of-defence/> (toutes les références internet ont été vérifiées en mai 2019) ; Lawrence Hill-Cawthorne et Dapo Akande, « Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts? », *EJIL: Talk!*, 7 mai 2014, disponible sur : [www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts](http://www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts) ; Peter Rowe, « Is There a Right to Detain Civilians by Foreign Armed Forces during a Non-International Armed Conflict? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n° 3, 2012 ; Ramin Mahnad, « Beyond Process: The Material Framework for Detention and the Particularities of Non-International Armed Conflict », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 16, 2013 ; Daragh Murray, « Non-State Armed Groups, Detention Authority in Non-International Armed Conflict, and the Coherence of International Law: Searching for a Way Forward », *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, n° 2, 2017.

- 20 Jelena Pejic affirme que « [l']internement est... sans conteste une mesure qui peut être prise dans le cadre d'un conflit armé non international, comme le prouve le libellé des articles 5 et 6 du Protocole additionnel II », Jelena Pejic, « Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement / la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence », *Revue Internationale de la Croix-Rouge, Sélection française* 2005, vol. 87, n° 858, p. 333, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/article/review/review-858-p375.htm>. Voir également Jann K. Kleff, « Operational Detention and the Treatment of Detainees », in Terry D. Gill et Dieter Fleck (dir.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 471 ; John Bellinger III and Vijay Padmanabhan, « Detention Operations in Contemporary Conflicts », *American Journal of International Law*, vol. 105, n° 2, 2011, p. 214 ; Knut Dormann, « Detention in Non-International Armed Conflicts », in Kenneth Watkin et Andrew J. Norris, *Non-International Armed Conflict in the Twenty-First Century*, International Law Studies Series, vol. 88, US Naval War College, Newport, RI, 2012, p. 348. L'administration Obama a également invoqué l'article 3 commun, le PA II et, étrangement, le droit de légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte des Nations Unies, comme fondement juridique pour interner les détenus de Guantanamo. Voir « Legal Adviser Koh's Speech on the Obama Administration and International Law », mars 2010, disponible sur : <https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>.
- 21 PA II, article 5, par. 1 ; Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1987 (Commentaire CICR des PA), par. 3063. Au cours des travaux préparatoires de la CG IV, lors de la neuvième séance de la Conférence des plénipotentiaires, M. Day (Royaume-Uni) a fait observer que « [s]i une personne a commis un crime, elle doit subir une peine. Or, l'internement n'est pas une peine, ce n'est qu'une précaution propre à assurer la sécurité de l'État », *Acte final de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome 2 A, 1949, p. 658.
- 22 L. Hill-Cawthorne et D. Akande, *op. cit.* note 19 ; Ryan Goodman, « Authorization versus Regulation of Detention in Non-International Armed Conflicts », *International Law Studies*, vol. 91, 2015, p. 159. Aurel Sari pense également que la réglementation ne peut être assimilée à une autorisation, mais il ne partage pas la conclusion selon laquelle « le DIH n'autorise aucune des activités qu'il réglemente [traduction CICR] ». Voir Aurel Sari, « Sorry Sir, We're All Non-State Actors Now: A Reply to Hill-Cawthorne and Akande on the Authority to Kill and Detain in NIAC », *REDI: Talk!* 9 mai 2014.
- 23 *Ibid.*



règlemente, ceci ne signifie pas qu'il autorise la guerre, cet aspect relevant d'autres branches du droit international, à savoir le *jus ad bellum*<sup>24</sup>. De même, dans les CANI, la détention est un fait et une pratique courante et la réglementation du traitement des détenus par le DIH ne permet pas de conclure qu'un État belligérant ou un groupe armé non étatique est autorisé par ce droit à prendre de telles mesures<sup>25</sup>. Si tel était le cas, les règles applicables seraient explicites, mais ni l'article 3 commun ni le PA II n'indiquent clairement « qui peut être détenu, pour quels motifs, selon quelles procédures ou pour combien de temps [traduction CICR]<sup>26</sup> ».

Dans son étude, le Professeur Ryan Goodman développe une argumentation qui semble plus convaincante lorsqu'il explique que

Les États ont accepté des obligations de DIH plus contraignantes pour les conflits armés internationaux que pour les conflits non internationaux. (...) [S]i des États ont le droit de recourir à certaines pratiques lors d'un conflit armé international [p. ex. la détention], ils ont *a fortiori* le droit d'y recourir lors d'un conflit non international [traduction CICR]<sup>27</sup>.

Dès lors, si le DIH permet aux États de détenir des civils pour des raisons de sécurité dans des CAI, il leur permet sûrement de faire de même dans des CANI<sup>28</sup>. Dans le même ordre d'idées, on peut aussi affirmer que le pouvoir de détenir peut être considéré comme découlant de « la pratique des conflits armés et la logique du DIH selon laquelle les parties à un conflit peuvent arrêter des individus jugés présenter une grave menace pour la sécurité et les garder internés aussi longtemps qu'elles représentent un danger<sup>29</sup> » et qu'il lui est conforme. De ce fait, certains avancent que

24 Voir L. Hill-Cawthorne et D. Akande, *op. cit.* note 19. Marco Sassòli affirme également que « dans les conflits non internationaux, le DIH ne peut être considéré comme une base juridique suffisante pour détenir quiconque. Il prévoit simplement des garanties de traitement humain et, en cas de poursuites pénales, des garanties judiciaires [traduction CICR] », Marco Sassòli, « Terrorism and War », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n° 5, 2006, pp. 971-972. De même, Gabor Rona souligne l'existence d'un vide juridique dans le droit des CANI et propose d'élaborer de nouvelles normes pour le combler. Gabor Rona, « Is There a Way Out of the Non-International Armed Conflict Detention Dilemma? », *International Law Studies*, vol. 91, 2015.

25 L. Hill-Cawthorne et D. Akande, *op. cit.* note 19. Voir également Haute Cour de justice du Royaume-Uni, *Mohammed*, *op. cit.* note 19, par. 243.

26 *Ibid.* Voir également Peter Rowe, « Is There a Right to Detain Civilians by Foreign Armed Forces during a Non-International Armed Conflict? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n° 3, 2012, pp. 701-706.

27 Ryan Goodman, « The Detention of Civilians in Armed Conflict », *American Journal of International Law*, vol. 103, n° 1, 2009, p. 50.

28 Hill-Cawthorne et Akande déclarent aussi, de façon convaincante, que : « Étant donné que les CAI concernent deux ou plusieurs États, l'un ou l'autre de ces États est amené à agir sur le territoire d'un État étranger à l'égard de personnes qui sont des citoyens étrangers. Dans ces circonstances, seule une norme explicite de droit international peut conférer un droit de cibler, de détenir, etc. En l'absence d'une telle règle de droit international, ces mesures seraient illicites car les États n'ont pas le droit d'agir ainsi sur le territoire d'un autre État et ont des obligations à l'égard des autres États en ce qui concerne la manière dont ils traitent les ressortissants de ceux-ci [traduction CICR] », L. Hill-Cawthorne et D. Akande, *op. cit.* note 19.

29 E. Debuf, *op. cit.* note 11, p. 4. Dans le cas contraire, la solution serait de libérer ou de tuer les personnes capturées.



le pouvoir de détenir, y compris pour des raisons de sécurité, constitue un élément indissociable du droit de cibler des individus durant un conflit armé<sup>30</sup>.

Si ces arguments peuvent sembler convaincants, ils ne sont pas tout à fait exacts. Tout d'abord, si l'on considère que le pouvoir de détenir est le corollaire du pouvoir de cibler des individus, il est vrai que la détention constitue une mesure moins sévère que le ciblage qui n'est autorisé par le droit des CAI et des CANI qu'à l'encontre des combattants et des civils qui participent directement aux hostilités (PDH)<sup>31</sup>. S'il peut être important de pouvoir cibler des civils qui participent directement aux hostilités durant des CANI, la participation directe aux hostilités n'est pas, en soi, une condition nécessaire pour détenir des personnes pour des raisons de sécurité. En d'autres termes, représenter une menace pour la sécurité n'est pas synonyme de participation directe aux hostilités et est, en fait, bien plus large. Une personne peut représenter une menace pour la sécurité et, par conséquent, être détenue, sans participer directement, ou même *indirectement*, aux hostilités, ni être engagée dans des activités qui causent un préjudice matériel et direct, *réel ou potentiel*, à un État et sans avoir violé les règles du DIH<sup>32</sup>. Plus précisément, les régimes de détention et de ciblage, ainsi que les aspects qu'ils réglementent, sont distincts et ne devraient pas être confondus. Dès lors, l'affirmation selon laquelle la prérogative d'un État de pouvoir cibler certains individus, lui donnerait aussi le pouvoir de les détenir car ils peuvent être considérés comme ayant menacé la sécurité de l'État mais sans avoir participé directement aux hostilités, est donc très discutable. De la même façon, l'argument qui en découle, selon lequel en l'absence de fondement juridique à la détention, les États peuvent être encouragés à tuer ces personnes plutôt que les détenir, n'est pas si évident. Tuer des individus lors d'un conflit armé ne dépend pas vraiment de la capacité des États à les détenir.

30 Voir par exemple Claus Krefß, « Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n° 2, 2010, p. 263, qui avance qu'« un « nouveau concept de conflit armé » pour ce qui concerne la détention préventive dans les conflits armés non internationaux est susceptible d'émerger par une « transposition » ou par analogie avec les principes du droit de la guerre réglementant les conflits armés internationaux traditionnels. Un tel concept pourrait comprendre un droit inhérent de détenir comme un corollaire du droit de cibler [traduction CICR] ». Voir également Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 301-302.

31 Sur la notion de PDH, voir Nils Melzer, Guide interprétatif du CICR sur la notion de participation directe aux hostilités, CICR, Genève, 2009. Voir également Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 152 ; Frits Kalshoven et Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, CICR, Genève, 2001, p. 99 ; CIDH, *Ellacuria et al c. Salvador*, 22 décembre 1990 ; Cour suprême d'Israël, *Comité public contre la torture en Israël c. État d'Israël et al.*, 2005, par. 33-40.

32 Les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels n'exigent pas un préjudice concret résultant des activités d'une personne protégée. L'article 42 de la CG IV autorise l'internement ou l'assignation à résidence d'un étranger « si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire ». Cette disposition n'exige pas qu'un acte hostile soit effectivement commis par l'étranger ; l'éventualité que de tels actes puissent être commis suffit. Voir Robert W. Ghering, « Loss of Civilian Protections », *Military Law Review*, vol. 90, automne 1980, pp. 51-52, 84-85, qui fait valoir qu'« [un] civil qui n'a commis aucun acte d'hostilité et ne s'est livré à aucune activité ayant causé un préjudice peut encore se voir refuser un droit dont l'exercice serait préjudiciable aux intérêts nationaux ou à la sécurité de son ennemi [traduction CICR] ». Voir également R. Goodman, *op. cit.* note 27.

Il est également difficile d'être d'accord avec l'affirmation selon laquelle les États auraient le pouvoir de détenir des individus dans un CANI puisqu'ils disposent de ce pouvoir dans les CAI, alors que, dans ce cas, ils sont tenus à des obligations bien plus contraignantes. La nature du conflit comme des parties impliquées est totalement différente dans les CANI et les CAI. La *raison d'être* des règles réglementant les CANI et les CAI, y compris celles relatives à la détention, n'est pas non plus la même. Un CAI oppose en principe deux ou plusieurs États et reconnaît à un État belligérant le pouvoir de détenir des individus qui représentent un danger pour sa sécurité comme une conséquence naturelle du droit souverain inhérent à cet État de protéger son intégrité territoriale, son indépendance politique et le bien-être de sa population.

Dans un CAI, reconnaître à un État le pouvoir de détenir présente aussi un intérêt réciproque : cette reconnaissance garantit aux États que leurs citoyens susceptibles d'être détenus par d'autres États belligérants, seront traités avec humanité. Dans les CAI, on part du postulat que les États belligérants ont la capacité et l'autorité institutionnelle pour détenir des individus avec humanité et dignité et qu'ils disposent de mécanismes judiciaires ou quasi-judiciaires pour apprécier d'éventuels emprisonnements arbitraires. À l'inverse, il n'y a pas de telles garanties dans des CANI. Un CANI est un conflit qui oppose des États à des acteurs non étatiques, ou des acteurs non étatiques entre eux, et l'absence d'autorisation explicite de détenir, exprime, à l'évidence, l'hostilité des États pour toute règle juridique qui pourrait conférer aux acteurs non étatiques un certain degré de reconnaissance. Naturellement, ceci ne signifie pas nécessairement que les États souhaitent limiter leur propre pouvoir de détenir dans les CANI<sup>33</sup>. Mais ils savent bien qu'ils peuvent, parallèlement aux règles de DIH, recourir à d'autres moyens juridiques pour détenir des individus qui menacent leur sécurité, notamment par le droit interne. C'est pourquoi affirmer que le DIH offre un fondement juridique à la détention dans les situations de CANI, doit nécessairement reposer sur un autre raisonnement, mêlant droit conventionnel et droit coutumier.

