

# La protection des migrants selon le droit international humanitaire

**Helen Obregón Gieseken\***

Helen Obregón Gieseken est conseillère juridique au sein de la division juridique du Comité international de la Croix-Rouge à Genève.

*Traduit de l'anglais*

## Résumé

*Les mouvements de personnes qui franchissent les frontières internationales peuvent engendrer de graves conséquences humanitaires et ces migrants peuvent avoir des besoins en termes de protection et d'assistance. Si bon nombre d'entre eux parviennent à destination sains et saufs, certains peuvent se retrouver dans un pays en proie à un conflit armé, soit parce qu'ils y résident, soit parce qu'ils le traversent, rencontrant alors de grandes difficultés et devenant particulièrement vulnérables. En tant que civils, les migrants sont alors protégés par le droit international humanitaire (DIH) contre les effets des hostilités et lorsqu'ils se trouvent au pouvoir d'une partie au conflit. Le présent article donne un aperçu de la protection offerte par le DIH aux migrants, en tant que civils, lors de conflits armés internationaux et non internationaux. Puis, il examine plus en détail certaines règles d'intérêt pour la migration, notamment celles qui se rapportent aux mouvements des migrants, à l'unité familiale, à ceux qui sont portés disparus et à ceux qui sont décédés. Cet article montre ainsi que le DIH offre des protections juridiques importantes aux migrants qui se trouvent dans des situations de conflit armé.*

**Mots clés :** cadre juridique, droit international humanitaire, droit international des droits de l'homme, droit international des réfugiés, migrants, réfugiés, apatrides.

\* Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteure et ne reflètent pas nécessairement celles du Comité international de la Croix-Rouge. L'auteure tient à remercier Lindsey Cameron, Stéphanie Le Bihan, Tilman Rodenhäuser, Tristan Ferraro et Elem Khairullin pour leurs précieuses observations sur de précédentes versions de cet article.

## Introduction

Dans diverses régions du monde, comme en Afghanistan, en République centrafricaine, en République démocratique du Congo, en Somalie, au Soudan du Sud et en Syrie, les conflits armés ne cessent de causer des souffrances incommensurables à des populations entières, poussant de plus en plus de personnes à fuir à l'intérieur de leur pays ou à franchir les frontières internationales. Fin 2015, le nombre de réfugiés, de demandeurs d'asile et de déplacés internes contraints de se déplacer à travers le monde en raison de conflits armés, d'autres situations de violence, de persécutions ou de violations des droits de l'homme, a atteint 65,3 millions, un niveau sans précédent<sup>1</sup>. En 2015, le nombre de migrants<sup>2</sup>, un terme qui englobe diverses catégories de personnes, y compris les réfugiés qui constituent une catégorie juridique à part au sens du droit international des réfugiés, s'est élevé à 244 millions dans le monde<sup>3</sup>. Parmi ceux qui ont quitté leur pays d'origine ou de résidence habituelle (contraints ou de leur plein gré), nombre de migrants peuvent se retrouver dans un pays tiers confronté à un conflit armé. Dans ce cas, à l'instar du reste de la population civile, les migrants rencontrent de grandes difficultés. Ils peuvent être affectés par les hostilités, perdre le contact avec leurs familles, disparaître ou mourir, souvent sans que l'on ne sache ni ce qu'ils sont devenus, ni l'endroit où ils se trouvent. En tant qu'étrangers, ils sont susceptibles d'être encore plus vulnérables, car ils rencontrent des difficultés pour accéder à des services essentiels ou sont soumis à des restrictions de leurs libertés. En outre, ils courent le risque d'être renvoyés dans leur pays d'origine ou vers d'autres pays, parfois en violation du droit international.

Les débats actuels sur les migrations portent principalement sur les mouvements de migrants en Méditerranée, dans les Amériques et au-delà, en direction des frontières terrestres et des côtes européennes et nord-américaines. Ces discussions occultent largement, le plus souvent, la situation difficile des migrants, que ce soit dans leur pays d'origine, sur les routes migratoires et dans les pays tiers où ils résident (de façon temporaire ou permanente) et il en résulte que leurs besoins en termes de protection et d'assistance ne sont pas correctement pris en charge<sup>4</sup>. Les migrants qui vivent dans des pays confrontés à un conflit armé ou qui les traversent, peuvent, notamment, être particulièrement fragilisés. Le présent article s'intéresse

- 1 Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), *Global Trends: Forced Displacement in 2015*, Genève, 20 juin 2016, pp. 3, 16-18, disponible sur: [s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf](http://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf) (toutes les références internet ont été vérifiées en juillet 2020).
- 2 La description du terme « migrants » retenue pour le présent article sera expliquée ci-après dans la partie « Qui sont les “migrants” et comment sont-ils protégés par le DIH ? ».
- 3 Nations unies, Département des affaires économiques et sociales, division de la population, *International Migration Report 2015*, ST/ESA/SER.A/384, New York, 2016, disponible sur : [www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015.pdf).
- 4 Pour une analyse plus approfondie des besoins de protection et d'assistance des migrants se trouvant confrontés à des situations de conflit armé, voir Stéphanie Le Bihan « Répondre aux besoins de protection et d'assistance des migrants : l'approche de la migration par le CICR », dans le présent numéro de la *Sélection française de la Revue*.

principalement au cas des migrants pris dans des situations de conflit armé et à leur protection en vertu du droit international humanitaire (DIH) et non à la situation des migrants dans leur pays de destination. Néanmoins, plusieurs règles du DIH sont également applicables aux migrants qui ont fui pour des motifs liés à un conflit armé et qui se retrouvent dans un pays en paix. Certaines d'entre elles, comme l'obligation pour les parties de rétablir les liens familiaux ou d'élucider le sort des personnes décédées ou disparues, seront donc brièvement évoquées. Celles-ci peuvent continuer de s'appliquer même lorsque les migrants ont quitté un pays en conflit, ou après la fin d'un conflit armé.

Dans tous les cas, les migrants sont protégés par diverses branches du droit international conformément à leurs champs d'application respectifs, notamment le droit international des droits de l'homme (DIDH) et, pour ce qui est des réfugiés et des demandeurs d'asile, le droit international des réfugiés. Ces branches du droit demeurent applicables dans les situations de conflit armé<sup>5</sup>. Les migrants sont également protégés par le droit interne de l'État dans lequel ils se trouvent. Lorsqu'ils résident ou sont en transit sur le territoire d'un État en proie à un conflit armé<sup>6</sup>, ils sont aussi protégés par le DIH. Même si elles sont uniquement applicables en cas de conflit armé, certaines règles du DIH devraient déjà être prises en compte en temps de paix, tandis que d'autres continuent de s'appliquer même après la fin du conflit armé. Tel est le cas des situations qui découlent directement d'un conflit armé ou

- 5 Cour internationale de Justice (C.I.J.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. *Recueil* 1996, par. 25 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, C.I.J. *Recueil* 2004, par. 106 ; C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, C.I.J. *Recueil* 2005, par. 216. Voir également Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international coutumier, Volume 1 : Règles*, CICR/Bruylant, 2006 (étude du CICR sur le DIH coutumier), pp. 395-403 ; Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), *La protection juridique internationale des droits de l'homme dans les conflits armés*, New York et Genève, 2011, disponible sur : [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_FR.pdf).
- 6 Pour la définition des conflits armés internationaux et non internationaux conformément au DIH, voir art. 2 et 3 communs aux quatre Conventions de Genève ; Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (PA I), RTNU, vol. 1125, p. 271, 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978), art.1, par. 4 ; Protocole II additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (PA II), RTNU, vol. 1125, p. 649, 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978), art. 1. Voir également CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève : Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 2<sup>e</sup> édition, 2016 (CICR, *Commentaire de la CG I*), commentaire des articles 2 et 3 communs, disponible sur : <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire> ; CICR, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », prise de position, mars 2008, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm> ; CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, 31IC/11/5.1.2, octobre 2011 (Rapport sur les défis publié par le CICR en 2011), pp. 8-14, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm> ; CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, 32IC/15/11, octobre 2015 (Rapport sur les défis publié par le CICR en 2015), pp. 9-21, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/document/le-droit-international-humanitaire-et-les-defis-poses-par-les-conflits-armes-contemporains>.

d'une occupation, ou qui y sont directement liées et dont les effets se prolongent après que ces circonstances aient pris fin<sup>7</sup>. En conséquence, même lorsqu'un conflit armé est terminé ou que les migrants ne se trouvent plus sur le territoire d'un pays confronté à un conflit armé, ceux-ci peuvent encore être protégés, conformément à certaines règles du DIH<sup>8</sup>.

Le présent article examine la protection accordée aux migrants par le DIH dans les situations de conflit armé. Même si cet article fait référence à d'autres branches du droit international lorsque celles-ci sont applicables, il n'a pas pour objet d'en faire une analyse détaillée, ni de présenter leur interaction avec le DIH<sup>9</sup>. La première partie de l'article donnera un aperçu de la manière dont le terme « migrant » est utilisé et traitera de questions générales relatives à la protection des migrants dans les conflits armés. Le principe de la non-discrimination en DIH qui fournit un cadre général pour analyser la protection des migrants, sera également abordé. La deuxième partie examinera les différentes catégories de personnes dont les migrants peuvent relever conformément au DIH et à d'autres branches du droit international, ainsi que les règles applicables aux migrants dans les conflits armés internationaux. La troisième partie abordera ces questions dans le cadre des conflits armés non internationaux. Enfin, la quatrième partie traitera de certaines règles du DIH particulièrement judicieuses pour la migration, notamment celles relatives aux mouvements de migrants, à l'unité familiale et aux personnes disparues et décédées. Étant donné le grand nombre de règles qui leur sont applicables, cette dernière partie ne se veut pas exhaustive, que ce soit dans les sujets qu'elle couvre ou dans la manière dont elle les aborde.

- 7 Anna Petrig, « Search for Missing persons », in Andrew Clapham, Paola Gaeta et Marco Sassòli (dir.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 269 ; Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 5<sup>e</sup> édition, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 262 ; Marion Haroff-Tavel, « La guerre a-t-elle jamais une fin ? L'action du Comité international de la Croix-Rouge lorsque les armes se taisent », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 851, 2003, pp. 465-496.
- 8 Par exemple, les parties sont tenues de respecter les obligations relatives au rétablissement des liens familiaux lorsque les migrants quittent leur pays ou se déplacent à l'intérieur de celui-ci pour des motifs liés au conflit armé, ainsi que les obligations d'élucider le sort des personnes décédées ou disparues.
- 9 Pour une analyse de l'interaction entre le DIH, le DIDH et le droit international des réfugiés, voir, par exemple, Emanuela-Chiara Gillard, « Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law – Three Pillars », déclaration lors de la Conférence mondiale de l'Association internationale des juges du droit des réfugiés, Stockholm, du 21 au 23 avril 2005, disponible sur : [www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/6t7g86.htm](http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/6t7g86.htm) ; Stephane Jaquemet, « The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, n° 843, 2001 ; Vincent Chetail, « Armed Conflict and Forced Migration: A Systematic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law and International Human Rights Law », in Andrew Clapham et Paola Gaeta (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014 ; David James Cantor, « Laws of Unintended Consequence? Nationality, Allegiance and the Removal of Refugees during Wartime », in David James Cantor et Jean-François Durieux (dir.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

## Considérations générales sur la protection des migrants dans les conflits armés

### Qui sont les « migrants » et comment sont-ils protégés par le DIH ?

En droit international, il n'existe pas de définition universellement acceptée du terme « migrant », bien que certaines catégories soient définies par des instruments internationaux *spécifiques*<sup>10</sup>. En outre, selon diverses organisations, le terme migrant fait référence à « toute personne se trouvant à l'extérieur de l'État dont elle possède la nationalité ou la citoyenneté ou, dans le cas des apatrides, de son pays de naissance ou de résidence habituelle<sup>11</sup> ». Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et, plus largement, le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (le Mouvement), dans leur ensemble, optent pour une description large telle qu'elle figure dans la Politique relative à la migration du FICR qui entend par « migrants », les « personnes qui quittent ou fuient leur lieu de résidence habituel [...] en quête de possibilités ou de perspectives meilleures et plus sûres<sup>12</sup> ». Le présent article se fondera sur cette description, en tant que « terme générique » couvrant différentes catégories de migrants. Il fera également référence à des catégories juridiques spécifiques, notamment les réfugiés<sup>13</sup> et les apatrides, lorsqu'il traite de la protection spéciale à laquelle ils ont droit en vertu du DIH (et d'autres branches du droit international).

- 10 Par exemple, l'expression « travailleurs migrants » est définie dans le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, A/RES/45/158, 18 décembre 1990.
- 11 HCDH, *Principes et directives recommandés sur les droits de l'homme aux frontières internationales*, Genève, 2014, chap. 1, par. 10, disponible sur : [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR\\_Recommended\\_Principles\\_Guidelines\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines_FR.pdf). L'Organisation internationale pour les migrations (OIM) propose une définition similaire, quoique plus étoffée : voir OIM, « Glossary on Migration », 2<sup>e</sup> édition, in *International Migration Law*, vol. 25, Genève, 2011, pp. 61-62, disponible sur : [http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml25\\_1.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml25_1.pdf). Néanmoins, le HCR établit une distinction entre les réfugiés et les migrants : voir, par exemple, UNHCR, *Point de vue du HCR : « Réfugié » ou « migrant » - Quel est le mot juste ?*, juillet 2016, disponible sur : <https://www.unhcr.org/fr/news/stories/2016/7/55e45d87c/point-vue-hcr-refugie-migrant-mot-juste.html>.
- 12 La Politique relative à la migration reconnaît également que certaines catégories de personnes, telles que les réfugiés et les demandeurs d'asile, bénéficient d'une protection spéciale en vertu du droit international et national. Voir Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, « Politique relative à la migration », novembre 2009, disponible sur : [http://www.ifrc.org/PageFiles/89395/Migration%20Policy\\_FR.pdf](http://www.ifrc.org/PageFiles/89395/Migration%20Policy_FR.pdf). Pour connaître les motifs qui ont amené le CICR à utiliser cette définition ainsi que son approche de la question de la migration, voir S. Le Bihan, *op. cit.* note 4.
- 13 Si la protection des migrants par le DIH, en tant que catégorie générale de personnes, n'a pas fait l'objet d'autres études, la question de savoir si et comment les réfugiés (et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays) sont protégés a été largement abordée par d'autres. Voir notamment David James Cantor et Jean-François Durieux (dir.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014 ; Mélanie Jacques, *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 156-184 ; François Bugnion, « Réfugiés, personnes déplacées et droit international humanitaire », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, n° 3, 2001, pp. 277-288 ; S. Jaquemet, *op. cit.* note 9, pp. 651-673 ; Karen Hulme, « Armed Conflict and the Displaced », *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, n° 1, 2005 ; Jean-Philippe Lavoyer, « Réfugiés et personnes déplacées : droit international humanitaire et rôle du CICR », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Genève, vol. 77, n° 812, 1995, pp. 183-202. Françoise Krill, « L'action du CICR en faveur des réfugiés », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 70, n° 772, juillet-août 1988 ; Yoram Dinstein, « Refugees and the law of armed conflict », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 12, 1982.

S'agissant de la protection des migrants selon le DIH, il est important de souligner, en premier lieu, que cette branche du droit ne contient aucune règle spécifique applicable à la migration ou relative à la protection des migrants en tant que tels. Pour autant, ceci ne veut pas dire que les migrants sont exclus du champ d'application du DIH ou qu'ils ne sont pas pris en considération. En tant que civils, les migrants bénéficient de la protection générale accordée à la population civile dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux. Dans les conflits armés internationaux, les migrants sont aussi protégés en tant qu'étrangers au pouvoir d'une partie au conflit ou d'une puissance occupante, pour autant qu'ils soient considérés comme des « personnes protégées<sup>14</sup> » et peuvent bénéficier de la protection en tant que « réfugiés<sup>15</sup> ». Pour déterminer comment les migrants sont protégés par le DIH, les deuxième et troisième parties de cet article aborderont la distinction entre « civils » et, selon qu'il s'agit d'un conflit armé international ou non international, les membres des forces armées ou d'un groupe armé organisé. Comme la plupart des migrants sont considérés comme des civils, cet article se focalisera sur la protection que leur offre le DIH en tant que civils<sup>16</sup>. Il sera également examiné quelles personnes sont considérées comme « personnes protégées », « réfugiés » et/ou « apatrides » dans les conflits armés internationaux et comment les migrants relèvent de ces catégories.

## Le principe de la non-discrimination

Le DIH protège les migrants en tant que civils, quel que soit leur statut migratoire. Ils doivent être traités sans aucune distinction de caractère défavorable qui serait fondée sur ce statut. Cependant, conformément au DIH, certaines distinctions peuvent être effectuées, par exemple selon la nationalité des personnes. Comme les migrants risquent davantage d'être victimes de discrimination que les ressortissants d'un État en raison de leur origine, de leur appartenance ethnique, de leur race ou de leur nationalité, il est important de présenter brièvement le principe de distinction non défavorable en vertu du DIH, qui figure dans de nombreuses dispositions spécifiques des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels<sup>17</sup>. Il s'agit là de l'approche adoptée par le DIH à l'égard du principe de la non-discrimination consacré par le DIDH<sup>18</sup>. Contrairement au principe fondamental de la non-discrimination tel

14 Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (CG IV), RTNU, vol. 75, p. 288 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art. 4 ; PA I, art. 73.

15 Comme nous le verrons, le DIH prévoit des protections spéciales pour les « réfugiés » et le sens de ce mot est expliqué dans la deuxième partie de cet article. Voir CG IV, articles 44 et 70, al. 2 ; PA I, art. 73.

16 Pour en savoir davantage sur la protection des migrants considérés en DIH comme des combattants dans le cadre d'un conflit armé international, voir la deuxième partie de cet article.

17 Voir notamment art. 3 commun ; CG I, art. 12 ; CG II, art. 12 ; CG III, art. 16 ; CG IV, art.13, art. 27, al. 3 ; PA I, art. 9, par. 1, art. 69, par. 1, art. 70, par. 1, art. 75, par. 1 ; PA II, art. 2, par. 1, art. 4, par. 1, art. 18, par. 2.

18 Pour un aperçu du principe de la non-discrimination dans le DIDH, voir notamment Manfred Nowak (dir.), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2<sup>e</sup> édition, Kehl am Rhein, 2005, commentaire sur les articles 2 et 26 ; Daniel Moeckli, « Equality and Non-discrimination », in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah et Sandesh Sivakumaran (dir.), *International Human Rights Law*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2013.

qu'inscrit dans le DIDH<sup>19</sup>, le DIH n'exige pas expressément une égalité de traitement de tous les individus<sup>20</sup>.

Si le DIH interdit les distinctions de caractère défavorable, il n'interdit pas toutes les distinctions et exige même, dans certains cas, que des personnes soient traitées différemment pour garantir un traitement humain<sup>21</sup>. Par exemple, le DIH contient plusieurs dispositions qui justifient un traitement différencié selon l'état de santé d'une personne, son âge, son sexe ou son grade<sup>22</sup>. Les parties à des conflits armés internationaux et non internationaux sont quant à elles tenues de traiter les civils et les personnes hors de combat avec humanité, sans « distinction de caractère défavorable ». Les distinctions « de caractère défavorable » interdites par le DIH se fondent sur plusieurs critères non exhaustifs qui vont déterminer l'étendue exacte du principe<sup>23</sup>. Son champ va également dépendre des personnes couvertes<sup>24</sup>. Conformément au DIH coutumier, « toute distinction de caractère défavorable (...) fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou la croyance, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation, ou tout autre critère analogue, est interdite<sup>25</sup> ».

- 19 Voir, par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme, Doc. NU 217 A (III), 10 décembre 1948 (DUDH), art. 7 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), RTNU vol. 999, p. 171, 16 décembre 1966, art. 26 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH), 22 novembre 1969, art. 24 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADPH), CAB/LEG/67/3, rév. 5, 21 ILM 58, 27 juin 1981, art. 3 ; Charte arabe des droits de l'homme, 15 septembre 1994, art. 11 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C 326/02, 26 octobre 2012, art. 20 et 21. Certaines dispositions du DIDH confèrent des « droits accessoires », comme l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF), telle qu'amendée par les protocoles n° 11 et 14, STE n° 5, 4 novembre 1950 ; l'article 1 de la CADH ; l'article 2 de la CADPH ; l'article 3 de la Charte arabe des droits de l'homme.
- 20 Ceci doit être examiné au vu des Conventions de Genève, lesquelles reposent sur la protection de différentes catégories de personnes en fonction de leur statut, y compris de leur nationalité. Les Protocoles additionnels permettent également d'établir certaines distinctions selon la nationalité : voir, par exemple, PA I, art. 78, par. 1 ; PA II, art. 17, par. 2. Voir également Gabor Rona et Robert J. McGuire, « The Principle of Non-Discrimination », in A. Clapham, P. Gaeta et M. Sassòli (dir.), *op. cit.* note 7, p. 195.
- 21 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 574-575 : l'article 3 commun « n'interdit pas de distinctions non défavorables, c'est-à-dire des distinctions qui sont justifiées par des situations et par des besoins de personnes protégées [...], qui sont fondamentalement différents ». Voir également Jelena Pejic, « Non-discrimination and Armed Conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, n° 841, 2001, p. 186.
- 22 Voir, par exemple, CG IV, art. 27, al. 2 et 3, art. 68, al. 4 ; PA I, art. 76,77, 78 ; PA II, art.4, par. 3, art. 6, par. 4.
- 23 Dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, la liste des cas dans lesquels toute distinction de caractère défavorable est interdite n'est pas exhaustive. Voir, par exemple, art. 3 commun (« ou tout autre critère analogue ») ; CG IV, art. 13 (« notamment »), art. 27 (« notamment ») ; PA I, art. 9 et art. 75 (« ou tout autre critère analogue ») ; PA II, art. 2 (« ou tous autres critères analogues »).
- 24 L'article 3 commun s'applique aux personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ; l'article 13 de la CG IV, aux populations des pays en conflit ; l'article 27 de la CG IV, aux personnes protégées se trouvant sur les territoires des parties au conflit et dans les territoires occupés ; l'article 2 du PA II, aux personnes affectées par un conflit armé au sens du PA II ; et l'article 4 du PA II, aux personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités, qu'elles soient ou non privées de liberté.
- 25 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 88.