Une solution consisterait à s'inspirer des dispositions applicables aux CAI, puisque le DIH, tant conventionnel que coutumier, prévoit un pouvoir inhérent de détenir, de transposer cette règle aux CANI et de considérer ce « pouvoir inhérent de détenir » comme fondement juridique à l'internement dans les CANI<sup>34</sup>. À cet égard, il est naturellement possible de trouver de solides fondements normatifs dans le droit international coutumier. Les États ont toujours placé en détention des individus menaçant leur sécurité, en temps de paix comme lors d'un CANI et ceci est considéré comme étant licite<sup>35</sup>. On peut donc soutenir que les éléments nécessaires

33 K. Mačák, *op. cit.* note 19.

34 Voir Jelena Pejić, « La protection conférée par l'article 3 commun », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 881, 2011, pp. 208-209 : « On estime que la référence à "d'impérieuses raisons de sécurité" établit un équilibre réaliste entre la nécessité de protéger la liberté individuelle et la nécessité pour l'autorité détentrice de se protéger contre toute activité portant gravement atteinte à sa sécurité [traduction CICR] ». Voir également CICR, « Renforcement du DIH protégeant les personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé non international : Consultations régionales », document de travail, 2012, p. 13.

35 Voir Major Robert E. Barnsby, « Yes We Can: The Authority to Detain as Customary International Law », *Military Law Review*, vol. 202, 2009, pp. 73-81. Voir également Lawrence Hill-Cawthorne, *Detention*

à l'établissement du droit coutumier – la pratique et l'*opinio juris* – sont présents et qu'il existe donc une règle coutumière qui autorise la détention dans les CANI.

Une autre référence juridique, souvent négligée par la doctrine, figure à l'article 3 du PA II qui dispose :

Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un État ou à la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'État *par tous les moyens légitimes* (nous soulignons).

Dans cette disposition, l'expression « par tous les moyens légitimes » s'entend au sens large et comprend une grande variété de mesures susceptibles d'être prises par un État pour protéger sa sécurité. Bien que cette disposition ne cite aucune de ces mesures, on peut certainement penser que la détention de sécurité soit l'un de « tous les moyens légitimes » nécessaires pour maintenir l'ordre public et défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale, qui sont les piliers traditionnels de la sécurité nationale des États<sup>36</sup>.

Sur ces deux fondements, en l'occurrence le droit coutumier et l'article 3 du PA II, on peut conclure que le DIH autorise la détention dans les CANI et, qu'en conséquence, les États ont le pouvoir de détenir des personnes représentant une menace pour leur sécurité. Il convient toutefois de noter que la formation d'une règle de droit coutumier est essentiellement statocentrique et que l'article 3 du PA II fait lui-même référence aux États comme la seule entité autorisée à user de « tous les moyens légitimes » pour maintenir la sécurité nationale et l'ordre public. Le même argument ne peut donc pas être avancé pour conférer un pouvoir de détenir aux acteurs non étatiques. En effet, le risque de conférer une légitimité à des groupes armés fait que les États sont réticents et qu'ils hésitent à reconnaître à des acteurs non étatiques le pouvoir de détenir<sup>37</sup>. Dans les CANI, il est rare que les États acceptent ou même tolèrent *de facto* le pouvoir de leurs adversaires à cibler ou détenir des individus. Dès lors, l'argument selon lequel il existe une règle coutumière de DIH qui confère le pouvoir de détenir dans les CANI n'est valable que pour les États et non pour les groupes armés non étatiques. Certains auteurs ont tenté d'élaborer un pouvoir de détenir équivalent pour les groupes armés non étatiques, fondé sur le principe d'« égalité des armes », affirmant que ceci permettrait un meilleur respect du DIH par toutes les parties à un conflit armé<sup>38</sup>. Toutefois, ce raisonnement manque d'un fondement normatif solide, tout du moins au regard de la détention ; en d'autres termes, il existe un vide juridique évident.

*in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 70 ; Kubo Mačák, « A Needle in a Haystack? Locating the Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflict », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 45, 2015, disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=2559220>.

36 La genèse de cette disposition montre que la règle fut introduite afin de rassurer les États quant aux possibles interventions de forces extérieures, y compris des organisations humanitaires, sous couvert d'opérations humanitaires. Voir Commentaire CICR des PA, *op. cit.* note 21, pp. 1385-1386.

37 Comme Justice Leggatt l'a souligné à juste titre dans l'affaire *Mohammed*, *op. cit.* note 19, les États n'auraient pas accepté d'établir, par un traité, un droit de détenir dans un CANI, car ceci reviendrait à accorder à un groupe rebelle le droit d'exercer une fonction qui est un attribut essentiel de la souveraineté des États.

38 D. Murray, *op. cit.* note 19.

## Dépasser le débat entre autorisation et réglementation

L'analyse qui précède et une grande partie de la doctrine sur le sujet<sup>39</sup> affirment clairement que le débat sur la détention tourne essentiellement autour de la question de savoir si le DIH *autorise* ou *réglemente* la détention dans les CANI. Comme indiqué dans la partie précédente, un examen attentif des différents arguments montre que, tant que la détention est exercée par des *États*, l'argument selon lequel le DIH donne un fondement juridique à la détention dans les CANI est solidement établi en droit coutumier et par l'article 3 du PA II ; cependant, on ne trouve aucune règle normative similaire, conventionnelle ou coutumière, qui autoriserait des groupes armés non étatiques à exercer le même pouvoir. En dépit de cette conclusion, il convient de prendre du recul sur la question et de s'interroger sur deux points fondamentaux : premièrement, est-il nécessaire, en fin de compte, pour la protection des individus dans les conflits armés, que le DIH prévoie des règles qui autorisent ou interdisent explicitement la détention et, deuxièmement, dans la négative, quels sont les autres moyens juridiques à disposition des parties à un CANI pour recourir à des mesures de détention ?

*A priori*, il est vrai qu'une règle claire et explicite autorisant/interdisant la détention dans les CAI instaure une sécurité juridique. Toutefois, le débat récurrent sur la question de savoir si le DIH doit ou devrait expressément fonder juridiquement la détention dans les CANI est relativement secondaire et peut même s'avérer contre-productif compte-tenu de l'existence des autres moyens juridiques à disposition des États pour prendre des mesures de détention. Pour les détenus, l'enjeu majeur n'est pas l'autorisation ou pas de les détenir, mais les conditions de leur détention<sup>40</sup>. La question de la possibilité de la détention devrait être traitée par d'autres instruments, comme le droit interne des États et, le cas échéant, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies ainsi que le DIDH<sup>41</sup>. Bien entendu, dans la mesure où ces règles, surtout les lois nationales et le DIDH, sont traditionnellement appliquées uniquement par des États et non par des acteurs non étatiques, il peut être intéressant

39 Voir par exemple K. Mačák, *op. cit.* note 19 ; L. Hill-Cawthorne et D. Akande, *op. cit.* note 19 ; R. Goodman, *op. cit.* note 22 ; A. Sari, *op. cit.* note 22.

40 Sur le plan pratique, déterminer si le DIH devrait réglementer spécifiquement la question de la détention dans les CANI a pour seul véritable enjeu de déterminer si un pays européen partie à un CANI peut imposer des détentions de sécurité sans enfreindre l'article 5 de la CEDH. C'est en effet la question qui fut posée dans l'affaire *Mohammed*, *op. cit.* note 19. Voir L. Hill-Cawthorne et D. Akande, *op. cit.* note 19.

41 Selon Gabor Rona, « il est logique (...) puisqu'il n'y a pas [dans un CANI] de conflit entre deux ou plusieurs États souverains, que le DIH relatif aux conflits armés non internationaux soit muet, par respect du droit interne, sur les questions de détention [traduction CICR] ». Gabor Rona, « An Appraisal of US Practice Relating to « Enemy Combatants » », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 10, 2007, pp. 232, 241. Ceci est vrai pour la plupart des CANI, mais certains d'entre eux peuvent aussi déborder au-delà des frontières internationales, en dehors de la compétence d'un État donné et il est possible que le droit interne d'un État ne soit pas nécessairement adéquat. Voir C. Kreß, *op. cit.* note 30. Voir également E. Debuf, *op. cit.* note 11, pp. 3-9 ; Monica Hakimi, « International Standards for Detaining Terrorist Suspects : Moving Beyond the Armed Conflict- Criminal Divide », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 40, n° 3, 2009, pp. 607609 ; M. Sassòli, *op. cit.* note 24, p. 972, Andrea Bianchi et Yasmin Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Hart, Oxford and Portland, OR, 2011, p. 329.

de spécifier clairement quelles sont les règles du DIH qui accorderaient aux groupes armés non étatiques un pouvoir de détenir dans les situations de CANI. Toutefois, comme indiqué précédemment, les États sont souvent réticents à accepter des règles qui laissent entendre que des groupes armés non étatiques ont un pouvoir de détenir équivalent au leur. Les États peuvent considérer qu'accorder aux groupes armés non étatiques un pouvoir de détenir équivaut à partager avec ces acteurs leur pouvoir souverain et donc à limiter leur propre pouvoir à contenir les insurrections<sup>42</sup>. Les États savent que des groupes armés non étatiques ont la possibilité de détenir des individus, mais ils refusent de reconnaître juridiquement cette possibilité car ceci reviendrait à accorder une certaine légitimité à ces groupes. L'opposition des États à reconnaître, juridiquement et explicitement, le pouvoir de détenir à des groupes armés non étatiques, est donc essentiellement une question de « cadre » et pas un refus de la détention par ces groupes à proprement parler. Comme il ressort clairement des dispositions très limitées de l'article 3 commun et du PA II (articles 4 et 5 en particulier), il apparaît que les États préfèrent s'obliger eux-mêmes par des règles qui visent à améliorer le respect du traitement humain des détenus, sans donner l'impression que des acteurs non étatiques puissent avoir le même pouvoir de détenir.

Si l'on veut aller vers une solution qui soit acceptable pour les États, les discussions sur la question devraient donc se concentrer sur l'étendue de la protection juridique concrète que le DIH devrait offrir aux personnes détenues dans les CANI, en particulier les conditions fondamentales et procédurales de leur détention, de leur traitement durant la détention, de leur transfert et de leur libération. Le développement du droit applicable aux CANI devrait, de la même façon, viser à garantir un traitement plus humain des détenus, plutôt que de se focaliser sur la question de l'*autorisation* ou l'*interdiction* de la détention. Les réflexions visant à combler un vide juridique devraient être axées sur l'élaboration de règles propres aux CANI qui, *a minima*, garantissent un traitement conforme aux normes humanitaires fondamentales et procédurales applicables dans les CAI ou à celles conformes aux normes du DIDH pour les personnes détenues dans des situations dérogoatoires au DIDH<sup>43</sup>. Le régime juridique applicable en cas de dérogation aux obligations du DIDH vise généralement à réglementer des situations comme la guerre et les garanties fondamentales et procédurales applicables dans ces situations dérogoatoires sont des normes minimales qui sont applicables dans toutes les situations, quels que soient le niveau ou la nature de la crise, y compris lorsqu'un État est impliqué dans un CANI ou un CAI. D'un point de vue historique, les États ont incorporé ces diverses dispositions dérogoatoires dans les traités régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme principalement pour lutter contre les menaces de conflit armé<sup>44</sup>.

Pour ce qui est de la détention de sécurité, notons que toutes ses formes, qui sont couvertes par les dispositions applicables des divers traités de DIH, à savoir la détention préventive, l'internement et l'assignation à résidence, sont généralement

42 Voir D. Murray, *op. cit.* note 19, p. 451.

43 À cet égard, quelques universitaires ont déjà tenté de mettre en lumière ces garanties fondamentales et procédurales. Voir par exemple K. Dörmann, *op. cit.* note 20, pp. 349-365.

44 Voir Giorgio Agamben, « The State of Exception as a Paradigm of Government », in Giorgio Agamben, *State of Exception*, traduit par Kevin Attel, Chicago University Press, Chicago, IL, 2005, pp. 1-31.

considérées comme des mesures très graves qui ont de lourdes conséquences sur les droits des personnes<sup>45</sup>. Ainsi, toute autre forme plus restrictive de détention de sécurité est interdite, indépendamment de la nature ou du niveau de menace que représentent ces individus pour la sécurité<sup>46</sup>.

Au vu des conséquences graves de la détention de sécurité sur le droit des individus, celle-ci ne peut être ordonnée qu'exceptionnellement et uniquement lorsque les circonstances l'exigent. C'est ce qu'atteste le libellé de l'article 42 de la CG IV : « si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend *absolument nécessaire* » ; et, dans les territoires occupés, l'article 78 : « *pour d'impérieuses raisons de sécurité* ». Ces libellés montrent que la détention de sécurité sans procès constitue une mesure exceptionnelle, qui n'est licite que lorsque les circonstances l'exigent<sup>47</sup>. Ces dispositions sont renforcées par le principe fondamental selon lequel les droits et les libertés des personnes doivent être sauvegardés, à moins qu'une réelle menace pour la sécurité ne nécessite leur restriction<sup>48</sup>.