Bien que la « nationalité » ne soit pas la seule cause possible des discriminations à l'encontre des migrants, celles-ci étant davantage fondées sur leur origine ou sur leur race et sur le fait que ces personnes puissent être en situation irrégulière, elle demeure un motif important. Lorsqu'elle n'est pas explicitement mentionnée dans une règle, la nationalité devrait être interprétée comme un critère de distinction défavorable inadmissible en vertu du DIH, sauf dans les cas où celui-ci en dispose expressément autrement<sup>26</sup>. Pour autant, il convient de souligner que, lors de la Conférence diplomatique, la nationalité ne fut pas considérée « comme implicitement comprise » dans l'article 27 de la Quatrième Convention de Genève (CG IV)<sup>27</sup>. Ceci était justifié par le fait que les règles de la CG IV relative aux « personnes protégées » permettent une différence de traitement fondée sur la nationalité, notamment au regard des mesures de contrôle et de sécurité qui peuvent être nécessaires du fait d'un conflit armé international<sup>28</sup>. Cependant, « l'obligation absolue de traitement humain figurant à l'alinéa 1 de l'article 27 de la CG IV, existe indépendamment » du fait qu'il est permis, dans certaines circonstances précises, de traiter différemment des ressortissants ennemis<sup>29</sup>. Les parties au conflit doivent traiter toutes les personnes protégées avec humanité, quelle que soit leur nationalité. Conformément à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, la nationalité n'est pas explicitement mentionnée parmi les motifs de distinction de caractère défavorable qui sont prohibés<sup>30</sup>. Ceci reposait sur l'idée que chaque État est libre de traiter les étrangers impliqués dans un conflit armé non international autrement que ses propres ressortissants<sup>31</sup>. Quoique justifié, ce raisonnement ne remet pas en cause le principe essentiel selon lequel toutes

26 L'article 13 de la CG IV mentionne explicitement la nationalité, ce qui n'est pas le cas de l'article 3 commun ni de l'article 27 de la CG IV. Quant aux Protocoles additionnels, ils font référence à l'« origine nationale ».

27 *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome II, section A, pp. 624-627 : le délégué du CICR a déclaré que la nationalité n'avait pas été incorporée dans les critères « pour la raison que les mesures d'internement ou restrictives de liberté sont prises envers les personnes de nationalité ennemie précisément en raison de leur nationalité ». Néanmoins, d'autres représentants (d'Afghanistan, du Mexique et des Pays-Bas) ont plaidé pour que la nationalité figure parmi les critères interdits. Le représentant de la Norvège a indiqué qu'il « conviendrait [...] de trouver une formule interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité, sauf dans les cas visés par la présente Convention ou par d'autres traités ». Voir également Jean Pictet (dir.), *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève du 12 août 1949, La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1958 (CICR, Commentaire de la CG IV), p. 222 ; G. Rona et R. J. McGuire, *op. cit.* note 20, p. 200.

28 Dans les conflits armés internationaux, la notion de « personnes protégées » couvre une catégorie spécifique de la population civile « qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes ». Voir CG IV, art. 4.

29 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 574 et s. ; CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 46 : « On remarquera que la notion de la nationalité n'est pas comprise parmi les critères éliminés. Il en est du reste de même à l'article 27. Cela ne signifie nullement que les personnes d'une nationalité déterminée puissent être traitées arbitrairement ; le traitement humain est dû à toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité ». Voir également Jean Pictet (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, commentaire*, vol. 1 : *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952 (Commentaire de la CG I, 1952), p. 60 ; Jean Pictet (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, commentaire*, vol. 3 : *la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1960 (CICR, Commentaire de la CG III), p.47.

30 Pour connaître les raisons pour lesquelles la nationalité n'est pas citée parmi la liste des critères prohibés, voir CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 571-572.

31 *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome II- B, p. 90.



les personnes qui n'ont pas participé ou qui ne participent plus aux hostilités doivent être traitées avec humanité sans aucune distinction de caractère défavorable<sup>32</sup>. Tel qu'indiqué dans le Commentaire mis à jour de la Première Convention de Genève, la nationalité doit « être considéré[e] comme étant [un motif] couvert par le concept de “tout autre critère analogue”, selon l'article 3 commun<sup>33</sup> ». Enfin, les Protocoles additionnels considèrent l'« origine nationale » comme un critère inacceptable de distinction de caractère défavorable<sup>34</sup>. Si cette expression fait référence au groupe ethnique des personnes et non à leur nationalité officielle, la nationalité devrait au moins être considérée comme « une autre situation » ou être couverte par l'expression « tout autre critère analogue » aux fins de l'article 75 du Protocole additionnel I (PA I)<sup>35</sup>. Étant donné que les critères prohibés devraient être considérés comme uniformes entre les deux Protocoles additionnels, la nationalité devrait être considérée comme un critère inacceptable aux fins de ces Protocoles<sup>36</sup>.

## Comment les migrants sont-ils couverts par le DIH dans les conflits armés internationaux ?

### Présentation de la protection des migrants dans les conflits armés internationaux

Dans les conflits armés internationaux, les migrants sont protégés, en premier lieu, par les règles générales du DIH applicables à la population civile. De plus, s'ils appartiennent à la catégorie des personnes protégées, ils bénéficient également de la protection accordée aux étrangers qui se trouvent au pouvoir d'une partie au conflit ou d'une puissance occupante. En outre, certains migrants sont spécialement protégés en leur qualité de « réfugiés ». Lorsque l'on examine qui est un réfugié au sens du DIH, il est important de noter qu'il existe différentes interprétations de qui est couvert par ce terme en fonction des règles applicables, et de ce que cela signifie pour leur protection<sup>37</sup>. En effet, un migrant peut être qualifié de réfugié au sens de

32 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 572. Voir CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 29, p. 60 ; CICR, Commentaire de la CG III, *op. cit.* note 29, p. 47. CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 46.

33 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 572. Voir également CICR, Commentaire de 1952 de la CG I, *op. cit.* note 29, p. 60 ; CICR, Commentaire de la CG III, *op. cit.* note 29, p. 47.

34 PA I, articles 9 et 75 ; PA II, articles 2 et 4. Voir également Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A. Solf, en coopération avec Martin Eaton, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 2<sup>e</sup> édition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2013, p. 722 : Les critères énoncés à l'article 2 s'appliquent à tous les autres articles dans lesquels figure l'expression « distinction de caractère défavorable ».

35 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, pp. 515-516, commentaire de l'article 75 du PA I.

36 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 112.

37 Conformément à l'article 44 de la CG IV, les réfugiés sont des personnes protégées « qui ne jouissent en fait de la protection d'aucun gouvernement ». De son côté, l'article 70 de la CG IV couvre les « ressortissants de la Puissance occupante qui, avant le début du conflit, auraient cherché refuge sur le territoire occupé ». Enfin, selon l'article 73 du PA I, les réfugiés (ou apatrides) sont des « personnes qui, avant le début des hostilités, sont considérées comme apatrides ou réfugiés au sens des instruments internationaux pertinents acceptés par les Parties intéressées ou de la législation nationale de l'État d'accueil ou de résidence ».

l'article 44 ou de l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV. S'il est couvert par l'article 44, il est aussi une personne protégée au titre de la CG IV. En revanche, si un migrant est un réfugié aux fins de l'article 70, il ne relève pas de la catégorie des personnes protégées (sauf si le PA I s'applique et que l'individu répond aux conditions pour être qualifié de réfugié). Enfin, un migrant peut aussi être un réfugié conformément à l'article 73 du PA I, auquel cas il serait aussi une personne protégée aux fins de la CG IV. Bien que le PA I étende le statut de personne protégée à tous ceux qui sont considérés comme des réfugiés, renforçant ainsi leur protection, le terme « réfugié » a, dans cet instrument, un sens plus étroit que dans la CG IV. La protection des migrants en tant que réfugiés et le sens du terme « réfugiés » aux fins de la CG IV et du PA I seront abordées dans les parties de cet article intitulées « Les migrants en tant que réfugiés protégés » et « La protection spéciale des migrants réfugiés ».

### La protection des migrants en tant que membres de la population civile

Dans les conflits armés internationaux, la protection accordée par le DIH aux migrants est différente selon qu'ils sont civils ou combattants. Les membres des forces armées (autres que le personnel sanitaire et religieux) sont des combattants<sup>38</sup>. Toutes les personnes qui n'appartiennent pas aux forces armées d'une partie au conflit sont des civils<sup>39</sup>. Comme souligné précédemment, même si certains migrants peuvent être considérés comme des combattants dans certaines circonstances, la plupart sont des civils.

De nombreuses règles du DIH applicables dans les conflits armés internationaux protègent l'ensemble de la population civile, indépendamment du fait que les personnes soient ressortissantes d'un autre État, y compris les ressortissantes d'un État « ennemi » ou d'un État participant à un conflit armé contre l'État dans lequel les personnes se trouvent. Dès lors que ces règles s'appliquent à tous les civils, indépendamment de leur nationalité, elles s'appliquent aussi aux migrants. Les migrants qui sont des civils conformément au DIH sont donc protégés contre les effets des hostilités. Par exemple, les attaques indiscriminées et les attaques directes contre les civils sont interdites<sup>40</sup>. Il est également interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre<sup>41</sup>. Les règles qui protègent les migrants contre les effets des hostilités contribuent aussi à prévenir et à diminuer les déplacements de migrants

38 Les conditions pour bénéficier du statut de combattant ou de prisonnier de guerre sont fixées à l'article 4 de la CG III. Les personnes participant à une levée en masse remplissent ces conditions et ne sont pas considérées comme des civils. Voir également PA I, articles 43 et 44 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 3 ; CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, 2009 (Guide interprétatif du CICR), pp. 23-27, 32-37.

39 PA I, art. 50 : « Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A, 1), 2), 3), et 6) de la III<sup>e</sup> Convention et à l'article 43 du présent Protocole ». Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986 (Commentaire CICR des PA), par. 1913-1917 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 5 ; Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 38, pp. 22-23, 28-32, 38.

40 PA I, art. 51, par. 2, art. 51, par. 4 et 5.

41 *Ibid.*, art. 54.

pour des raisons en lien avec le conflit<sup>42</sup>. Les civils, y compris les migrants, sont protégés à condition qu'ils ne participent pas directement aux hostilités ; néanmoins, même lorsqu'ils y participent, ils ne perdent pas leur statut de civils et ils ne perdent leur protection contre les attaques que pendant la durée de leur participation<sup>43</sup>.

Si les migrants tombent au pouvoir de l'ennemi, l'étendue de leur protection dépendra de leur statut<sup>44</sup>. En tant que civils, les migrants sont couverts par les règles générales relatives à la protection de la population civile figurant dans la CG IV et le PA I. Le Titre II de la CG IV<sup>45</sup> qui vise « l'ensemble des populations des pays en conflit » est applicable à tous les migrants qui n'ont pas le statut de combattant, ni celui de prisonnier de guerre (PG)<sup>46</sup>. Il prévoit des garanties minimales contre « les souffrances engendrées par la guerre » pour tous les civils, quelle que soit leur nationalité<sup>47</sup>.

Les migrants sont non seulement protégés par les règles générales de protection de la population civile, mais également, lorsqu'elles sont applicables, par les dispositions relatives aux personnes disparues et décédées figurant au titre II de la section III du PA I, ainsi que par les dispositions relatives aux secours en faveur de la population civile et au traitement des personnes au pouvoir d'une partie au conflit, figurant respectivement aux sections II et III du Titre IV du PA I<sup>48</sup>. Surtout, la CG IV et le PA I contiennent des dispositions sur le regroupement des familles dispersées et la recherche des personnes disparues et décédées<sup>49</sup>. Ces règles sont examinées plus en détail dans la quatrième partie du présent article, compte tenu de leur importance à la fois pour les nombreux migrants qui se trouvent séparés de leur famille, qui disparaissent ou qui décèdent au cours de conflits armés, mais aussi pour leur famille. La CG IV et le PA I contiennent aussi des dispositions spécifiques régissant les secours humanitaires qui reconnaissent que la population civile qui en a besoin, a le droit de recevoir une assistance<sup>50</sup>. Elles réglementent la fourniture de

42 La quatrième partie de cet article examine d'autres règles du DIH qui s'attachent plus particulièrement aux mouvements de migrants.

43 *Ibid.*, titre IV, section I, notamment art. 48, 51, 57, 58 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, chap. 1.

44 L'application des dispositions conférant le statut, les droits et les protections dont bénéficient les personnes tombées aux mains de l'ennemi lors de conflits armés internationaux sera déterminée par leur champ d'application personnel précis, pour savoir notamment si un migrant est une « personne protégée » au sens de l'article 4 de la CG IV. CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27 p. 56.

45 Il s'étend non seulement aux personnes protégées, mais également à toutes les personnes se trouvant sur le territoire d'une partie au conflit ou sur un territoire occupé. Voir CG IV, art. 4, al. 3, art. 13 ; CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 127 ; M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, pp. 495 et 498.

46 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), Commentaire CICR des PA, par. 1908-1909, 1913, 1917, *op. cit.* note 39 ; CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 52.

47 CG IV, art. 13. Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 88.

48 Ces règles ne s'appliquent pas uniquement aux personnes protégées et couvrent aussi les ressortissants d'une partie adverse présents sur un territoire occupé ou national ainsi que les ressortissants d'une partie. Toutefois, il est nécessaire d'analyser le champ d'application précis de chaque article mentionné dans cette partie pour pouvoir déterminer s'il est applicable ou non aux propres ressortissants d'une partie. Pour une analyse plus approfondie du champ d'application de la Section III, Titre IV du PA I (art. 72-79), voir M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, pp. 495 et 498-500.

49 CG IV, art. 25 et 26 ; PA I, art. 74 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 105.

50 PA I, art. 68-71 fondés sur l'art. 23 de la CG IV ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 55-56.

l'aide humanitaire et exigent des parties au conflit armé et de tous les États concernés qu'ils autorisent et facilitent, sous réserve de leur droit de contrôle, les envois de secours aux civils et leur distribution rapide une fois que, dans leur principe, ceux-ci ont été acceptés<sup>51</sup>. Enfin, le PA I contient une série de dispositions particulièrement importantes, notamment les garanties fondamentales prévues à l'article 75, car elles accordent une protection minimale à tous les migrants qui sont au pouvoir d'une partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions de Genève ou du PA I<sup>52</sup>. Aujourd'hui, les principes et les règles fondamentales du DIH relatifs au traitement des civils qui se trouvent aux mains de l'ennemi et qui sont essentiels à la protection des migrants, appartiennent au droit international coutumier<sup>53</sup>.

Si la majorité des migrants sont considérés comme des civils au regard du DIH, il se peut que certains, en fonction de leur statut en vertu des Conventions de Genève et du PA I<sup>54</sup>, soient des combattants qui, lorsqu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi, bénéficient de la protection accordée aux PG. Par exemple, les migrants sont des combattants s'ils sont membres des forces armées d'un État partie à un conflit armé international ou membres d'autres milices appartenant à une partie au conflit remplissant les conditions énoncées à l'alinéa premier, lettre A, chiffre 2) de l'article 4 de la Troisième Convention de Genève (CG III)<sup>55</sup>. En tant que tels, une fois tombés au pouvoir d'un État partie au conflit armé international auquel ils participent, ils ont droit au statut de PG pour autant qu'ils remplissent les conditions fixées par le DIH<sup>56</sup>. Comme indiqué précédemment, cet article porte essentiellement sur la protection des migrants en tant que civils et n'approfondit pas la question de la protection des migrants combattants ou PG.

51 CICR, « Questions/réponses du CICR et lexique sur l'accès humanitaire », juin 2014, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/revue-internationale/article/questionsreponses-du-cicr-et-lexique-sur-lacces-humanitaire> ; Rapport sur les défis publié par le CICR en 2015, *op. cit.* note 6, pp. 33-37.

52 PA I, art. 75 ; CICR, Commentaire des Protocoles additionnels, *op. cit.* note 46, p. 877 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, section V « Le traitement des personnes civiles et des personnes hors de combat ».

53 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 87-105.

54 La protection des migrants qui sont tombés au pouvoir de l'ennemi dépend de leur statut au sens de l'article 4 de la CG III et de l'article 43 du PA I. Pour davantage d'informations sur la protection des migrants en tant que combattants ou prisonniers de guerre, voir S. Jaquemet, *op. cit.* note 9, pp. 651-673 ; Y. Dinstein, *op. cit.* note 13, pp. 94-109 ; Françoise J. Hampson, « The scope of the obligation not to return fighters under the law of armed conflict », in David James Cantor et Jean-François Durieux (dir.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014 ; Reuven (Ruvi) Ziegler, « Non-Refoulement between "Common Article 1" and "Common Article 3" » in David James Cantor et Jean-François Durieux (dir.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

55 CG III, art. 4 ; PA I, art. 43.

56 Les personnes qui ne remplissent pas les conditions pour obtenir le statut de combattant et de PG en vertu du DIH et qui ne bénéficient pas de la protection de la CG III, ont droit à la protection de la CG IV s'ils répondent aux conditions de l'article 4 de la CG IV et sous réserve de certaines dérogations. Pour un aperçu général de la protection des « combattants non privilégiés », voir Knut Dörmann, « The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged Combatants" », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 849, 2003 ; Laura M. Olson, « Status and treatment of those who do not fulfil the conditions for status as prisoners of war », in A. Clapham, P. Gaeta et M. Sassòli (dir.), *op. cit.* note 7, pp. 922-924.

## La protection spéciale des migrants en tant que personnes protégées par la CG IV

Dans les conflits armés internationaux, outre les règles générales relatives à la population civile, les migrants peuvent bénéficier du régime plus protecteur et plus détaillé figurant sous les Titres I et III de la CG IV, lorsqu'ils sont qualifiés de « personnes protégées<sup>57</sup> ». Nombre de migrants, en tant qu'étrangers présents sur le territoire d'une partie au conflit ou sur un territoire occupé, seront des personnes protégées lorsqu'ils remplissent la condition de nationalité figurant à l'article 4<sup>58</sup>. Néanmoins, certains migrants en sont exclus : les ressortissants d'une partie ou d'une puissance au pouvoir de laquelle ils se trouvent ; les ressortissants d'un État co-belligérant ou un État neutre qui ont une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent (sauf dans le cas de territoires occupés où les ressortissants d'un État neutre sont toujours des personnes protégées) ; et les personnes qui sont protégées par l'une des trois autres Conventions de Genève<sup>59</sup>. Ainsi, le critère de nationalité figurant à l'article 4 de la CG IV peut exclure certains migrants qui ne bénéficient de la protection d'aucun État<sup>60</sup>. Par exemple, les ressortissants d'une puissance occupante qui se trouvent sur le territoire de l'État occupé ne sont pas protégés<sup>61</sup>. Ce constat a conduit à des questionnements sur la justesse de la définition des « personnes protégées ». Selon certains, « tous les civils qui n'ont pas prêté allégeance à l'État dont ils sont ressortissants ou qui ne bénéficient pas de sa protection diplomatique, devraient être reconnus comme des "personnes protégées" conformément à l'article 4 de la CG IV [traduction CICR]<sup>62</sup> ». Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a considéré que, lorsqu'il s'agissait d'apprécier la protection, « le critère du lien juridique de nationalité n'était pas (...) déterminant » et que « l'absence d'allégeance à un État et de protection diplomatique par cet État a été considérée comme plus importante que le lien formel de nationalité<sup>63</sup> ». Toutefois, cette interprétation a été critiquée<sup>64</sup>.

57 Ceci peut faire l'objet de dérogations ; voir CG IV, articles 4, al. 1 et 5 ; Pour la définition des « personnes protégées » selon l'article 4 de la CG IV, voir *op. cit.* note 28.

58 Comme indiqué dans les parties qui leur sont consacrées ci-dessous, en vertu de l'article 73 du PA I, lorsque ce protocole est applicable, les personnes qualifiées d'apatrides ou les réfugiés sont considérées comme des personnes protégées aux fins de l'article 4 de la CG IV.