Aux fins du présent article et sauf mention contraire, l'auteur considérera les règles du DIH applicables dans les CAI comme des règles coutumières également applicables dans les CANI. En outre, comme le droit des CANI ne prévoit pas un statut de combattant, l'auteur considérera les détenus dans les CANI comme des « internés civils » plutôt que comme des PG. Dans la partie suivante, l'auteur s'efforcera de montrer que la détention de sécurité dans les CAI doit obéir à

45 Jean Pictet affirme que « la mise en résidence forcée et l'internement » « sont les [mesures] les plus sévères auxquelles puisse recourir l'Etat détenteur en cas d'insuffisance des autres mesures », Jean Pictet (dir.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949*, tome 4 : *Commentaire de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1958. (Commentaire CICR de la CG IV), p. 275. Voir également Cour suprême d'Israël, *Marab*, *op. cit.* note 18, par. 20. En ce qui concerne le niveau de gravité, l'internement est plus sévère que l'assignation à résidence « puisqu'[il] suppose, en général, l'obligation de vivre dans un camp, à l'intérieur duquel sont rassemblées les personnes internées ». Voir Commentaire CICR de la CG IV, ci-dessus p. 275. Voir également Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 26.

46 L'article 41 de la CG IV dispose que « [s]i la Puissance au pouvoir de laquelle se trouvent les personnes protégées n'estime pas suffisantes les autres mesures de contrôle mentionnées dans la présente Convention, *les mesures de contrôle les plus sévères auxquelles elle pourra recourir* seront la mise en résidence forcée ou l'internement, conformément aux dispositions des articles 42 et 43 (nous soulignons) ». L'article 78 dispose, de la même façon que la Puissance occupante « *pourra tout au plus* leur [les personnes protégées] imposer une résidence forcée ou procéder à leur internement (nous soulignons) ».

47 Voir Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 258 ; Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 24 (« ces mesures ne peuvent être adoptées que dans des cas extrêmes et exceptionnels [traduction CICR] »). Dans la décision *Al-Jedda c. le Royaume-Uni*, la CEDH indique que l'internement est « une action de dernier ressort », CEDH, *Al-Jedda c. le Royaume-Uni*, 2011, par. 107. Voir également Hans-Peter Gasser, « Protection of the Civilian Population », in Dieter Fleck et Michael Bothe (dir.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 288.

48 Cour suprême d'Israël, *Marab*, *op. cit.* note 18. La Cour a déclaré qu'« il faut toujours garder à l'esprit que la détention sans que la responsabilité pénale n'ait été établie, ne devrait être possible que dans des cas très exceptionnels. La règle générale est celle des libertés. La détention est l'exception. La règle générale est celle de la liberté. Le confinement est une exception [traduction CICR] ». Pejic soutient également « le caractère exceptionnel de l'internement (...) qui découle du principe général selon lequel la liberté personnelle est la règle, et de l'hypothèse selon laquelle la justice pénale est apte à prendre des mesures à l'égard des personnes soupçonnées de représenter un danger pour la sécurité de l'Etat », J. Pejic, *op. cit.* 20, pp. 337-338. Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al.*, 1998, par. 565.

certaines conditions minimales. Dans les CANI, des règles analogues sont issues des dispositions conventionnelles et coutumières du DIH, du DIDH, ainsi que de la jurisprudence des juridictions internes et internationales. Il est important de noter que toute proposition, à l'avenir, visant à étoffer le droit des CANI à propos de la détention de sécurité devrait tenir compte de l'« impact du cadre » réglementaire et de son possible impact sur la réponse des États.

## Conditions et limites de la détention de sécurité licite

S'il reconnaît aux États parties à un conflit armé le droit d'ordonner la détention de sécurité à l'encontre de personnes qui représentent une menace pour la sécurité, le droit de la guerre n'autorise pas la suspension totale du droit à la liberté des victimes d'un conflit armé, quelle que soit la menace pour la sécurité invoquée. Il n'autorise la restriction de liberté que dans des circonstances strictement définies et sous certaines conditions. Celles-ci imposent de réelles limites au pouvoir des États de recourir à la détention de sécurité en temps de guerre et pourraient, si les États le jugent approprié, être appliquées à la détention de sécurité, tant dans les CAI que dans les CANI.

### Lien avec le conflit armé

Lorsque le DIH est applicable, la condition première pour recourir à la détention de sécurité est l'exigence d'un lien avec le conflit armé. Un État ne peut recourir à la détention de sécurité, conformément au DIH, que si la menace sur la sécurité qui justifie une telle mesure, est liée à un conflit armé. Un État ne peut pas s'appuyer sur le DIH pour soumettre des personnes à une détention de sécurité afin de faire face à une menace qui n'est pas liée au conflit armé, quelle que soit la gravité de cette menace pour sa sécurité. Ceci résulte tout simplement du champ d'application matériel du DIH qui est limité aux situations de conflit armé. Par conséquent, une personne ne peut être internée que si ses activités, réelles ou projetées, peuvent être considérées comme faisant partie de la guerre ou comme lui étant liées. Tel est le cas lorsqu'un civil tire sur un soldat ennemi qu'il rencontre, pose une bombe dans un camp ennemi, détruit des installations de communication, tente de libérer des PG, égare intentionnellement des troupes ou réalise d'autres tâches de renseignement pour le compte de l'ennemi. De manière générale, toutes les « menées subversives effectuées sur le territoire d'une Partie au conflit, des actes qui favorisent directement la Puissance ennemie, constituent autant de menaces pour la sécurité nationale<sup>49</sup> ».

### La gravité de la menace et l'existence d'un doute raisonnable

En principe, la gravité de la menace est une condition préalable essentielle pour invoquer les exceptions de sécurité nationale reconnues par les traités de DIH. Une menace pour la sécurité qui justifie la détention d'individus dans le cadre d'un conflit armé doit atteindre un seuil minimal de gravité ; elle devrait être grave et suffisamment

49 Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, pp. 277-278.



étayée pour être invoquée<sup>50</sup>. La Puissance détentrice devrait toujours être capable de démontrer qu'elle a « des raisons sérieuses et légitimes » de considérer que les détenus risquent de porter atteinte à sa sécurité<sup>51</sup>. Cet aspect a été bien expliqué par Justice Barak, ancien président de la Cour suprême d'Israël, dans l'affaire *Ajuri c. Commandant des FDI*. Alors qu'il examinait la licéité de l'assignation à résidence imposée par le commandant militaire israélien à certains Palestiniens dans les territoires palestiniens occupés pour des raisons de sécurité, Justice Barak a déclaré :

Quel est le niveau de danger qui justifie l'assignation à résidence d'une personne et quelle en est la probabilité ? La réponse est que n'importe quel niveau de danger n'est pas suffisant. Compte tenu du caractère exceptionnel de cette mesure, elle ne peut, en principe, être ordonnée que s'il existe des preuves administratives qui, même si elles sont irrecevables devant un tribunal, montrent *clairement et de manière convaincante* que si l'assignation à résidence n'est pas décidée, il y a une probabilité raisonnable que la personne présente un *danger réel* de porter atteinte à la sécurité du territoire (nous soulignons) [traduction CICR]<sup>52</sup>.

Une détention de sécurité qui serait fondée sur une simple suspicion ou une menace inexistante, voire un soutien minime à une menace réelle, n'est donc pas licite<sup>53</sup>. Par ailleurs, il ne suffit pas, par exemple, de démontrer l'existence d'un lien étroit entre un détenu et une organisation « terroriste » pour placer des personnes en détention préventive. Il conviendrait plutôt d'établir la réalité de la menace, spécifique et individuelle, en se fondant sur le « lien et la contribution à l'organisation... exprimés autrement, qui suffisent à inclure [l'individu] dans les hostilités au sens large, de sorte que sa détention sera juridiquement justifiée [traduction CICR]<sup>54</sup> ». Ceci exige

50 Voir Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 278 (Pictet indique qu'il faut être en présence de personnes ou d'organisations susceptibles de « nuire sérieusement » à la sécurité, « tels que le sabotage ou l'espionnage »). L'article 75 de la CG IV, quoique relatif à la suspension de l'exécution de la peine de mort dans les territoires occupés, évoque des « circonstances graves et critiques [dans lesquelles] la sécurité de la Puissance occupante ou de ses forces armées est exposée à une menace organisée ». Dans l'affaire *Schweizer*, le CDH a également souligné que « si la détention administrative ne peut pas être contestée dans des situations où la personne concernée constitue une *menace claire et grave* pour la société, qui ne peut être contenue d'aucune autre manière, le Comité souligne que les garanties énoncées aux paragraphes suivants de l'article 9 sont pleinement applicables dans ces cas (nous soulignons) [traduction CICR] ». CDH, *Schweizer*, *op. cit.* note 13, par. 18.1.

51 Voir S. Sivakumaran, *op. cit.* note 30, p. 303 : « La détention préventive sans preuve et reposant sur un simple soupçon est interdite, même si son but déclaré est de garantir la sécurité de l'État [traduction CICR] ». Dans son rapport de 1999 sur la Colombie, la CIDH a également observé que « la détention préventive est une mesure spéciale qui ne devrait être appliquée que dans les cas où il existe un *doute raisonnable*, et non une simple présomption, que le défendeur peut échapper à la justice ou détruire des preuves [traduction CICR] ». CIDH, *Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rév. 1, 26 février 1999, par. 21 ; voir également CIDH, *Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme*, 2002 (Rapport de la CIDH sur le terrorisme), par. 123.

52 Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 25. Voir également Cour suprême d'Israël, *A c. État d'Israël*, CrimA 6659/06, 5 mars 2007, par. 23, disponible sur : [https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Anonymous\\_Supremecourt\\_Judgment\\_11-6-2008.pdf](https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Anonymous_Supremecourt_Judgment_11-6-2008.pdf) (« une preuve claire et convaincante [traduction CICR] »). Le même niveau de preuve, « hautement probable » ou « certaine », est également proposé par certains experts. Voir Debuf, *op. cit.* note 11, p. 5.

53 Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 39.

54 Cour suprême d'Israël, *A c. État d'Israël*, *op. cit.* note 5, par. 21. Selon la Cour suprême d'Israël, « pour interner une personne, il ne suffit pas qu'elle ait apporté une contribution vague, minime ou marginale,

que la menace qui justifie la détention émane du détenu, personnellement<sup>55</sup>. En tant que telle, la détention de sécurité ne peut pas être ordonnée, par exemple, pour dissuader d'autres personnes, ou par commodité pour la puissance détentrice, ou encore pour utiliser un individu comme « monnaie d'échange » avec l'ennemi, même si l'on pourrait penser que la sécurité nationale en serait renforcée<sup>56</sup>. De même, l'internement d'individus ne saurait être décidé dans le seul but de recueillir des renseignements dans des circonstances où un détenu ne présente, personnellement, aucune menace pour la sécurité<sup>57</sup>.

## Le caractère préventif de la mesure

La détention de sécurité est préventive par nature. Elle a pour principal et unique objectif de faire face à un danger présent ou futur, plutôt que de sanctionner un acte illégal qui aurait précédemment été commis<sup>58</sup>. La détention de sécurité ne peut pas être ordonnée pour punir pénalement une personne pour des crimes antérieurs<sup>59</sup>. Ceci montre clairement que même si un individu a effectivement commis des actes qui ont porté atteinte à la sécurité d'un État, il ne peut pas être assigné à résidence ou

aux hostilités contre l'État d'Israël. (...) [L]État doit prouver qu'elle a contribué à la commission d'actes hostiles contre l'État, directement ou indirectement, d'une manière qui soit de nature à prouver sa dangerosité personnelle [traduction CICR] », *Ibid.* Voir également R. Goodman, *op. cit.* note 27, p. 55.

55 Voir Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 278.

56 « Une condition essentielle pour pouvoir assigner une personne à résidence conformément à l'article 78 de la quatrième Convention de Genève est que la personne constitue elle-même un danger et que son assignation à résidence contribuera à éviter ce danger. Il s'ensuit que la décision discrétionnaire d'assigner une personne à résidence doit être fondée sur l'objectif d'éviter un danger. L'assignation à résidence d'une personne non coupable qui ne présente pas elle-même un danger ne peut être justifiée par le seul fait que son assignation à résidence dissuadera d'autres personnes [traduction CICR] », Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 24, 27. Voir également Cour suprême d'Israël, *John Does (A) c. Ministère de la Défense*, HCJ 1 CrimFH 7048/97, 12 avril 2000, par. 15-19, disponible sur : [http://www.hamoked.org/files/2012/230\\_eng.pdf](http://www.hamoked.org/files/2012/230_eng.pdf). La Cour a confirmé cette position dans l'affaire *Batya Arad c. la Knesset*, affaire n° HCJ 2967/00, PD 54 (2) 188, 2000 et dans l'affaire *A. et B. c. État d'Israël*, CrimA 6659/06, CrimA 1757/07, CrimA 8228/07, CrimA 3261/08, 11 juin 2008, par. 18-19. Voir également E. Debuf, *op. cit.* note 11, p. 5 ; CDH, observations finales sur l'Azerbaïdjan, Doc. NU, CCPR/C/80/D/79/2002, 1994, par. 8.