59 CG IV, article 4, al. 2 et 4. Bien que les ressortissants d'un État qui n'a pas ratifié la CG IV soient également exclus, les Conventions de Genève sont universellement ratifiées. Voir aussi CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 53 ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 46, pp. 872-873, par. 2947-2948.

60 Toutefois, voir les parties ci-dessous sur les réfugiés et les effets de l'article 73 du PA I ainsi que sur la protection offerte aux réfugiés conformément à l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV.

61 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 52 : l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV est la seule disposition de cette convention qui s'applique explicitement aux ressortissants d'un État partie à un conflit armé international. Bien que des personnes puissent être considérées comme des réfugiés au sens de cet article, ils ne sont pas couverts par l'article 4 de la CG IV (sauf si le PA I s'applique et que les critères de l'article 73 de ce protocole sont respectés). Voir les parties ci-dessous concernant les réfugiés.

62 M. Jacques, *op. cit.* note 13, pp. 163-164, 42-48, 160 ; Elizabeth Salmón, « Who Is a Protected Civilian? », in A. Clapham, P. Gaeta et M. Sassòli (dir.), *op. cit.* note 7, pp. 1142-1145.

63 TPIY, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, par. 163-169.

64 Marco Sassòli et Laura M. Olson, « The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadić Case », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 82, n° 839, 2000, pp. 743-747 ; Jean-François

Aux termes de la CG IV, les règles applicables aux personnes protégées, y compris aux migrants, dépendent de la situation dans laquelle ils se trouvent. Tous les migrants protégés sont couverts par la section I du Titre II commune aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés. Ils ont droit au respect de leur personne, de leur dignité, de leurs droits familiaux et de leurs convictions politiques, religieuses ou autres. Il est interdit de les soumettre à la torture, à des traitements cruels ou dégradants ou à des châtiments corporels et ils doivent être protégés contre tout acte de violence ou des mesures de représailles. La Section II du Titre II de la CG IV confère une protection supplémentaire aux migrants présents sur le territoire d'une partie au conflit. Elle dispose notamment que si les migrants restent dans le pays, que ce soit volontairement ou car ils y sont détenus, leur situation restera régie par les dispositions relatives au traitement des étrangers en temps de paix<sup>65</sup>. Il s'agit du droit interne, mais aussi du DIDH et du droit international des réfugiés, lorsqu'applicables. En tous cas, les migrants doivent bénéficier d'un certain nombre de droits relatifs à leurs conditions d'existence (comme le droit de recevoir des secours individuels ou collectifs, un traitement médical dans la même mesure que les ressortissants de l'État intéressé, le droit de pratiquer leur religion<sup>66</sup>). Dans la Section II, certaines dispositions sont particulièrement appropriées aux mouvements de migrants et notamment le principe de non-refoulement et le droit de quitter le territoire<sup>67</sup>. La Section II traite également les mesures de contrôle et de sécurité qui « peuvent être prises à l'encontre des personnes protégées et qui sont estimées « nécessaires du fait de la guerre<sup>68</sup> ». Selon les Commentaires de la CG IV, les mesures peuvent aller jusqu'à des dispositions très rigoureuses telles des restrictions à la liberté de mouvement<sup>69</sup>, la mise en résidence forcée ou l'internement<sup>70</sup>.

Les migrants présents sur un territoire occupé sont en outre protégés par les dispositions de la Section III du Titre III de la CG IV. En premier lieu, la puissance occupante doit respecter la législation applicable dans le territoire occupé, avant le début de l'occupation<sup>71</sup>. En tant que résidents en territoire occupé, les migrants sont protégés contre des décisions arbitraires que pourrait prendre la puissance occupante. Par exemple, celle-ci peut, si elle l'estime nécessaire, prendre des mesures de sûreté « pour d'impérieuses raisons de sécurité<sup>72</sup> ». D'autres dispositions sont importantes pour la protection des migrants comme celles relatives aux mouvements

Quéguiner, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 850, 2003, pp. 302-303.

65 CG IV, art. 38 ; CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 262.

66 CG IV, art. 38.

67 Voir la partie « Règles applicables aux mouvements de migrants » ci-dessous.

68 CG IV, art. 27 et 41-43. Voir également art. 37.

69 Voir notamment *ibid.*, art 49, al. 5 ; Voir également CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 304.

70 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 223.

71 Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, RO 26 338, La Haye, 18 octobre 1907 (entrée en vigueur le 26 janvier 1910) (Règlement de La Haye de 1907), annexe, art. 43.

72 CG IV, art. 78.

des personnes protégées<sup>73</sup>, aux envois de médicaments et de vivres, aux actions de secours, à la législation et la procédure pénales.

### *Les migrants en tant qu'apatrides protégés*

Les migrants apatrides sont également qualifiés de personnes protégées au sens de l'article 4 de la CG IV car « en employant la forme négative, la définition couvre les personnes sans nationalité<sup>74</sup> ». La CG IV ne donne pas de définition des personnes apatrides ; ce qui importe, c'est le fait qu'elles n'aient pas de nationalité. Il s'agit là d'une interprétation plus large que la définition des « personnes apatrides » figurant dans la Convention de 1954 relative au statut des apatrides qui fut adoptée par la suite. La convention de 1954 exclut, par exemple, les personnes qui bénéficient déjà d'une protection ou d'une assistance de la part d'agences des Nations Unies autres que le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR)<sup>75</sup>.

Lorsque le PA I s'applique, les « personnes apatrides » sont celles qui sont ainsi considérées au sens des « instruments internationaux pertinents », notamment la Convention de 1954, ou par « la législation nationale de l'État d'accueil ou de résidence<sup>76</sup> ». Si les personnes sont considérées comme apatrides avant le début des hostilités, elles sont explicitement qualifiées, en vertu du PA I, de personnes protégées au sens de la CG IV et, en tant que telles, elles seront protégées « en toutes circonstances et sans aucune distinction de caractère défavorable<sup>77</sup> ». Cependant, que le PA I s'applique ou non, les apatrides (y compris ceux qui sont devenus apatrides après l'ouverture des hostilités) sont de toute façon et comme nous l'avons vu, déjà considérés comme des personnes protégées au sens de la CG IV<sup>78</sup>. La limitation temporelle inscrite dans le PA I est donc sans incidence concrète sur les apatrides<sup>79</sup>. Lorsque la CG IV et le PA I s'appliquent, les « personnes qui, “avant ou après le début des hostilités”, sont considérées comme apatrides au sens des instruments internationaux pertinents (...) ou de la législation nationale » sont donc des personnes protégées<sup>80</sup>.

### *Les migrants en tant que réfugiés protégés*

Comme mentionné plus haut, de nombreux réfugiés peuvent entrer dans la définition des « personnes protégées » telle que fixée par l'article 4 de la CG IV et bénéficier de

73 Voir la partie « Règles applicables aux mouvements de migrants » ci-dessous.

74 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 53 ; M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 502.

75 Selon le paragraphe 1 de l'article 1, un apatride désigne « une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ». Cette définition semble large, mais le paragraphe 2 exclut certaines personnes. Voir la Convention relative au statut des apatrides, RTNU, vol. 360, p. 117, 28 septembre 1954 (entrée en vigueur le 6 juin 1960).

76 PA I, art. 73 ; Voir également CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 46, par. 2957-2958.

77 PA I, art. 73 ; Voir également CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 46 ci-dessus, par. 2974 et 2976 ; M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 502.

78 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 46, par. 2978-2979. M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 504.

79 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 46, par. 2955, 2978-2980.

80 *Ibid.*, par. 2980.

toutes les mesures de protection prévues (y compris celles de l'article 44 de la CG IV<sup>81</sup>). Toutefois, il se peut que certaines personnes ne bénéficient pas de la protection de leur État d'origine et ne soient pas non plus qualifiées de « personnes protégées » au sens du DIH<sup>82</sup>. Cette lacune a conduit à l'adoption de l'article 73 du PA I<sup>83</sup>. Cette disposition accorde le statut de personnes protégées non seulement aux apatrides comme on l'a vu précédemment, mais également aux réfugiés, tels que définis par le PA I et ce, « indépendamment de leur nationalité et indépendamment de la Partie au pouvoir de laquelle ils se trouvent<sup>84</sup> ». Les réfugiés sont ceux qui, premièrement, sont ainsi considérés « au sens des instruments internationaux pertinents acceptés par les Parties intéressées ou de la législation nationale de l'État d'accueil ou de résidence » et, deuxièmement, qui le sont « avant le début des hostilités ». Ces deux conditions doivent être réunies pour qu'un migrant puisse être considéré comme un réfugié et être ainsi qualifié de personne protégée au sens de la CG IV. Ceci contraste avec les articles 44 et l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV qui, comme nous le verrons plus loin, ont une interprétation plus large du terme « réfugié » que celle figurant dans le PA I<sup>85</sup>.

Conformément à la première condition posée par l'article 73 du PA I, la définition du « réfugié » est fondée sur des instruments contraignants, comme la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (Convention sur les réfugiés de 1951), mais aussi des résolutions ou des déclarations non contraignantes, comme la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, pourvu que ces instruments soient « acceptés par les Parties intéressées<sup>86</sup> ». Il est important de souligner que la décision prise par un État est opposable à toutes les parties au conflit qui doivent alors traiter les réfugiés comme des personnes protégées, même si elles n'ont pas accepté l'instrument international sur lequel la décision d'accorder le statut de réfugié est fondée<sup>87</sup>. Elles doivent également respecter cette décision si elle est fondée sur la législation nationale. De plus, si un État a reconnu la compétence du HCR à l'égard

81 Cet article accorde une protection spéciale aux migrants considérés comme « réfugiés ». Voir la partie « La protection spéciale des migrants réfugiés » ci-dessous.

82 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 53 ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 46, pp. 872-873, par. 2947-2948. Les réfugiés ressortissants de la puissance occupante ne sont pas considérés comme des personnes protégées. Bien qu'ils ne bénéficient pas des protections plus étendues offertes par la CG IV, ils jouissent d'une protection spéciale conformément à l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV. Voir la partie « La protection spéciale des migrants des réfugiés » ci-dessous.

83 Lors de la Conférence des experts gouvernementaux de 1972 qui a examiné les projets de protocole, le HCR et le CICR étaient d'avis que la CG IV n'apportait pas la protection nécessaire à tous les réfugiés et recommandaient que tous les réfugiés et apatrides soient considérés comme des personnes protégées aux fins de la CG IV. Voir CICR, *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, seconde session* (Genève, 3 mai - 3 juin 1972), Genève, 1972, vol. I, par. 3.125 et vol. II, pp. 89-90.

84 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2981 ; M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 505.