57 Voir R. Goodman, *op. cit.* note 27, p. 55 (qui cite la Cour suprême des États-Unis, *Hamdi c. Rumsfeld*, 542 US 507, 2004) ; J. Pejic, *op. cit.* note 34, p. 21 ; M. Hakimi, *op. cit.* note 41, p. 644. Voir également Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 368.

58 TPIY, *Delalić*, *op. cit.* note 48, par. 577 ; Cour suprême d'Israël, *A. c. État d'Israël*, *op. cit.* note 52, par. 22.

59 *Ibid.*, par. 22. Dinstein a également écrit que « la détention administrative doit avoir un caractère préventif, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas avoir pour but de punir une infraction commise dans le passé, mais comme une mesure empêchant le suspect de commettre une infraction dans le futur. Lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir déjà commis une infraction, elle devrait être poursuivie par un tribunal compétent. Certes, il arrive que des détentions administratives soient ordonnées à l'encontre de personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions dans le passé, lorsqu'il n'y a pas suffisamment de preuves pour obtenir leur condamnation par un tribunal, ou lorsque la preuve de leur culpabilité hors de tout doute raisonnable exige la divulgation de renseignements (comme exposer des agents secrets que l'occupant ne veut pas mettre en danger ou dont il ne veut pas faire cesser les opérations clandestines). Cependant, même dans de tels cas, le motif de l'internement (du moins en théorie) n'est pas la sanction (sans procédure judiciaire régulière) d'une infraction commise dans le passé, mais la crainte que des actes similaires ne soient commis dans le futur [traduction CICR] », Yoram Dinstein, « The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 8, 1978, pp. 125-126.

interné, sauf en présence d'une réelle possibilité qu'il récidive<sup>60</sup>. Il est avancé, de façon assez convaincante, que ceci est essentiellement dû au fait que le recours à la détention de sécurité « résulte, entre autres, de la difficulté de trouver une réponse dans le droit pénal à certaines menaces à la sécurité nationale [traduction CICR]<sup>61</sup> ». Si le danger résulte d'un événement passé, la justice pénale est alors préférable à la détention préventive et constitue la voie la plus appropriée<sup>62</sup>. Pour que la détention préventive soit prolongée, la menace doit persister<sup>63</sup>. Aussi, si une personne a déjà été détenue à titre préventif, internée ou assignée à résidence, sans que des charges pénales aient été retenues à son encontre, elle devrait être libérée « dès que les causes qui ont motivé son internement n'existeront plus<sup>64</sup> » et en tous cas « le plus rapidement possible après la fin des hostilités<sup>65</sup> ». La seule exception à cette règle est le cas où le détenu est accusé ou reconnu coupable de crimes ou lorsqu'il a violé les règles disciplinaires<sup>66</sup>.

## Les critères d'absolue nécessité et de raisons impérieuses

Les critères de *nécessité absolue* et de *raisons impérieuses* exigés aux articles 42 et 78 de la CG IV constituent également des garanties importantes<sup>67</sup>. Pour ordonner valablement la détention de sécurité, les États devraient démontrer qu'il existe une nécessité matérielle et temporelle qui exige la détention d'individus sans procès.

60 *Ibid.* Toutefois, comme l'a indiqué Dinstein (*ibid.*), ceci ne signifie pas que l'individu ne peut pas être soumis à d'autres mesures. En effet, s'il s'agit d'un civil, il peut faire l'objet de poursuites pénales et être condamné pour avoir participé aux hostilités. Voir par exemple CG IV, article 68.

61 Cour suprême d'Israël, *John Does*, *op. cit.* note 56, par. 16.

62 Voir M. Hakimi, *op. cit.* note 41, pp. 610-614.

63 *Ibid.* Voir également Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 24.

64 CG IV, article 132.

65 *Ibid.*, article 133. Il s'agit là d'une position de longue date du CICR. Selon Jelena Pejic, « [I]n des principes les plus importants qui régissent l'internement, ou la détention administrative, est le fait que cette forme de privation de liberté doit prendre fin dès que la personne visée par la mesure cesse de constituer une menace réelle pour la sécurité de l'État. Compte tenu de l'évolution rapide des événements lors d'un conflit armé, une personne considérée comme représentant une menace aujourd'hui peut ne plus représenter la même menace si la situation change sur le terrain. Autrement dit, plus l'internement dure, plus il est difficile pour une autorité détentrice d'en justifier la validité. La raison d'être du principe susmentionné est donc de faciliter la libération de la personne dès que les causes qui ont motivé sa privation de liberté n'existent plus ». J. Pejic, *op. cit.* note 20, p. 339. Voir également PA I, article 75, par. 3. Cette règle est considérée comme une règle du droit international coutumier applicable tant aux CAI qu'aux CANI. Voir Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 8, règle 128, c) ; M. Hakimi, *op. cit.* note 41, p. 607 ; K. Dörmann, *op. cit.* note 20, pp. 352-353. Voir également A. Bianchi et Y. Naqvi, *op. cit.* note 41, p. 370 ; H.-P. Gasser, *op. cit.* note 47, pp. 322-323.

66 CG IV, article 133, alinéa 2. Voir Y. Dinstein, *op. cit.* note 59, p. 126.

67 Selon Pictet, « en insistant sur le caractère exceptionnel des mesures d'internement et de mise en résidence forcée et en subordonnant leur application à des conditions rigoureuses, la (Quatrième) Convention tend à mettre un terme à une pratique abusive constatée au cours de la seconde guerre mondiale. Trop souvent le seul fait d'être ressortissant ennemi avait été considéré comme justifiant l'internement. Dorénavant, seule la nécessité absolue, fondée sur les exigences de la sécurité de l'État, peut commander le recours à ces deux mesures si toutefois cette sécurité ne peut être assurée à l'aide de moyens moins sévères. Toutes considérations fondées sur d'autres critères sont rigoureusement prosrites », Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 278 ; TPIY, *Delalić*, *op. cit.* note 48, par. 581 (« L'organe judiciaire ou administratif chargé de reconsidérer le placement en détention décidé par une partie à un conflit doit avoir constamment à l'esprit le fait qu'une telle mesure ne peut être prise que si la sécurité l'exige absolument. Dès lors, si ces mesures ont été inspirées par d'autres considérations, l'instance de recours est tenue de les annuler »). Voir également H.-P. Gasser, *op. cit.* note 47, p. 320.

Il faut également démontrer qu'il existe un lien logique (« critère de rationalité / *rational means test* ») entre la détention de sécurité et le danger que l'on cherche à prévenir ; que la détention de sécurité soit la mesure la moins restrictive possible pour faire face à ce danger (« critère des moyens les moins préjudiciables » / *least injurious means test*) ; et que la protection des intérêts de sécurité nationale en justifie le coût – c'est-à-dire la privation de liberté résultant de la détention de sécurité (« proportionnalité au sens strict »)<sup>68</sup>. De la même façon, il est soutenu à juste titre que la décision de recourir à la détention de sécurité est seulement

destinée à empêcher et contrecarrer un danger pour la sécurité qui résulterait des actes qu'[un détenu] peut commettre et qui ne peut pas être raisonnablement évité par des mesures légales ordinaires (une procédure pénale) ou par une mesure administrative qui est moins grave eu égard à ses conséquences (dans le but d'établir une corrélation entre des actes antérieurs et un danger pour le futur [traduction CICR])<sup>69</sup>.

Il convient en outre de préciser que le simple fait que des hostilités durent depuis longtemps « ne peut pas justifier la prolongation de la détention ou de l'internement de civils ; leur détention n'est justifiée que pour autant que des raisons de sécurité l'exigent strictement<sup>70</sup> ».

### *Un seuil de nécessité plus élevé et une condition de proportionnalité plus exigeants pour l'internement et l'assignation à résidence dans le droit des droits de l'homme*

Comme il ressort des termes « absolu » et « impérieux » employés aux articles 42 et 78 de la CG IV, la gravité de l'internement et de l'assignation à résidence exige un niveau de nécessité et de proportionnalité plus élevé que dans les cas ordinaires de nécessité reconnus dans le DIDH ou que pour celui prévu par l'article 103 de la CG III qui dispose qu'un PG ne peut être maintenu en détention préventive « à moins que l'intérêt de la sécurité nationale ne l'exige<sup>71</sup> ». Bien qu'il soit difficile d'établir un seuil de nécessité précis, lequel dépend aussi des circonstances, la détention de sécurité dans un conflit armé implique un critère de nécessité plus exigeant qu'en temps de paix.

68 La décision de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Beit Sourik*, illustre bien ces critères, *op. cit.* note 5, par. 41. Voir également R. Goodman, *op. cit.* note 27, p. 55. Gasser a en outre observé que « [l']internement ne devrait être ordonné que si d'autres mesures de contrôle ne sont pas suffisantes [traduction CICR] » : H.-P. Gasser, *op. cit.* note 47, p. 288. Voir également CIDH, *Coard et al. c. États-Unis*, 1999, par. 52 ; CIDH, Rapport sur le terrorisme, *op. cit.* note 51, par. 143.

69 Cour suprême d'Israël, *Sejadia c. ministre de la Défense*, affaire n° HCJ 253/88, IsrSC 43(3) 801, 1988, cité par la Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 25.

70 CIDH, Rapport sur le terrorisme, *op. cit.* note 51, par. 143.

71 En DIDH, le terme « nécessaire » n'est pas considéré comme synonyme de « indispensable » et n'est pas aussi souple que des termes tels « recevable », « ordinaire », « utile », « raisonnable » ou « souhaitable ». Voir les décisions de la CEDH in *Handyside c. Royaume-Uni*, 1976, par. 48. Voir également CEDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt, 26 novembre 1991, par. 59 ; CEDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, arrêt, 24 novembre 1986, par. 55. Dans l'affaire *Nicaragua*, la C.I.J. a également jugé que les mesures destinées à protéger les intérêts de la sécurité nationale devaient avoir un caractère « non seulement utile mais « nécessaire » » : C.I.J. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 117, par. 224.

Étant donné que les conflits armés sont la menace la plus importante pour la sécurité, laquelle peut pousser les États à prendre des mesures plus exceptionnelles et plus sévères que toute autre menace à la sécurité en temps de paix, cette interprétation peut sembler incohérente, car l'État devrait avoir une marge d'action plus importante en temps de guerre qu'en temps de paix. Pourtant, les risques d'infractions sont plus grands lors d'un conflit armé qu'en temps de paix. Il est donc plausible et souhaitable d'imposer une condition de nécessité plus stricte dans les contextes de conflit armé.

Notons toutefois que, même si l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ne l'exige pas explicitement, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (CDH) se réfère aussi à ce qui est « absolument nécessaire » à propos de la détention de sécurité en temps de paix<sup>72</sup>. Si cette règle est considérée comme celle qui prévaut, il n'y a donc aucune différence au regard du seuil de nécessité exigé entre les situations de conflit armé et le temps de paix, et la détention de sécurité ne peut être ordonnée que pour autant qu'elle soit absolument nécessaire.

### *Territoires occupés : un niveau de nécessité particulièrement exigeant*

On fait valoir que le niveau de nécessité exigé pour assigner des individus à résidence ou pour les interner est encore plus exigeant dans les territoires occupés. Selon Pictet :

Dans les territoires occupés, l'internement des personnes protégées devra être encore plus exceptionnel que sur le territoire des Parties au conflit, car la notion de nationalité ne joue aucun rôle. C'est pourquoi l'article 78 parle d'impérieuses raisons de sécurité ; il ne saurait s'agir de mesures collectives, mais uniquement de mesures individuelles (...) [l'internement et l'assignation à résidence] doivent garder un caractère exceptionnel<sup>73</sup>.

Cette approche bien plus restrictive du pouvoir de la Puissance occupante pour détenir des personnes dans des territoires occupés pour des raisons de sécurité est justifiée par la nature même de l'occupation. L'occupation militaire est présumée temporaire et placer le territoire sous administration militaire est généralement considéré comme une conséquence inévitable de la nécessité militaire, plutôt que comme un système visant à satisfaire les ambitions d'annexion du territoire de l'ennemi ou à exercer un contrôle politique total sur les personnes qui s'y trouvent<sup>74</sup>. L'absence de pouvoir souverain sur le territoire et sur le peuple conduit les militaires à apporter la preuve d'une nécessité réellement impérieuse d'interner des civils dans un territoire occupé, avec une plus grande rigueur que ce qui serait exigé d'une Puissance

72 CDH, observation générale 35, 2014, par. 15.

73 Voir Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 393.

74 Cour suprême d'Israël, *Beit Sourik*, *op. cit.* note 5, par. 27 et 28 (affirmant que la barrière de sécurité était destinée à contrer la menace terroriste et qu'il ne s'agissait pas d'une mesure politique pour définir une frontière). Voir également Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 21 ; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 247 ; Marco Sassòli, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 4, 2005, p. 673 ; Y. Dinstein, *op. cit.* note 59, pp. 109-110.

détentrice sur son propre territoire. Comme nous le verrons plus loin, la Puissance occupante est également tenue d'instituer une procédure régulière pour déterminer si une personne doit être internée ou assignée à résidence dans une zone donnée.

### L'interdiction de la détention de sécurité comme sanction collective

Le DIDH ne permet pas d'ordonner une détention de sécurité sans une évaluation individuelle du niveau particulier de menace posé par une personne donnée<sup>75</sup>. Cette même règle s'applique également aux détenus de sécurité pendant un conflit armé. Il s'agit là d'une conséquence directe et logique de la règle énoncée plus haut, à savoir que les personnes ne peuvent faire l'objet d'une détention de sécurité que si elles constituent *personnellement* une menace pour la sécurité. Un État belligérant n'a pas le droit d'interner ou d'assigner à résidence des personnes protégées *en masse* sans examiner soigneusement le cas de chaque personne concernée. La détention préventive, qu'elle ait lieu sur le territoire occupé ou sur le territoire d'un État, ne doit pas être utilisée comme une sanction collective applicable indistinctement à tous les individus sans considération de la nature ou du niveau de menace que chaque détenu constitue<sup>76</sup>. De toute évidence, pour que cette évaluation puisse être effectuée, les détenus doivent bénéficier des droits et des garanties procédurales qui leur permettent de contester la légalité de leur détention. Ceci nous amène directement à la partie suivante qui traite des garanties procédurales prévues par le droit international pour les personnes placées en détention de sécurité.

### Garanties procédurales contre la détention arbitraire

Les règles du DIDH applicables prévoient diverses garanties procédurales et fondamentales contre la détention arbitraire, notamment le droit à l'*habeas corpus*, le droit d'être informé rapidement des raisons de la détention, l'accès à un avocat et le droit à un réexamen périodique de la nécessité du maintien en détention, en cas de détention de sécurité<sup>77</sup>. Comme le DIDH continue de s'appliquer dans les situations de conflit armé, ces garanties devraient, en principe, également s'appliquer. Toutefois,

75 Voir CDH, observations finales – Israël, Doc. NU, CCPR/C/79/Add.93, 1998, par. 21. Voir également CDH, observations finales – Inde, Doc. NU, CCPR/C/79/Add.81, 4 août 1997, par. 24.

76 « Cela ne veut pas dire qu'une autorité détentrice ne puisse pas interner un grand nombre de personnes, mais que la décision initiale d'internement et toute décision ultérieure de le poursuivre (y compris leurs motifs) doivent être prises en fonction de chaque personne concernée ». J. Pejic, *op. cit.* note 20, pp. 338-339.

77 Voir PIDCP, article 9, al. 4 ; CDCH, article 5, al. 4 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 7, par. 6. Voir également l'article 17, par. 2, al. f, de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; l'article 16 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ; l'article 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; le principe 4 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, Rés. AGNU 43/173, 9 décembre 1988 (Ensemble de principes de l'ONU). Voir également CDH, observation générale 35, 2014, par. 15, 40, 46 ; CDH, *Schweizer*, *op. cit.* note 13, par. 18.1 ; Rapport sur le terrorisme de la CIDH, *op. cit.* note 51, par. 128, 139 ; HCDH, observation générale 8, Doc. NU, HRI/GEN/1/rév.1, 1994, par. 4.

parce que le DIDH permet de déroger à certaines de ces garanties ou du moins de les modifier dans des situations d'urgence (le conflit armé en étant l'exemple type), les États ont invoqué ce régime dérogatoire afin de priver les détenus des garanties procédurales élémentaires<sup>78</sup>. Il est donc nécessaire de déterminer s'il est possible de déroger à ces garanties dans les situations de conflit armé ou si celles-ci continuent d'être applicables en dépit du fait que ces dérogations peuvent être conformes aux règles du DIDH.

Les règles du DIH applicables disposent explicitement que les détenus qui font l'objet d'une mesure d'internement ou d'une assignation à résidence doivent bénéficier de certaines des garanties procédurales les plus importantes contre la détention arbitraire<sup>79</sup>. Ce qui rend cette prescription différente de la règle de DIDH, c'est que les États ne peuvent pas y déroger<sup>80</sup>. Le DIH impose des garanties humanitaires minimales qui prennent déjà en compte à la fois la nécessité militaire et l'urgence à laquelle les États sont régulièrement confrontés dans les conflits armés<sup>81</sup>. Par conséquent, aucun motif fondé sur la sécurité nationale ou sur l'urgence ne justifie la suspension de ces garanties, sauf dans les conditions expressément prévues par le droit<sup>82</sup>. Certaines autres garanties procédurales contre les détentions arbitraires, applicables dans les situations de conflit armé et dont les détenus de sécurité peuvent également bénéficier, sont mentionnées ci-après.

### L'exigence d'une « procédure régulière »

Dans les territoires occupés, l'article 78 de la CG IV dispose que les décisions d'internement ou d'assignation à résidence « seront prises suivant une procédure régulière

78 Par exemple, la Constitution américaine autorise la suspension du droit d'*habeas corpus* « dans les cas de rébellion ou d'invasion si la sécurité publique l'exige [traduction CICR] ». Constitution des États-Unis, article 1, partie 9, par. 2. Ainsi, dans les premières années qui ont suivi les attaques terroristes du 11 septembre 2001, le gouvernement américain a sans cesse affirmé que les détenus de Guantanamo ne devraient pas bénéficier du droit à l'*habeas corpus*. Voir Jonathan Hafetz, « A Different View of the Law: *Habeas Corpus* during the Lincoln and Bush Presidencies », *Chapman Law Review*, vol. 12, 2009, p. 441.

79 CG IV, article 5, al. 3, articles 71-78, article 123, al. 2, article 126.

80 Dinstein a relevé que les règles du DIH « sont en vigueur, pleinement en temps de guerre (ainsi que lors des hostilités qui déclenchent la guerre), dans la mesure où elles sont nées et qu'elles ont été directement conçues pour s'appliquer à un conflit armé. Il est possible de déroger à [ces droits] dans des cas extrêmes, mais ces dérogations sont strictement limitées à des personnes ou à des situations spécifiques. Dans ce strict respect, [les droits en DIH] sont totalement différents des droits de l'homme ordinaires (en temps de paix). Les droits de l'homme ordinaires (en temps de paix) sont souvent soumis à des restrictions "dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de la sûreté publique". Plus important encore, il est possible de déroger aux droits de l'homme ordinaires (en temps de paix) – qu'ils soient ou non restreints – lors d'un conflit armé international [traduction CICR] », Y. Dinstein, *op. cit.* note 31, p. 22. Voir également C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinion dissidente du juge Roslyn Higgins, 2004, par. 14 ; Louise Doswald-Beck et Sylvain Vite, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 33, n° 800, 1993, pp. 99-128 ; Rapport de la CIDH sur le terrorisme, *op. cit.* note 51, par. 78 ; Commentaire CICR des PA, *op. cit.* note 21, p. 303 ; Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 250.

81 TPIY, *Delalić*, *op. cit.* note 48, par. 581. Voir également Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 281 (qui indique que « la procédure envisagée par la Convention constitue un minimum »).

82 Voir par exemple CG IV, article 5.



qui devra être fixée par la Puissance occupante ». Il est ici question de la décision *initiale* de la détention, distincte de celle relative à sa licéité qui intervient ultérieurement. La Convention ne donne aucune précision sur ce que signifie l'exigence d'une « procédure régulière ». Il a été avancé qu'elle pourrait vouloir dire que l'interné devrait avoir la possibilité d'être entendu et que, à cette fin, l'État est également tenu « d'établir des procédures permettant l'examen des mesures d'internement<sup>83</sup> ».

Il n'y a aucune exigence équivalente s'agissant du propre territoire d'un État<sup>84</sup>, pas plus qu'à l'article 3 commun ou dans les dispositions du PA II applicables aux situations de CANI. Ainsi, la nature et les modalités de la décision de détenir sur le territoire d'un État lors d'un CAI ou d'un CANI restent vraisemblablement tributaires de la législation nationale et des circonstances de la capture. Dans la législation nationale de nombreux pays, il est communément admis que la détention (en particulier lorsqu'elle dure plus de quarante-huit heures) devrait être autorisée par un juge, à moins que ceci ne soit pas possible en raison des circonstances prévalant au moment où la décision est prise<sup>85</sup>. En temps de guerre, qu'il s'agisse d'un CAI ou d'un CANI, il n'est pas toujours possible d'obtenir un mandat d'arrêt respectueux de la procédure judiciaire habituelle. Néanmoins, l'autorité qui ordonne la détention préventive, judiciaire ou administrative, devrait disposer de procédures pour vérifier l'existence d'une cause valable – notamment la réalité d'une menace à la sécurité directe, impérieuse et imminente – qui nécessite une arrestation et une détention immédiates<sup>86</sup>.

### Le droit à l'*habeas corpus*

Outre le fait que la décision initiale de détention doit être prise selon une « procédure régulière », l'article 78 de la CG IV exige également qu'il soit prévu un droit d'appel permettant aux détenus de contester la validité de la décision de les détenir. Ceci fait référence au droit à l'*habeas corpus*, qui est également reconnu par l'article 43 de la CG IV, appliqué sur le territoire d'un État. Selon cette disposition « [t]oute personne protégée qui aura été internée ou mise en résidence forcée aura le droit d'obtenir qu'un tribunal ou un collègue administratif compétent, créé à cet effet par la Puissance

83 Cf. H.-P. Gasser, *op. cit.* note 47, p. 289. De même, la CIDH a statué que l'exigence d'une « procédure régulière » comprend « le droit du détenu d'être entendu et de faire appel de la décision et que toute prolongation de la détention doit faire l'objet d'un réexamen régulier [traduction CICR] » : CIDH, Rapport sur le terrorisme, *op. cit.* note 51, par. 143.

84 La disposition de la CG IV applicable sur le territoire d'un État, l'article 43, impose seulement que la décision d'internement puisse être reconsidérée par un collègue administratif ou un tribunal. Toutefois, Pictet affirme que les garanties de procédure prévues par l'article 78, tant pour la première décision d'internement que pour son réexamen, doivent respecter les prescriptions de l'article 43. Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 394. La mention explicite de l'exigence d'une procédure régulière uniquement à propos des territoires occupés peut être considérée comme un renforcement du caractère exceptionnel de la détention de sécurité dans un territoire occupé, par opposition au territoire d'un État.

85 Voir Cour suprême d'Israël, *Marab*, *op. cit.* note 18, par. 32. Les procédures mentionnées à l'article 78 figurent également dans les manuels militaires de nombreux pays et la pratique de nombreux pays montre que le principe de la détention judiciaire est applicable. Voir Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 8, p. 457 et vol. 2 : *Pratique*, pp. 2240-2250.

86 Voir CDH, observation générale 35, 2014, par. 15.

détentrice, reconsidère dans le plus bref délai la décision prise à son égard ». Dans le cadre plus récent de la « guerre contre le terrorisme » et bien qu'il ait été systématiquement contesté que ce droit soit applicable aux combattants dits « illégaux », il semble désormais incontestable que le droit d'*habeas corpus* est applicable à tous les internés civils, qu'ils soient désignés comme des combattants illégaux ou ennemis, qu'ils se trouvent sur leur propre territoire ou dans des territoires occupés<sup>87</sup>. Ainsi, les personnes détenues pour des raisons de sécurité dans des conflits armés ont le droit, comme n'importe quel autre détenu, à ce que la décision de leur placement en détention soit examinée dès que possible par un organe judiciaire ou quasi judiciaire<sup>88</sup>. Cet organe suivra une procédure régulière, respectueuse d'un juste équilibre entre le droit à la liberté du détenu et la sécurité de la Puissance détenitrice, en tenant compte de la possibilité que le niveau de risque présenté par un détenu ait été mal évalué compte tenu de l'environnement complexe et incertain du conflit armé<sup>89</sup>.

Il convient de noter que le droit à l'*habeas corpus* n'est pas expressément prévu par les règles du DIH applicables aux CANI. Cependant, on trouve cette règle dans le droit interne de la plupart des États au monde<sup>90</sup> et, à l'exception de la Charte africaine, tous les autres traités régionaux relatifs aux droits de l'homme et de nombreuses conventions le reconnaissent formellement<sup>91</sup>. Même dans le système africain, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a reconnu l'existence de ce droit en procédant à une lecture combinée des articles 6 et 7 de sa Charte<sup>92</sup>. À plusieurs reprises, la CADHP a relevé que « les instances juridictionnelles connaissent, en *tout temps*, des recours en *habeas corpus*, en amparo ou de procédures similaires et se prononcent à leur sujet. Aucune circonstance ne peut être invoquée pour refuser à quiconque d'exercer un recours en *habeas corpus* (nous soulignons)<sup>93</sup> ». Pour

87 Voir Cour suprême des États-Unis, *Zadvydas c. Davis*, [2001] 533 US 678, 2001 ; Cour suprême des États-Unis, *Hamdi c. Rumsfeld*, 542 US 507, 2004 ; Cour suprême des États-Unis, *Rasul c. Bush*, 542 États-Unis, 466, 2004 ; Cour suprême des États-Unis, *Boumediene c. Bush*, 553 États-Unis 723, 2008. Voir également Jennifer K. Elsea et Michael John Garcia, *Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus Challenges in Federal Court*, CRS Report for Congress, 3 février 2010 ; Cour suprême d'Israël, *Marab*, *op. cit.* note 18, par. 26. Voir également *A c. État d'Israël*, 6659/06 HCJ, 5 mars 2007, par. 41.