85 Voir la partie « La protection spéciale des migrants réfugiés » ci-dessous.

86 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2952, 2959-2973. Voir également, Convention relative au statut des réfugiés, RTNU, vol. 189, p. 138, 28 juillet 1951 (entrée en vigueur le 22 avril 1954) ; Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, 22 novembre 1984 (Déclaration de Carthagène). Pour en savoir plus sur les différentes définitions du terme « réfugié » au sens du droit international des réfugiés, voir, par exemple, Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 15-50.

87 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2952-2953.



de personnes que l'organisation considère, en fonction de son mandat, comme des réfugiés, la décision du HCR d'accorder le statut s'impose également à toutes les parties au conflit<sup>88</sup>. L'article 73 limite par ailleurs le champ d'application personnel à ceux qui ont été considérés réfugiés « avant le début des hostilités<sup>89</sup> » et c'est là la seconde condition. Ceci induit une lacune importante dans la protection de ceux qui sont devenus réfugiés après le début des hostilités et ne sont pas des personnes protégées au sens de la CG IV. Cette condition temporelle a été critiquée car elle instaure une « distinction arbitraire et inutile en contradiction directe avec les principes humanitaires de protection édictés par les Conventions de Genève [traduction CICR]<sup>90</sup> ».

En résumé, lorsque le PA I s'applique, les migrants qui répondent aux conditions fixées par l'article 73 pour être qualifiés de « réfugiés », sont explicitement reconnus comme étant des personnes protégées aux fins de la CG IV, « en toutes circonstances et sans aucune distinction de caractère défavorable<sup>91</sup> ». Ils bénéficient de toutes les protections prévues par les Titres I et III de la CG IV<sup>92</sup>. Ceci est particulièrement important pour les réfugiés qui sont ressortissants de la puissance occupante, car ceci améliore l'étendue de leur protection telle que fixée par l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV<sup>93</sup>. Par exemple, ils ne peuvent « pas être arrêtés ou condamnés pour des actes commis ou pour des opinions exprimées avant l'occupation, sous réserve des infractions aux lois et coutumes de la guerre<sup>94</sup> ».

## La protection spéciale des migrants réfugiés

Comme relevé ci-dessus, les réfugiés peuvent, dans certains cas, être considérés comme des personnes protégées au sens de la CG IV et ils sont toujours considérés comme des personnes protégées lorsque le PA I s'applique, à condition qu'ils répondent à sa définition de « réfugié »<sup>95</sup>. Ils bénéficient de toutes les protections

88 *Ibid.*, par. 2969. La définition d'un « réfugié » selon le mandat du HCR est fondée sur ses statuts qui contiennent une définition quasiment identique à celle de la Convention des réfugiés de 1951 et qui a été étoffée au fil des ans par les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, du Conseil économique et social et du Comité exécutif du HCR, pour inclure les personnes qui « se trouvent hors de leur pays d'origine ou de résidence habituelle et ne veulent ou ne peuvent y retourner en raison de menaces graves et indiscriminées contre leur vie, leur intégrité physique ou leur liberté, résultant de la violence généralisée ou d'événements troublant gravement l'ordre public ». Voir HCR, *Manuel de réinstallation du HCR*, juillet 2011, pp. 86-88, disponible sur : [www.unhcr.org/fr/5162da949.pdf](http://www.unhcr.org/fr/5162da949.pdf).

89 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2956.

90 M. Jacques, *op. cit.* note 13, p. 162.

91 PA I, art. 73 ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2976. Voir ci-dessus « La protection spéciale des migrants en tant que personnes protégées par la CG IV ».

92 La référence explicite au Titre III de la CG IV dans l'article 73 du PA I permet de faire en sorte que chaque disposition de la Convention soit « interprét[ée] [...] de la manière la plus favorable aux réfugiés » (ex. : les réfugiés sont protégés par l'alinéa 2 de l'article 4 de la CG IV même si ce ne sont pas des ressortissants ennemis). Voir CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2982.

93 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 505 ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2985.

94 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 505.

95 Les apatrides, comme précédemment mentionné, sont toujours considérés comme des personnes protégées, conformément à la CG IV et/ou au PA I.

offertes par la CG IV et le PA I<sup>96</sup>. Ils jouissent également d'une protection spéciale en vertu de deux dispositions qui leur sont spécifiquement applicables : l'article 44 de la CG IV relatif aux réfugiés protégés qui se trouvent sur le territoire d'une partie au conflit et l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV relatif aux réfugiés (qui ne sont pas qualifiés de personnes protégées) qui se trouvent sur un territoire occupé. Le terme « réfugié » n'est pas défini par la CG IV. D'après le commentaire de l'article 44, il faudrait lui donner un sens plus large que celui qui lui est donné par le droit international des réfugiés, « trop technique [...] et d'une portée trop restreinte<sup>97</sup> ». Pour qu'une personne puisse être considérée comme un réfugié conformément à la CG IV et être protégée soit par l'article 44, soit par l'alinéa 2 de l'article 70, il est essentiel qu'elle ne « jouisse [...] de la protection d'aucun gouvernement<sup>98</sup> ». Tous les migrants qui répondent à cette condition seront considérés comme des réfugiés. Les personnes qui bénéficient d'autres mesures de protection ou qui ne relèvent ni de la Convention sur les réfugiés de 1951, ni du Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967, pourraient néanmoins être considérés comme des réfugiés au sens de la CG IV<sup>99</sup>. La CG IV s'appliquerait également aux personnes qui répondent aux conditions exigées par la définition figurant dans la Convention sur les réfugiés (même si le contraire n'est pas nécessairement vrai)<sup>100</sup>. Contrairement à l'article 73 du PA I, l'article 44 de la CG IV n'exige pas que les réfugiés soient ainsi considérés avant le début des hostilités. Ainsi, par exemple, une personne qui, pendant les hostilités, quitterait son pays pour rejoindre le territoire ennemi, serait protégée par l'article 44 de la CG IV de la même manière qu'une personne qui aurait obtenu l'asile avant le début d'un conflit armé.

Les réfugiés qui sont officiellement des étrangers ennemis lorsque leur pays d'origine est en conflit armé avec leur pays d'asile n'ont plus de lien d'allégeance avec leur pays d'origine et ne représentent donc pas systématiquement une possible menace pour leur pays hôte. En revanche, en tant que ressortissants ennemis se trouvant sur le territoire d'une partie au conflit, ils peuvent être particulièrement sujets à des mesures de contrôle et de sécurité. L'article 44 de la CG IV reconnaît cette situation en apportant un tempérament au critère de nationalité aux fins de l'article 4 et en invitant les parties à « tenir compte de tout un ensemble de circonstances qui sont de nature à révéler (...) l'appartenance spirituelle » ou « l'allégeance idéologique

96 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, pp. 872 et, 874, par. 2944 et 2956.

97 Voir également CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 284. Il est intéressant de noter que le Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967 contient une définition du terme « réfugié » plus large que celle qui figure dans la Convention des réfugiés de 1951, laquelle est citée dans le Commentaire (le Protocole n'ayant pas encore été adopté). Néanmoins, la définition offerte par le Protocole de 1967 comporte des limites et certains pensent que la définition du réfugié aux fins de la CG IV devrait être interprétée de manière plus large que celle qui est exprimée dans le Protocole. Voir Protocole relatif au statut des réfugiés, RTNU, vol. 606, p. 267, 31 janvier 1967 (entré en vigueur le 4 octobre 1967), art. 1.

98 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 284. Voir également CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2942. Cette condition ne devrait pas être confondue avec celui de l'absence de relations diplomatiques normales mentionné à l'article 4 de la CG IV; « une personne ne peut être qualifiée de « réfugié » que lorsque la relation d'allégeance *de facto* admise et durable, établie entre un État et ses ressortissants, est rompue [traduction CICR] ». D. J. Cantor, *op. cit.* note 9, pp. 357-358.

99 V. Chetail, *op. cit.* note 9, p. 707.

100 D. J. Cantor, *op. cit.* note 9, pp. 365-366.

d'une personne protégée<sup>101</sup> ». Bien que des mesures de sécurité permises puissent toujours être imposées lorsque des réfugiés représentent un danger pour la sécurité de l'État<sup>102</sup>, l'article 44 exige, lorsque de telles mesures sont prises, que les réfugiés ne soient pas traités comme des étrangers ennemis « exclusivement sur la base de leur appartenance juridique ». Selon les commentaires de cet article, même si l'article 44 n'interdit pas des mesures de contrôle, cette disposition devrait être appliquée « dans le plus large esprit humanitaire, afin qu'il soit permis d'exploiter au maximum les ressources qu'elle offre pour la protection des réfugiés<sup>103</sup> ».

En tant que ressortissants de la puissante occupante, les réfugiés qui se trouvent sur un territoire occupé par l'État qu'ils ont fui ne sont pas des personnes protégées, sauf s'ils sont considérés comme des réfugiés au sens de l'article 73 du PA I, comme nous l'avons vu dans la partie consacrée aux « migrants en tant que réfugiés protégés ». En conséquence, ces migrants ne bénéficient pas de la protection complémentaire accordée aux personnes protégées par les Titres I et III de la CG IV<sup>104</sup>. Ils ne peuvent prétendre qu'à la protection dont bénéficie la population civile<sup>105</sup> et à la protection spéciale de l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV qui avait été établie pour répondre à la situation précaire dans laquelle des réfugiés pouvaient se retrouver. Bien que le terme « réfugié » soit défini de manière légèrement différente aux fins de l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV, il convient de le comprendre dans le même sens que celui qui lui est donné par l'article 44 de la CG IV<sup>106</sup>. Contrairement à l'article 44, pour pouvoir bénéficier de la protection accordée à l'alinéa 2 de l'article 70, toutes les personnes, qu'elles soient ou non considérées comme des réfugiés, doivent avoir atteint le territoire occupé « avant le début des hostilités<sup>107</sup> ». Selon l'alinéa 2 de l'article 70, il est interdit à la puissance occupante d'arrêter, de poursuivre, de condamner ou de déporter les réfugiés hors du territoire occupé, sauf pour des infractions nuisibles à leur pays d'origine qu'ils auraient commises depuis le début des hostilités ou pour des délits de droit commun commis avant le début des hostilités qui, selon le droit de l'État dont le territoire est occupé, auraient justifié l'extradition en temps de paix<sup>108</sup>. L'alinéa 2 de l'article 70 vise à garantir que les réfugiés ne seront pas sanctionnés seulement pour avoir cherché asile ou pour des actes ayant provoqué leur départ et « procède de l'idée de la continuité du droit d'asile, dont ils jouissaient avant l'occupation et que leur État d'origine doit respecter<sup>109</sup> ».

101 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 285.

102 CG IV, art. 44 ; Voir CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 285. M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 503.