88 Article 43, article 78 CG IV (« dans le plus bref délai possible »). Contrairement au DIDH, le DIH ne prévoit pas de délai spécifique pour l'intervention d'un juge. Cela dépend donc des circonstances et le critère de proportionnalité entrera en jeu si l'intervention est reportée pendant un certain temps. Dans l'affaire *Marab*, la Cour suprême d'Israël a estimé qu'un délai de 18 jours pour saisir une autorité judiciaire dans les territoires occupés était inacceptable, alors que dans l'affaire *A. c. État d'Israël*, elle a estimé que le délai de 14 jours n'était pas disproportionné. Cour suprême d'Israël, *Marab*, *op. cit.* note 18, par. 32 ; Cour suprême d'Israël, *A. c. État d'Israël*, *op. cit.* note 52.

89 Voir Cour suprême des États-Unis, *op. cit.* note 87, p. 532.

90 Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 8, p. 464.

91 PIDCP, article 9, al. 4 ; CDCH, article 5, al. 4 ; Convention américaine des droits de l'homme, article 7, al. 6. Voir également l'article 17, par.2, al. f de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; l'article 16 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ; l'article 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; le principe 4 de l'Ensemble de principes des Nations-Unies, *op. cit.* note 77.

92 CADHP, *Achuthan (pour Banda) et Amnesty International (pour Orton et Vera Chirwa) c. Malawi*, Comm. n° 64/92, 68/92, 78/92, 1995, par. 8-9 ; CADHP, *Abdel Hadi, Ali Radi et al. c. République du Soudan*, communication N° 368/09, 4 juin 2014, par. 87 ; CADHP, *Purohit et Moore c. La Gambie*, communication n° 241/01, 2003, par. 70.

93 CADHP, *Hadi*, *op. cit.* note 92, par. 87. Voir également par exemple CADHP, *Purohit*, *op. cit.* note 92,

la CADHP, aucun motif, y compris des raisons de sécurité ou une situation de conflit armé, ne peut justifier de refuser ou de retarder indûment, l'exercice par un détenu de son droit à l'*habeas corpus*<sup>94</sup>. De même, son équivalent américain, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), a affirmé à plusieurs reprises que le recours en *habeas corpus* est une norme *indérogeable* qui ne peut être suspendue ou rendue inopérante y compris en cas d'état d'urgence ou face à la forme la plus grave de menace à la sécurité nationale, y compris les conflits armés<sup>95</sup>. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme n'a cessé de souligner que l'existence de menaces à la sécurité nationale comme le terrorisme, ne donnaient pas carte blanche aux États « pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes et, en dernière instance, par les organes de contrôle de la Convention<sup>96</sup> ». Parallèlement, le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies a observé que le fait qu'un individu soit détenu pour des motifs de sécurité ne le prive pas de son droit de contester la légalité de sa détention et que toute législation qui refuse le droit d'*habeas corpus* aux détenus de sécurité viole l'alinéa 4 de l'article 9 du PIDCP<sup>97</sup>. On peut donc en conclure que, par son caractère indérogeable, le droit d'*habeas corpus* s'applique non seulement dans les CAI, mais aussi aux personnes détenues pour des raisons de sécurité dans les situations de CANI.

## Examen initial

Contrairement à la règle de l'*habeas corpus* en DIDH qui requiert un examen de la détention par un organe judiciaire approprié<sup>98</sup>, l'article 43 de la CG IV prévoit que cet examen puisse être effectué non seulement par un tribunal mais aussi par un collège administratif. Pour les territoires occupés, l'article 78 de la CG IV prévoit que l'examen

par. 72 ; CADHP, *Good c. Botswana*, 2011 ; CADHP, *Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique*, 2003, Principe 5(e).

94 Voir CADHP, *Hadi*, *op. cit.* note 92, par. 88 ; CADHP, *Hadi*, *op. cit.* note 93, par. 175.

95 CIDH, Rapport sur le terrorisme, *op. cit.* note 51, par. 126-127. Voir également Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), *Habeas Corpus in Emergency Situations (articles 27(2) et 7(6) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme)*, avis consultatif OC-8/87, Ser. A, n° 8, 30 janvier 1987. La Charte arabe adopte également la même position sur l'intangibilité du droit d'*habeas corpus*. Bien que l'article 4 du PIDCP ne le mentionne pas explicitement dans la liste des droits auxquels il ne peut être dérogé, le Comité des droits de l'homme a fait observer qu'« [a]fin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, il découle du même principe que le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte » : CDH, observation générale 29, 2001, par. 16. Voir également CDH, observations finales – Israël, Doc. NU, CCPR/C/79/Add.93, 1998, par. 21 (à propos de la détention préventive, le CDH a observé que malgré la dérogation d'Israël à l'article 9, Israël « ne peut déroger à l'exigence d'un contrôle judiciaire effectif de la détention [traduction CICR] »). Les déclarations du Comité montrent clairement que le droit à l'*habeas corpus* a un caractère impératif, du moins lorsqu'il est invoqué en relation avec des droits non susceptibles de dérogation. Voir A. Bianchi et Y. Naqvi, *op. cit.* note 41, p. 304.

96 Voir CEDH, *Sakik et al. c. Turquie*, arrêt, 26 novembre 1997, par. 44.

97 CDH, *Luis Touron c. Uruguay*, communication n° R.7/32, Doc. NU, supp. n° 40 (A/36/40), 1981, par. 2.1, 2.3, 12.

98 L'article 9, par. 4 du PIDCP précise que l'organe doit être un tribunal, tandis que l'article 5, par. 3 de la CDCH, l'article 14, par. 5 de la CADHP et l'article 7, par. 5 de la CIDH exigent que ce soit un « juge ou un autre fonctionnaire habilité par la loi à exercer des attributions judiciaires ».

pourra être effectué par « un organisme compétent constitué par ladite Puissance [occupante] ». Étant donné que l'occupation est imposée par l'administration militaire, il est concevable que la Puissance occupante institue un organe compétent à la place d'un tribunal formel. Il est avancé que le fait que le DIH propose deux solutions ait pour but de procurer aux États belligérants une certaine souplesse<sup>99</sup>.

Ainsi, le DIH s'écarte clairement et en partie du DIDH, en ce qui concerne la nature de l'organe de recours. Cette différence montre que « les deux corpus juridiques ont des présomptions distinctes quant au contexte de la détention [traduction CICR] » ; l'un suppose que le système judiciaire ordinaire fonctionne bien en temps de paix, l'autre s'applique à une situation de conflit armé dans laquelle un collègue administratif pourrait être mieux à même de faire face aux pressions d'urgence engendrées par le conflit ou de remplacer un tribunal déficient ou qui ne fonctionne plus<sup>100</sup>. Pourtant, il est affirmé à juste titre que l'organe de recours sur le territoire d'un État ou l'« organe compétent » dans un territoire occupé devrait, *a minima*, garantir le respect des garanties adéquates qu'un tribunal formel peut offrir, y compris les garanties élémentaires d'indépendance et d'impartialité<sup>101</sup>. Un tel organe doit également pouvoir ordonner la libération des détenus dont la détention est jugée « inspirée par d'autres considérations que celles qui se fondent sur l'intérêt de sécurité<sup>102</sup> ». Le fait que l'article 43 de la CG IV utilise la conjonction de coordination disjonctive « ou » pour indiquer que le collègue administratif est une alternative au tribunal, renforce l'interprétation selon laquelle le collègue ou l'autorité compétente devrait présenter certaines des caractéristiques fondamentales d'un tribunal ordinaire.

Les articles 43 et 78 de la CG IV ne s'appliquant qu'aux situations de CAI, la question de la nature de l'organisme de recours dans les CAI se pose inévitablement. Une solution consisterait à adopter la règle du DIDH qui prévoit un recours de nature judiciaire. Cependant, dans certaines situations de CANI, il peut être impossible de recourir à un organe judiciaire pour tous les détenus de sécurité – par exemple, si, en raison d'un conflit qui dure, les tribunaux ordinaires d'un pays ne fonctionnent plus sur tout ou partie du territoire ou si le conflit se déroule à l'étranger contre un groupe armé non étatique et qu'il est matériellement impossible d'établir un organe judiciaire. Une souplesse équivalente à celle accordée aux États dans les CAI pour décider de la nature de l'organisme de recours est également nécessaire dans les CANI et, par conséquent, il devrait aussi être possible, dans les CANI, d'instituer un « tribunal ou un collègue administratif compétent » pour permettre aux détenus de sécurité de contester la légalité de leur détention.

99 L'article 43 s'inspire de la disposition de l'article 35, alinéa 2 de la CG IV. Voir Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 281.

100 J. Bellinger III et V. Padmanabhan, *op. cit.* note 20, p. 210.

101 Dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, la CEDH a noté que « s'il peut ne pas être réalisable, au 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 », CEDH, *Hassan*, *op. cit.* note 10, par. 106. Voir également Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 280.

102 *Ibid.*, p. 281.

## Examen périodique

L'article 43 et l'article 78 de la CG IV exigent tous deux que la décision d'internement ou de mise en résidence forcée soit examinée périodiquement, après que cette décision ait pu être examinée une première fois par un tribunal, un collège administratif ou un organisme compétent. Ce même droit est également garanti par le DIDH et ce réexamen périodique permet de s'assurer que le maintien en détention n'est pas arbitraire et reste nécessaire malgré l'évolution des circonstances<sup>103</sup>. Le réexamen périodique oblige « les autorités responsables à tenir compte de l'évolution (...) des événements et des changements à la suite desquels le maintien de l'internement ou de la mise en résidence forcée ne sauraient être justifiés<sup>104</sup> ». Ceci garantit « qu'aucune personne protégée ne soit retenue en résidence forcée ou dans un camp d'internement plus longtemps que la sécurité de l'État détenteur ne l'exige<sup>105</sup> ».

Cependant, à la différence du DIDH, qui exige simplement un examen « suffisamment fréquent et raisonnable [traduction CICR]<sup>106</sup> », l'article 43 de la CG IV indique explicitement la fréquence à laquelle l'examen doit être réalisé. Le tribunal ou le collège administratif devrait examiner la validité de l'internement ou de l'assignation à résidence *au moins deux fois l'an*. En territoire occupé, en revanche, la puissance occupante n'est tenue de procéder à un réexamen périodique que « *si possible tous les six mois* ». Le délai de six mois étant ambitieux, le réexamen peut être effectué dans un délai raisonnable, qui peut être supérieur à six mois selon les circonstances.

Il convient en outre de souligner que « contrairement à ce qui est prévu pour le recours initial » décrit ci-dessus, « qui n'intervient qu'à la demande de l'intéressé, ces examens périodiques [en vertu des articles 43 et 78 de la CG IV] auront lieu d'office après qu'une personne protégée se sera adressée une première fois à l'autorité responsable<sup>107</sup> ». Selon la Cour suprême d'Israël :

Le contrôle judiciaire n'est pas « externe » à la détention. Il fait partie intégrante du processus de détention lui-même. Cette approche repose sur une perspective constitutionnelle qui considère le contrôle judiciaire des procédures de détention

103 CDH, observation générale 35, 2014, par. 15 et 18. Dans l'affaire *A c. Australie*, le Comité a fait observer que « toute décision de maintenir une personne en détention devrait être réexaminée périodiquement de manière à pouvoir évaluer les motifs justifiant la détention. En tout état de cause, celle-ci ne devrait pas se prolonger au-delà de la période pour laquelle l'État peut fournir une justification appropriée », CDH, *A c. Australie*, 1997, par. 9.4.

104 Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, 280.

105 *Ibid.* ; TPIY, *Delalić*, *op. cit.* note 48, par. 58. De même, la Cour suprême d'Israël a jugé que « [l]e recours à la détention qui est un moyen extrême [...] impose tant à l'autorité compétente qu'au tribunal chargé de l'évaluer, le devoir particulier d'examiner soigneusement, de temps à autre, la portée des motifs invoqués à l'appui du maintien en détention, tout en faisant preuve de retenue dans le recours à la détention et en le limitant aux situations dans lesquelles la détention est réellement nécessaire par des motifs de sécurité [traduction CICR] ». Voir également *Khaled Ali Salem Said c. État d'Israël*, CrimA 7446/08, arrêt, 7 novembre 2008, par. 43.

106 Voir par exemple CEDH, *Lebedev c. Russie*, arrêt, 25 octobre 2007, par. 78-79. Le CDH n'a pas non plus précisé le délai entre chaque examen ; il a simplement déclaré qu'il y aurait « un examen suffisamment fréquent ».

107 Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 281.

comme essentiel à la protection de la liberté individuelle. Ainsi, le détenu n'a pas besoin de « faire appel » de sa détention devant un juge. La comparution devant un juge est une partie « interne » au processus de détention. Le juge ne se demande pas si un policier aurait raisonnablement été autorisé à procéder à la détention. Il se demande si, à son avis, il existe suffisamment de documents d'enquête pour justifier le maintien en détention [traduction CICR]<sup>108</sup>.