103 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 285.

104 Voir la partie « La protection particulière des migrants en tant que personnes protégées par la CG IV » ci-dessus.

105 Voir la partie « La protection des migrants en tant que membres de la population civile » ci-dessus.

106 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 375. Voir également D. J. Cantor, *op. cit.* note 9, p. 365.

107 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 504.

108 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 375-377.

109 *Ibid.*, p. 376.

## Conclusions sur la protection des migrants dans les conflits armés internationaux

Comme nous l'avons vu, tous les migrants sont protégés contre les effets des hostilités et doivent être traités avec humanité conformément aux règles générales applicables à la population civile. Lorsqu'ils sont considérés comme des personnes protégées, tous les migrants, y compris les réfugiés et les apatrides, ont également droit à l'ensemble des protections instituées par la CG IV. Enfin, les migrants qualifiés de « réfugiés » conformément à la CG IV bénéficient d'une protection spéciale telle que fixée par l'article 44 de la CG IV lorsqu'ils se trouvent sur le territoire d'une partie au conflit ou par l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV lorsqu'ils se trouvent sur un territoire occupé par leur pays d'origine.

### Comment les migrants sont-ils couverts par le DIH dans les conflits armés non internationaux ?

Dans les conflits armés non internationaux, les notions de combattant, de prisonnier de guerre ou de personne protégée n'existent pas. Toutes les personnes qui ne participent pas ou qui ne participent plus directement aux hostilités sont protégées par les dispositions du DIH qui sont applicables (c'est-à-dire l'article 3 commun et le Protocole additionnel II [PA II] dans certains types de conflits armés non internationaux<sup>110</sup>). Selon le Commentaire de l'article 3 commun, « [l]es personnes qui ne participent pas directement aux hostilités<sup>111</sup> » et qui sont protégées par cet article, sont d'une part, les civils, y compris « les anciens membres des forces armées qui ont été démobilisés ou désengagés », d'autre part, « les membres non combattants des forces armées, à savoir le personnel médical et religieux<sup>112</sup> » et enfin, « les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat<sup>113</sup> ». Tel que mentionné dans le Commentaire du PA II, le Protocole s'applique à « toutes les personnes qui résident dans le pays en conflit, quelle que soit leur nationalité, réfugiés et apatrides compris<sup>114</sup> ».

L'article 3 commun et le PA II ne mentionnent pas explicitement les migrants (ni les réfugiés ou les apatrides), mais ceux-ci sont protégés en tant que personnes ne participant pas ou plus aux hostilités. Ces personnes doivent être « en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable

110 Certaines règles du DIH relatives aux moyens et méthodes de guerre protègent également les personnes lorsqu'elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Tel que mentionné dans le Commentaire du PA II, le Protocole s'applique à toutes les personnes affectées par un conflit armé ce qui inclut les personnes qui ne participent pas ou qui ne participent plus aux hostilités et celles « qui doivent, au sens du Protocole, se conformer à certaines règles de comportement à l'égard de l'adversaire et de la population civile ». Voir CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 4485.

111 Pour une explication de la notion de participation « directe » aux hostilités dans les PA, qui se réfère au même concept que la participation « directe » aux hostilités exprimée à l'article 3 commun (« active part » dans la version en anglais), voir le Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 38.

112 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 521-522.

113 Art. 3 commun, al. 1.

114 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 4489.

basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue<sup>115</sup> ». Selon le Commentaire du PA II, si des mesures de sécurité peuvent être prises, elles « sont sans effet sur les garanties de traitement des individus<sup>116</sup> ». Les migrants ont droit aux garanties fondamentales établies par l'article 3 commun, notamment l'interdiction des atteintes portées à la vie, à l'intégrité corporelle et à la dignité des personnes ou l'interdiction des condamnations prononcées sans jugement préalable et sans un procès équitable. Lorsqu'il est applicable, le PA II détaille davantage ces interdictions et introduit d'autres dispositions relatives au traitement humain de toutes les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, notamment celles qui sont privées de liberté<sup>117</sup>. En outre, les migrants sont protégés par les règles du droit international coutumier applicables aux conflits armés non internationaux, dont les garanties fondamentales relatives au traitement humain des personnes<sup>118</sup>.

Malgré l'absence de statut de combattant ou de prisonnier de guerre dans les conflits armés non internationaux, la distinction entre les civils et les membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés demeure indispensable pour déterminer qui sont les personnes protégées contre les effets des hostilités<sup>119</sup>. Aux fins de la conduite des hostilités, toutes les personnes qui ne sont pas membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés d'une partie au conflit sont des civils<sup>120</sup>. Les forces armées d'un État comprennent ses forces armées régulières ainsi que d'autres groupes armés organisés ou unités qui sont placés sous la conduite du commandement responsable d'un État partie<sup>121</sup>. Par ailleurs, les forces armées d'une partie non étatique au conflit sont composées de groupes armés organisés constitués uniquement de personnes exerçant une fonction de combat continue<sup>122</sup>. Dans les conflits armés non internationaux, la nationalité n'entre pas en ligne de compte étant donné que les statuts de combattant, de prisonnier de guerre ou de personne protégée n'existent pas.

En tant que civils, les migrants bénéficient de la protection générale contre les effets des hostilités, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ou s'ils exercent une fonction de combat continue pour

115 Art. 3 commun ; PA II, articles 2 et 4 ; CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 519, 527-528 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 87.

116 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 4489.

117 PA II, art. 4 et 5.

118 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 87-105.

119 Bien que le PA II ait un champ d'application plus étroit que celui de l'article 3 commun et qu'il emploie des termes différents, les personnes sont classées selon les mêmes catégories. Voir le Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 38, p. 31 ; voir également PA II, art. 1, par. 1, art. 13, par. 1 et 3.

120 Rapport 2011 du CICR sur les défis, *op. cit.* note 6, p. 49 ; Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 38, p. 29. Voir également CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 45 : « L'article 3 [sur le traitement des personnes aux mains de l'ennemi] a un champ d'application extrêmement large et vise aussi bien les membres des forces armées que les personnes qui ne prennent pas part aux hostilités. Cependant, dans le cas présent, il est bien entendu que c'est avant tout aux personnes civiles, c'est-à-dire celles qui ne portent pas les armes, que cet article s'applique ».

121 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 530, 532-533 ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 4462.

122 Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 38, pp. 29-38 ; Rapport 2011 du CICR sur les défis, *op. cit.* note 6, p. 49 ; CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 534.

le compte d'une partie au conflit armé<sup>123</sup>. Ils bénéficient également des dispositions protectrices de la population civile figurant au Titre IV du PA II, lesquelles interdisent notamment les attaques directes contre les personnes civiles, les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile et le recours à la famine comme méthode de combat<sup>124</sup>. Les migrants sont également protégés contre les déplacements forcés<sup>125</sup>. En outre, le PA II prévoit que des actions de secours en faveur de la population civile en ayant besoin, soient entreprises avec le consentement de la Haute Partie contractante concernée<sup>126</sup>. Enfin, bien que seul le PA I prévoit d'autres dispositions plus précises sur la protection des civils dans les conflits armés internationaux, le DIH coutumier a étendu l'applicabilité d'un grand nombre de ces règles aux conflits armés non internationaux<sup>127</sup>.

## Quelques règles du DIH particulièrement appropriées à la migration

Comme on l'a vu, le DIH offre d'importantes protections aux migrants dans les conflits armés ; certaines d'entre elles, particulièrement dignes d'intérêt, seront examinées dans cette partie. Nous examinerons d'abord les règles qui autorisent ou qui limitent les mouvements de migrants dans les conflits armés internationaux et non internationaux. Les principaux éléments du principe de non-refoulement au sens du DIH, ainsi que d'autres règles qui préviennent ou qui sont applicables aux mouvements de migrants seront présentées. Puis, nous analyserons les règles relatives au respect de la vie familiale, au maintien ou au rétablissement des liens familiaux, ainsi que celles permettant d'élucider le sort des migrants disparus ou décédés et du lieu où ils se trouvent.

### Règles applicables aux mouvements de migrants

Le DIH a pour but principal d'alléger les souffrances causées aux populations, par exemple en évitant et en limitant les déplacements forcés de civils dus à des conflits armés, que ce soit à l'intérieur d'un pays ou au-delà des frontières internationales. À cet effet, le DIH fixe des règles de protection contre les effets des hostilités et interdit expressément les déplacements forcés. Cependant, lorsque des civils sont déplacés, le DIH exige qu'ils soient protégés et assistés.

Pour ce qui est des mouvements de migrants, que ceux-ci soient volontaires ou qu'ils soient le fait des parties au conflit, le DIH contient plusieurs règles qui fixent d'autres droits et limites spécifiques. La licéité de ces mouvements dépendra de leur conformité avec les règles du DIH et notamment du respect du principe de non-refoulement. En termes généraux, ce principe interdit tout transfert d'une

123 PA II, art. 13, par. 1 et 3 ; Guide interprétatif du CICR, *op. cit.* note 38, p. 29.

124 PA II, art. 13, par. 2, art. 14.

125 PA II, art. 17. Voir la partie « Règles applicables aux mouvements de migrants » ci-dessous.

126 PA II, art. 18 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 55. Pour en savoir plus sur l'exigence du consentement, voir CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 830-831.

127 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5 ; voir, en particulier, Partie I (règles 11-24) et Partie III (règles 53, 55-56).

personne d'une autorité à une autre s'il existe de sérieuses raisons de croire qu'elle risque d'être soumise à des violations de certains droits fondamentaux<sup>128</sup>. Ceci vise en particulier la torture, les peines ou les traitements cruels, inhumains ou dégradants, la privation arbitraire de la vie et les persécutions<sup>129</sup>. Le principe de non-refoulement est formulé, avec une portée différente selon le droit applicable, par le DIH, le DIDH et le droit international des réfugiés<sup>130</sup>. L'essence du principe de non-refoulement constitue aussi un principe de droit international coutumier<sup>131</sup>.