En tant que telle, la Puissance détentricrice ou occupante est, *ex proprio motu*, tenue de réexaminer automatiquement la décision de placement en détention après que le détenu ait demandé une première fois que cette décision soit reconsidérée<sup>109</sup>.

## Intervention de la Puissance protectrice

L'article 43 de la CG IV offre également une garantie supplémentaire contre la détention de sécurité arbitraire. À moins que les détenus ne s'y opposent, la Puissance détentricrice est tenue de communiquer à la Puissance protectrice, *dans les meilleurs délais*, le nom de tous les détenus qui font l'objet d'une mesure d'internement ou d'assignation à résidence, y compris ceux qui ont été libérés. De plus, le résultat de l'examen ou du réexamen de la détention par les tribunaux ou les collèges administratifs devrait également leur être communiqué le plus rapidement possible<sup>110</sup>. Ceci permet aux autorités nationales dont dépendent les détenus « d'avoir une image exacte de la situation de l'ensemble de leurs ressortissants demeurés sur le territoire de la Partie adverse et renseigner leurs familles<sup>111</sup> ». Il s'agit donc de mesures qui permettent de garantir aux détenus le maintien de contacts avec le monde extérieur<sup>112</sup>.

Par ailleurs, l'article 143 de la CG IV confère également aux Puissances protectrices un droit d'accès aux lieux de détention et d'internement. Selon cette disposition, les Puissances protectrices, à l'instar des délégués du CICR, « auront accès à tous les locaux utilisés par les personnes protégées et pourront s'entretenir avec elles sans témoin, par l'entremise d'un interprète, si cela est nécessaire ». Cet accès ne peut être restreint (suspendu mais jamais totalement interdit) qu'en raison d'impérieuses nécessités militaires et seulement à titre exceptionnel et temporaire<sup>113</sup>. Une fois l'accès autorisé, la fréquence et la durée des visites ne pourront pas être limitées<sup>114</sup>. Ceci devrait être considéré comme une garantie supplémentaire contre la détention arbitraire.

108 Cour suprême d'Israël, Marab, *op. cit.* note 18, par. 32.

109 H.-P. Gasser, *op. cit.* note 47, p. 322.

110 L'article 78 de la CG IV n'impose aucune condition analogue dans les territoires occupés.

111 Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 282.

112 Notons que l'article 43 de la CG IV (contrairement à l'article 35) ne précise pas si la Puissance protectrice devrait formuler une demande. La Puissance détentricrice devrait donc agir de sa propre initiative. *Ibid.*

113 *Ibid.*, p. 617.

114 *Ibid.*

## Autres garanties

Outre les garanties procédurales susmentionnées, le DIH prévoit d'autres garanties contre la détention arbitraire en période de conflit armé. Il s'agit notamment du droit des internés d'être informés rapidement des raisons de leur détention<sup>115</sup>, du droit d'être assisté par un avocat (sous réserve de dispositions en matière de sécurité) et du droit de recevoir la visite d'institutions internationales de contrôle, en particulier du CICR<sup>116</sup>. De plus, les détenus de sécurité doivent toujours être traités avec humanité et ne peuvent en aucun cas faire l'objet de traitements inhumains et dégradants, être soumis à la torture ou subir des atteintes à leur vie, leur santé, leur bien-être physique ou mental, être pris en otages ou être exposés à la curiosité publique<sup>117</sup>. Les conditions de détention ne doivent pas compromettre la dignité et la santé des détenus. La Puissance détentriche ou occupante est tenue de satisfaire les « besoins essentiels de l'individu ordinaire [traduction CICR]<sup>118</sup> » comme la nourriture et les vêtements<sup>119</sup>, l'hygiène et les soins médicaux<sup>120</sup> et la liberté d'exercer leur religion ou de pratiquer des activités physiques<sup>121</sup>. Comme l'a expliqué la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *HaMoked et al. c. Commandant des Forces de défense israéliennes*, où les requérants (détenus de sécurité) affirmaient qu'ils avaient été privés de nourriture et de lits pour des raisons de sécurité :

s'il doit y avoir un équilibre entre certains droits fondamentaux et des intérêts contraires, une ligne rouge ne peut pas être franchie, là où les droits sont absolus, ou presque absolus. Cette ligne rouge est franchie lorsque les conditions minimales de détention ne sont pas respectées et que ceci fait perdre au détenu son humanité. Mais ce n'est pas seulement une négation de l'humanité du détenu ; c'est également celle de son géolier... Par conséquent, l'autorité détentriche n'est pas autorisée – en aucune circonstance –, à porter atteinte à ces droits, dont le détenu jouit de manière absolue.

... [I] est inconcevable que des raisons liées à des considérations de sécurité [...] puissent justifier, par exemple, une nourriture extrêmement pauvre en quantité

115 Par exemple, l'article 75 du PA I, dispose que « toute personne arrêtée, détenue ou internée pour des actes en relation avec le conflit armé sera informée sans retard, dans une langue qu'elle comprend, des raisons pour lesquelles ces mesures ont été prises ».

116 Ce droit n'est pas explicitement mentionné dans les traités de DIH pour ce qui concerne les détenus de sécurité, mais la Cour suprême d'Israël a tiré ce droit des articles 27 et 113 de la CG IV et a observé que le droit à un avocat « est inhérent au droit de toute personne à la liberté individuelle [traduction CICR] ». La Cour a tout de même noté que, selon les circonstances, ce droit peut être reconsidéré pour des raisons de sécurité, à condition que l'interdiction de se faire assister d'un avocat soit raisonnable et proportionnée. Le détenu ne peut se servir de ce droit « comme prétexte pour donner des informations à des fins subversives [traduction CICR] ». Cour suprême d'Israël, *Marab, op. cit.* note 18, par. 42-45. Voir également *HaMoked et al. c. Commandant des Forces de défense israéliennes en Cisjordanie*, affaire n° HCJ 3278/02, 2002, par. 54-57, disponible sur : [www.hamoked.org/items/1030\\_eng.pdf](http://www.hamoked.org/items/1030_eng.pdf).

117 CG IV, articles 27 et 37 ; PA I, article 75 ; article 3 commun ; PA II, articles 4 et 5. Voir également Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 49 (sur la prise d'otages).

118 Cour suprême d'Israël, *HaMoked, op. cit.* note 116, par. 29.

119 CG IV, articles 89 et 90.

120 *Ibid.*, articles 90 et 91.

121 *Ibid.*, articles 93 et 94.



et en qualité, ou l'impossibilité de fournir un lit [...] pour dormir la nuit ; ou justifient le recours à la violence physique et à l'humiliation, etc. Les motifs liés à la sécurité sont légitimes, mais, avec tout le respect qui leur est dû, ils ne peuvent justifier une atteinte aussi grave aux droits fondamentaux et élémentaires des détenus et des prisonniers [traduction CICR]<sup>122</sup>.

Bien que le DIH n'interdise pas explicitement les détentions illimitées, sans contact avec l'extérieur ou secrètes (pour autant que la Puissance protectrice en soit informée), le DIDH ainsi que les décisions de certaines juridictions nationales soulignent clairement qu'aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, ne justifie que la détention d'individus soit illimitée, secrète ou prorogée, y compris dans le cadre d'un conflit armé<sup>123</sup>. Ces formes de détention sont également susceptibles d'être contraires aux garanties citées précédemment, notamment l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, ou de la torture<sup>124</sup>.

### Interdiction du refoulement, de la déportation et du transfert en masse

L'article 45 de la CG IV consacre le principe de non refoulement en disposant qu'« (u)ne personne protégée ne pourra, *en aucun cas*, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses (nous soulignons) ». Ce principe s'applique à toutes les personnes protégées, qu'elles soient détenues ou non<sup>125</sup>. Contrairement au DIDH<sup>126</sup>, l'interdiction de transfert figurant à l'article 45 de la CG IV est absolue<sup>127</sup>. L'interdiction s'applique à toutes

122 Cour suprême d'Israël, *HaMoked*, *op. cit.* note 116, par. 33-39.

123 Voir CDH, PDCP, observation générale n° 29, « États d'urgence (article 4) », Doc. NU, CCPR/C/21/rév.1/Add.11, 31 août 2001, par.13, al. b ; CDH, observation générale 20, 1992, par. 11. Voir également l'Ensemble de principes des Nations Unies, *op. cit.* note 77, Principe 12 ; CDH, *Étude conjointe sur les pratiques mondiales concernant le recours à la détention secrète dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, Doc. NU, A/HRC/13/42, 19 février 2010, pp. 1-5 ; Cour suprême des États-Unis, *Hamdi*, *op. cit.* note 87.

124 En effet, dans plusieurs cas où des individus sont détenus pour des raisons de sécurité, les différents organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme ont unanimement fait remarquer que la détention secrète prolongée ou l'isolement cellulaire peuvent être contraires à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. CDH, *Medjnoune c. Algérie*, communication n° 1297/2004, Doc. NU, CCPR/C/87/D/1297/2004, 2006, par. 8.4 ; CIDH, *Affaire Castillo Petruzzi et al. c. Pérou*, arrêt, 30 mai 1999, par. 195, 198 ; CIDH, *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, arrêt, Ser. C, N° 4, 29 juillet 1988, par. 156 ; CADHP, *Liesbeth Zegveld et Mussie Ephrem c. Érythrée*, communication n° 250/02, 20 novembre 2003, par. 55 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, arrêt, 4 juillet 2006.

125 Voir Vincent Chetail, « The Transfer and Deportation of Civilians », in Andrew Clapham, Paola Gaeta et Marco Sassòli (dir.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1201.

126 Voir l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture, l'article 13, al. 4 de la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture, l'article 16 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, l'article 19, al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 2000 et l'article 22, al. 8 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Voir également CDH, *Chitat Ng c. Canada*, Doc. NU, CCPR/C/49/D/469/1991, 7 janvier 1994 ; CDH, *A. J. R. c. Australie*, Doc. NU, CCPR/C/60/D/692/1996, 11 août 1997. Voir également CDH, observation générale 20, 1992, par. 9.

127 Malheureusement, contrairement à l'article 49, l'article 45 ne mentionne pas le terme « déportation », ce qui a donné lieu à une mauvaise interprétation de la disposition qui autorise le transfert de personnes pour des raisons de sécurité nationale. Par exemple, le Commentaire du CICR indique qu'« [e]n

les formes de transfert des détenus vers tous les lieux, qu'ils risquent ou non d'y être soumis à la torture et aux mauvais traitements<sup>128</sup>.

Notons également que le DIH interdit en outre « [l]es transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non, *quel qu'en soit le motif* (nous soulignons)<sup>129</sup> ». Cette disposition constitue une garantie supplémentaire pour les détenus de sécurité dans les territoires occupés. Peu importe que des individus soient détenus pour des raisons de sécurité nationale et, par conséquent, les transferts forcés demeurent illicites même si une puissance occupante invoque des raisons de sécurité<sup>130</sup>. Ceci est renforcé par les termes mêmes de l'article 78 de la CG IV, qui affirme de manière catégorique que l'internement ou l'assignation à résidence sont des mesures qu'une Puissance occupante peut prendre « tout au plus » pour d'impérieuses raisons de sécurité.

L'absence d'un texte assimilant l'expulsion à une forme de transfert, le présent article ne semble donc pas s'opposer au droit qu'ont les Parties au conflit d'expulser des étrangers dans des cas individuels et lorsque la sécurité de l'État l'exige absolument », Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 286. Il s'agit là d'une interprétation erronée, « voire dangereuse et contre-productive [traduction CICR] », car elle permet à un État de se soustraire à ses obligations en expulsant des personnes protégées vers des États où le transfert est interdit par l'article 45. Voir Chetail, *op. cit.* note 125, pp. 1197.

128 La seule exception prévue par l'article 45 est l'extradition « en vertu des traités d'extradition conclus avant le début des hostilités, de personnes protégées inculpées de crimes de droit commun ». L'inévitable question est de savoir quelle règle s'applique dans le cas d'un réfugié, dans un conflit armé, qui est détenu ou interné pour des raisons de sécurité. Une des réponses possibles consiste à appliquer la règle la plus favorable au détenu. Par exemple, pour ce qui est du non-refoulement d'un réfugié vers des lieux où il risque d'être persécuté en raison de ses « opinions politiques ou religieuses », le DIH prévaut sur le droit international des réfugiés et le DIDH. Comme ceci a été indiqué, l'interdiction absolue de l'article 45 protège le détenu réfugié non seulement d'un transfert vers un pays où il craint d'être persécuté pour des raisons de sécurité nationale (en vertu de l'article 33 de la Convention de 1951 sur les réfugiés), mais aussi d'un transfert vers un autre pays s'il y a un risque de torture ou de mauvais traitements, conformément au DIDH. Toutefois, lorsque le risque de persécution est fondé sur d'autres motifs tels la race, la nationalité, l'appartenance à un groupe social donné ou la couleur de peau, le droit international des réfugiés ou le DIDH s'appliqueront, selon la règle la plus favorable, compte tenu des circonstances. Pour un aperçu général de la « règle la plus favorable », voir Vincent Chetail, « Armed Conflict and Forced Migration », in Andrew Clapham et Paola Gaeta (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 701-703 ; Bjorn Arp (dir.), *International Norms and Standards for the Protection of National Minorities: Bilateral and Multilateral Treaties with Commentary*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, p. 67. Voir aussi, par exemple, CIDH, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Articles 27(13) et 29(6) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme)*, avis consultatif OC-5/85, 1985, par. 4 ; CIDH, *affaire Viviana Gallardo et al.*, avis consultatif G 101/81, 13 novembre 1981, par. 16.

129 CG IV, article 49. Voir également PA II, article 17 ; Y. Dinstein, *op. cit.* note 59, p. 123.

130 Les transferts individuels et les transferts collectifs sont interdits. Il a en outre été avancé que l'interdiction s'appliquait tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des territoires occupés. Voir V. Chetail, *op. cit.* note 125, pp. 1187-1188. Voir également Y. Dinstein, *op. cit.* note 6, pp. 14-15, 19 ; Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff, Leiden et Boston, MA, 2009, pp. 330-331. Voir, cependant, la décision très critiquée de la Cour suprême d'Israël, qui a jugé que les expulsions individuelles ne relevaient pas de l'article 49 : Cour suprême d'Israël, *Association pour les Droits civils en Israël c. Le Ministère de la Défense et al.*, HC 5973192 etc., 47(1) Piskei Din 267, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 23, 1993, p. 356.

Même si l'article 49 de la CG IV reconnaît une exception très limitée « si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent », cette exception ne vise que les évacuations d'urgence<sup>131</sup> et, en tant que telle, ne devrait pas être appliquée plus largement pour englober une exception de sécurité nationale plus large<sup>132</sup>. En ce sens, la CADHP, dans l'affaire *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Soudan*, a observé que les expulsions de la population des villages du Darfour pendant la guerre du Darfour ne pouvaient pas être justifiées par la « sécurité collective », une expression utilisée à l'article 27, paragraphe 2, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et interprétée comme incluant la notion de sécurité nationale<sup>133</sup>. Selon la CADHP, « [p]our que ces raisons soient valables, la population du Darfour aurait dû bénéficier de la sécurité collective envisagée à l'article 27, paragraphe 2 de la Charte africaine<sup>134</sup> ». Bien que la CADHP n'ait pas fait référence à l'article 49 de la CG IV, elle a clairement et à juste titre, laissé entendre que la sécurité collective ne pouvait pas être invoquée comme un motif pour justifier les expulsions forcées. L'exception relative à la « sécurité de la population » prévue à l'article 49 de la CG IV, devrait donc être interprétée comme autorisant une évacuation temporaire du territoire occupé si et seulement si, ceci est indispensable pour la sécurité de la population, y compris pour les détenus de sécurité<sup>135</sup>. En tout cas, les individus considérés comme ayant menacé la sécurité dans le territoire occupé ne devraient pas être internés ou assignés à résidence en dehors du territoire occupé<sup>136</sup>.

## Conclusions

Un conflit armé est l'expression la plus typique de la menace à la sécurité nationale. Au cours d'un conflit armé, le droit international autorise les États à prendre nombre de mesures, qui vont du droit de faire la guerre en vertu du principe de légitime défense à celui de restreindre les droits et libertés des individus. La détention préventive ou de sécurité fait partie de ces mesures licites que les États peuvent prendre durant les conflits armés pour se prémunir de toutes les activités qui ont un impact sur leur sécurité. Si la licéité de ces mesures reste incontestable dans les situations de CAI, l'absence d'une règle explicite autorisant la détention (de sécurité) dans les

131 La Chambre de première instance du TPIY a confirmé que « [l']évacuation, à la différence des déportations et des transferts forcés, est une *mesure provisoire* » : TPIY, *Le Procureur c. Blagoje Simić, Miroslav Tadić et Simo Zarić*, affaire n° IT-95-9-T, jugement (Chambre de première instance), 17 octobre 2003, par. 132. Voir également V. Chetail, *op. cit.* 125, p. 1192.

132 L'expression « sécurité de la population » désigne la sécurité de la population sur le territoire occupé et non la sécurité ou la sûreté nationale de la puissance occupante. Voir H. P. Gasser, *op. cit.* note 47, p. 253.

133 CADHP, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Soudan*, communication N° 279/03-296/05, 27 mai 2009, par. 165.

134 *Ibid.*

135 Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 301. Voir également V. Chetail, *op. cit.* note 125, p. 1191.

136 Cour suprême d'Israël, *Ajuri*, *op. cit.* note 5, par. 20-22. Voir également Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 421.

CANI demeure l'objet d'un débat récurrent chez les praticiens et les universitaires. En s'appuyant sur le droit international coutumier et sur l'article 3 du PA II, le présent article démontre que le DIH procure en réalité un fondement juridique à la détention de sécurité dans les CANI, lorsque celle-ci est exercée par les États. Toutefois, on ne peut trouver, dans aucune des règles du DIH, un fondement juridique analogue à propos d'un droit de détenir qui serait conféré à des groupes armés non étatiques et, à cet égard, il y a clairement un vide juridique.

En outre, il a été constaté que les règles du DIH relatives à la détention dans les CANI et même en partie dans les CAI, n'étaient pas robustes en ce sens que les garanties contre l'arbitraire sont soit incomplètes, soit imprécises. Afin de combler ce vide juridique, il conviendrait, s'agissant particulièrement des CANI, que les initiatives visant à développer le droit, dépassent la simple question de l'*autorisation* ou de l'*interdiction* de la détention. L'accent devrait plutôt être mis sur la promotion et sur le développement de la protection juridique fondamentale des détenus. Le « problème de cadre » auquel sont confrontés les États serait ainsi résolu et ceci leur permettrait d'éviter d'accepter des règles qui reconnaissent aux groupes armés non étatiques le pouvoir de détenir, ce qu'ils peuvent percevoir comme une atteinte à leur souveraineté.

Dans cet article, il a également été relevé que la faculté des États, dans les conflits armés, de placer des individus en détention de sécurité est limitée par des garanties fondamentales et procédurales contre l'arbitraire. Ces garanties émanent de règles coutumières et conventionnelles du DIH, du DIDH, de la jurisprudence des juridictions nationales et internationales ainsi que des positions juridiques du CICR. Par conséquent, ces garanties doivent faire l'objet d'une attention particulière lors du développement du droit des CANI et de la transposition de règles existantes pour réglementer la détention dans les CAI. Les critères de nécessité et de proportionnalité figurent parmi les limites fondamentales et procédurales identifiées par cet article, lesquels exigent que la détention de sécurité soit justifiée par les circonstances pendant toute sa durée et qu'elle soit proportionnée aux intérêts liés à la sécurité qu'il convient de préserver. La condition de temporalité exige également que la détention de sécurité ne soit pas maintenue indéfiniment.

La détention de sécurité est préventive par nature et, ce faisant, ne peut pas être imposée pour sanctionner des activités criminelles passées ; elle ne peut être imposée que pour faire face à des menaces présentes ou futures, graves et imminentes, qui compromettent les intérêts fondamentaux d'un État ou d'une de ses composantes (son territoire, sa souveraineté, son gouvernement et ses institutions démocratiques, ou la population dans son ensemble).

Par ailleurs, les individus ne peuvent faire l'objet d'une détention préventive qu'en fonction du niveau de menace qu'ils représentent à titre personnel pour la sécurité des intérêts fondamentaux de l'État. Dans les situations de conflit armé, la détention de sécurité ne devrait pas être ordonnée à l'encontre, par exemple, de tous les ennemis étrangers ou simplement pour dissuader d'autres individus, quelle que soit la menace à la sécurité que constituent, individuellement, les détenus. La preuve devrait toujours être apportée que les détenus de sécurité ont personnellement constitué une menace à la sécurité par leur comportement, comme l'espionnage,

le sabotage ou tout autre acte qui affecte la capacité de combat de l'État détenteur dans la guerre.

Le DIH interdit également, de façon stricte, le refoulement des personnes protégées vers des lieux où elles risquent d'être persécutées en raison de leurs opinions politiques ou de leurs convictions religieuses. En outre, les transferts massifs de personnes protégées sont interdits en période d'occupation. Ces interdictions sont absolues et il ne peut y être dérogé au nom de la protection de la sécurité nationale. Par conséquent, les détenus de sécurité ne devraient pas être refoulés vers des zones où ils risquent d'être persécutés et ils ne peuvent pas être transférés en masse de territoires occupés vers un autre territoire, sauf s'il s'agit d'assurer leur protection ou leur sécurité et uniquement si le transfert est temporaire.

Le DIH et le DIDH interdisent également la torture et les traitements inhumains ou dégradants. La sauvegarde de la sécurité nationale ne peut être invoquée pour justifier la torture des détenus ou pour leur infliger des traitements inhumains ou dégradants, quelle que soit la gravité du danger qu'ils représentent. Pour que la détention de sécurité reste conforme au droit, les détenus devraient par ailleurs pouvoir jouir de garanties procédurales, comme le droit à l'*habeas corpus*. Leur détention doit faire l'objet d'un réexamen périodique et les Puissances protectrices, tout comme le CICR, devraient avoir accès aux lieux d'internement.

La bonne foi et l'interprétation fidèle des normes imposent d'autres limites à la faculté des États d'invoquer ou d'appliquer des exceptions fondées sur la sécurité nationale pour décider de recourir à la détention de sécurité. À cet égard, lors des travaux préparatoires aux Conventions de Genève de 1949, plusieurs délégués ont constaté que l'efficacité des règles du DIH dépendrait de la volonté des parties contractantes et qu'ainsi, les exceptions liées à la sécurité doivent être interprétées et appliquées de bonne foi<sup>137</sup>. Il est aussi généralement admis que les exceptions soient interprétées et appliquées strictement<sup>138</sup>. L'exception doit être interprétée et appliquée strictement<sup>139</sup>. Le principe de l'interprétation fidèle est très important, non seulement car les exceptions relatives à la sécurité nationale se prêtent à une interprétation large, mais aussi parce qu'elles ne visent pas à garantir une sécurité totale au sens strict. La sécurité ne garantit qu'une protection relative et non absolue<sup>140</sup>. Dans les conflits armés, il est impossible d'assurer une sécurité absolue<sup>141</sup>. Il y a toujours une certaine

137 *Acte final de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome 2-A, p. 796 et tome 2-B, p. 526. Voir également Jean Pictet (dir.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949*, vol. 3 : *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1960 (Commentaire CICR de la CG III), p. 629.

138 Chris Ingelse, *United Nations Committee Against Torture: An Assessment*, Kluwer Law International, Boston, MA, 2001, p. 216.

139 Laur application devrait être exceptionnelle. M. Sassòli, *op. cit.* note 1, p. 17. Voir également Commentaire CICR de la CG III, *op. cit.* note 137, p. 512 ; Commentaire CICR de la CG IV, *op. cit.* note 45, p. 233, 392.

140 « La sécurité est un concept relatif plutôt qu'absolu. La sécurité nationale et internationale doit être considérée à plusieurs degrés [traduction CICR] ». AGNU, Rés. 38/188, 20 décembre 1983, présenté par le Secrétaire général des Nations Unies sous le titre *Étude sur les concepts de sécurité*, rapport A/40/553, 26 août 1985, p. 45, par. 206.

141 Voir M. Sassòli, *op. cit.* note 1, p. 19.

insécurité en temps de guerre que les États assument et, même en temps de paix, les États ne peuvent pas non plus garantir une sécurité totale. Emerson a déclaré avec éloquence que la véritable sécurité nationale

ne peut pas être la recherche d'une sécurité totale. Ceci ne peut être atteint que dans un État policier et encore, seulement temporairement. Dans une société démocratique, la sécurité nationale suppose de prendre certains risques et de faire preuve d'une certaine souplesse. Elle est fondée sur la conviction qu'une communauté ouverte est mieux préparée pour s'adapter à l'évolution des situations qu'une communauté fermée. Elle est fondée sur le postulat que la mise en place d'institutions économiques, politiques et sociales qui répondent aux besoins du peuple, constitue une meilleure protection que l'application implacable de lois contre la sédition, de programmes de loyauté et de règlements classifiant secrètes des informations [traduction CICR]<sup>142</sup>.

En effet, c'est aussi car il est impossible d'atteindre une sécurité absolue que celle-ci ne peut être la « valeur première » et c'est pourquoi elle ne devrait pas toujours et « nécessairement l'emporter sur les autres valeurs telles que la liberté [individuelle] [traduction CICR]<sup>143</sup> ». En conséquence, la détention de sécurité n'est pas et ne devrait pas être destinée à dissiper toutes les questions relatives à l'insécurité, mais seulement les plus graves d'entre elles qui menacent les éléments qui fondent l'existence même d'un État. Les exceptions qui permettent la détention de sécurité ne devraient donc s'appliquer qu'aux menaces graves qui portent atteinte aux intérêts nationaux les plus hauts d'un État.

142 Thomas I. Emerson, « National Security and Civil Liberties », *Yale Journal of International Law*, vol. 9, n° 1, 1982, p. 82.

143 Jennifer A. Chandler, « Personal Privacy versus National Security: Clarifying and Reframing the TradeOff », in Ian Kerr, Carole Lucock and Valerie Steeves (dir.), *On the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 126.