### *Personnes protégées sur le territoire d'une partie à un conflit armé international*

En tant que personnes protégées, les migrants ont, en premier lieu, le droit de quitter le territoire d'un État affecté par un conflit, au début ou au cours de ce conflit, à moins que leur départ ne soit contraire aux intérêts nationaux de l'État<sup>132</sup>. Seuls les départs volontaires sont permis, ce qui est important dans la mesure où les migrants peuvent faire le choix de rester, les personnes protégées pouvant quitter le territoire pour regagner leur patrie ou se rendre dans d'autres pays<sup>133</sup>. Les départs autorisés doivent être « effectués dans des conditions satisfaisantes de sécurité, d'hygiène, de salubrité et d'alimentation<sup>134</sup> ». Les décisions de l'État sur les demandes de quitter le territoire, y compris les refus, doivent respecter certaines garanties<sup>135</sup>. Deuxièmement, le droit interne et le droit international applicables continuent de régir le traitement des étrangers en temps de paix, exception faite des mesures spéciales<sup>136</sup>. Ainsi, une partie au conflit ne peut expulser des migrants que sur le fondement des instruments juridiques applicables en temps de paix, sous réserve de respecter les dispositions spécifiques du DIH relatives au retour des personnes protégées<sup>137</sup>. Ceci impose de

128 Laurent Gisel, « The principle of non-refoulement in relation to transfers », in *La détention en conflit armé*, actes du 15<sup>e</sup> Colloque de Bruges, 16-17 octobre 2014, Collège d'Europe/CICR, Collegium, n° 45, automne 2015, p. 116. Voir également CICR, « Note sur la migration et le principe de non-refoulement », dans ce numéro de la *Sélection française de la Revue*.

129 L. Gisel, *op. cit.* note 128, p. 116.

130 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 709 et références à la note de bas de page 635.

131 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 709 et références à la note de bas de page 636.

132 CG IV, art. 35, al. 1.

133 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 253.

134 CG IV, art. 36 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 131. Voir également CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 287 : « L'expulsion doit [...], le cas échéant, avoir lieu dans des conditions humaines, avec les égards que comporte le respect des personnes et sans brutalité ».

135 CG IV, art. 35, al. 1-3. Voir CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, pp. 256-257 : Par exemple, la puissance protectrice doit être informée d'un refus de départ, sauf lorsque les individus ne souhaitent pas que leur pays d'origine soit au courant.

136 CG IV, art. 38.

137 David James Cantor, « Forced Displacement, the Law of International Armed Conflict and State Authority », 19 juillet 2011, p. 19, disponible sur : [ssrn.com/abstract=2297405](http://ssrn.com/abstract=2297405) ; Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1995, pp. 135-142. Voir également CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 287 : L'expulsion des étrangers peut s'effectuer « (...) dans des cas individuels et lorsque la sécurité de l'État l'exige absolument. Mais la pratique et la doctrine confèrent à ce droit un caractère limité : l'expulsion massive, au début de la guerre, de tous les étrangers se trouvant sur le territoire d'un belligérant ne saurait notamment être admise. [...] Les individus sous le coup d'expulsion devront présenter librement leurs moyens de défense et bénéficier d'un délai approprié avant l'exécution de la décision, si celle-ci est maintenue ; en ce cas, la Puissance protectrice doit être avisée ».

combiner le DIH avec d'autres branches du droit international et notamment les règles du DIDH relatives à l'expulsion des étrangers<sup>138</sup>. Troisièmement, conformément au DIH coutumier, les civils « ont le droit de regagner volontairement et dans la sécurité leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, dès que les causes de leur déplacement ont cessé d'exister<sup>139</sup> ». Toutefois, ce droit ne s'applique pas aux migrants qui ont été expulsés régulièrement, conformément au droit ; ce droit protège uniquement ceux qui ont été déplacés, volontairement ou involontairement<sup>140</sup>.

Outre ces règles, l'article 45 de la CG IV impose d'importantes restrictions au droit d'une partie au conflit de transférer des migrants protégés. Ce sont là des interdictions absolues qui ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation ou exception<sup>141</sup>. Cependant, ainsi que relevé par les Commentaires, ces dispositions ne sauraient « faire obstacle aux droits que les personnes protégées tiennent de l'article 35 [de la CG IV] qui les habilite à quitter le territoire au début ou au cours du conflit<sup>142</sup> ». Le droit de transférer des personnes protégées est principalement limité par le principe de non-refoulement qui trouve son expression, avant même de figurer dans la Convention des réfugiés de 1951, dans l'article 45 de la CG IV<sup>143</sup>. Selon le CICR, la portée du principe de non-refoulement s'étend à tous les types de transfert tels que l'expulsion, la déportation, l'extradition ou le retour, quelle que soit son appellation officielle<sup>144</sup>. Conformément à l'alinéa 4 de l'article 45 de la CG IV, une personne protégée qui se trouve sur le territoire d'une partie au conflit « ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses<sup>145</sup> ». Bien que le terme « persécutions » ne soit pas défini par le DIH, il fait référence, au minimum, aux violations graves des droits de l'homme (droit à la vie, liberté et sécurité) en raison de l'appartenance ethnique, de la nationalité, de la religion ou des opinions politiques<sup>146</sup>.

138 J. -M. Henckaerts, *op. cit.* note 137, pp. 8-49 et 137-138.

139 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 132. En droit conventionnel, l'alinéa 2 de l'article 49 de la CG IV relatif aux personnes protégées en territoire occupé dispose que les personnes évacuées doivent être ramenées dans leurs foyers aussitôt que les hostilités dans le secteur en question auront pris fin.

140 *Ibid.*, règle 132.

141 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, pp. 287, 290. Le principe de non-refoulement en DIDH est tout aussi absolu. Concernant les exceptions prévues par le droit international des réfugiés qu'il convient d'interpréter de façon restrictive, voir la Convention des réfugiés de 1951, art. 3, par. 2 ; Andreas Zimmermann et Philipp Wenholz, « Article 33(2) », in Andreas Zimmermann (dir.), *The 1951 Convention on the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, par. 2.

142 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 288.

143 Pour une analyse plus approfondie du principe de non-refoulement, voir Cordula Droegge, « Transferts de détenus – Cadre juridique, non-refoulement et défis contemporains », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, n° 871, 2008 ; Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », in Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008 ; Emanuela-Chiara Gillard, « On n'est jamais aussi bien que chez soi : obligations des États concernant les transferts de personnes », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, n° 871, 2008.

144 CICR, *op. cit.* note 128, note de bas de page 1.

145 CG IV, art. 45, al. 4.

146 Convention des réfugiés de 1951, art. 1 ; HCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV.1, réédité, Genève, janvier 1992, par. 51-53. Voir également E. -C. Gillard, *op. cit.* note 143, pp. 723-724 et 727.



L'alinéa 3 de l'article 45 instaure une deuxième limite au transfert des étrangers sur le territoire d'une partie au conflit dont la portée est plus large que d'autres expressions du principe de non-refoulement<sup>147</sup>. Il interdit les transferts non seulement dans les cas spécifiquement prévus par le DIDH et le droit international des réfugiés, comme la torture ou les persécutions, mais également lorsque l'État d'accueil ne peut ou ne veut pas traiter les étrangers conformément aux protections accordées par la CG IV<sup>148</sup>. Logiquement, étant donné que l'État d'accueil est lui-même obligé de respecter l'article 45 de la CG IV, cela signifie qu'un transfert ultérieur vers un pays tiers en violation de la CG IV, serait également interdit (refoulement secondaire<sup>149</sup>). En conséquence, un transfert ne peut avoir lieu que si la puissance transférante s'est assurée que la puissance réceptrice est désireuse et à même d'appliquer la CG IV, y compris de respecter le principe de non-refoulement. Si des personnes protégées sont transférées, la responsabilité de la puissance transférante reste engagée et celle-ci doit « prendre des mesures efficaces pour remédier à la situation ou demander que les personnes protégées lui soient renvoyées », si l'État d'accueil ne s'acquitte pas de ses responsabilités, conformément aux Conventions<sup>150</sup>. Conformément à l'article 1 commun, l'État qui transfère doit aussi faire respecter les Conventions par l'État d'accueil ce qui renforce ces obligations en la matière<sup>151</sup>. De ce fait, si l'État qui transfère estime que l'État d'accueil n'a pas l'intention ou n'a pas la capacité de s'acquitter de ses responsabilités conformément aux Conventions, il doit s'abstenir de transférer des individus car ceci pourrait être considéré comme encourageant, aidant ou assistant la commission de violations du DIH<sup>152</sup>. En outre, il « doit [...] faire tout ce qui est raisonnablement en [son] pouvoir afin de prévenir et faire cesser ces violations » en suivant le sort des individus qui ont été transférés et, si nécessaire, en jouant de son influence pour que l'État d'accueil respecte les Conventions<sup>153</sup>.

### *Les personnes protégées dans les territoires occupés*

L'article 48 de la CG IV dispose que, dans les situations d'occupation, « [l]es personnes protégées non ressortissantes de la Puissance dont le territoire est occupé » ont le droit de quitter le territoire aux conditions prévues à l'article 35 de la CG IV. Cet article fait explicitement référence au droit des personnes protégées, y compris les réfugiés

147 CG IV, art. 45, al. 3 ; voir également, pour les prisonniers de guerre, CG III, art. 12.

148 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, pp. 289-290 ; C. Droège, *op. cit.* note 143, p. 675.

149 Vincent Chetail, « The transfer and deportation of civilians », in A. Clapham, P. Gaeta et M. Sassòli (dir.), *op. cit.* note 7, pp. 1199-1200.

150 C. Droège, *op. cit.* note 143, p. 698.

151 CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty: Synthesis Report from Regional Consultation of Government Experts*, Genève, novembre 2013, p. 24 (certains experts ont considéré les obligations en matière de transfert « comme faisant partie des obligations d'un État, conformément à l'article 1 commun, de prendre les mesures appropriées afin de s'assurer que les autres États respectent le DIH [traduction CICR] »). Voir également C. Droège, *op. cit.* note 143, p. 699. Pour de plus amples observations sur les obligations découlant de l'article 1 commun, voir Knut Dörmann et Jose Serralvo, « L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 96, *Sélection française* 2014/3 et 4.

152 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 154.

153 *Ibid.*, pp. 154 et 168.

protégés, de quitter le territoire et n'est pas limitée aux rapatriements<sup>154</sup>. Bien que le droit conventionnel applicable aux territoires occupés ne mentionne pas expressément le principe de non-refoulement, ce principe qui figure dans le DIDH et le droit international des réfugiés protégera les migrants, si besoin, dans les situations de conflit armé. De plus, l'article 49 de la CG IV interdit les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées, quels qu'en soient la destination ou le motif, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou d'impérieuses raisons militaires exigent leur évacuation<sup>155</sup>. Cette interdiction ne souffre d'aucune exception et s'applique largement aux déplacements forcés de migrants protégés, que ce soit à l'intérieur du territoire national ou au-delà des frontières. Il s'agit d'une interdiction claire et absolue, bien qu'elle couvre uniquement les transferts « forcés » et les déportations, de façon à ce que les personnes protégées qui souhaitent partir n'en soient pas empêchées<sup>156</sup>.

Même lorsqu'une évacuation autorisée a lieu, conformément à l'alinéa 2 de l'article 49, elle ne peut entraîner le déplacement de personnes protégées qu'à l'intérieur du territoire occupé, « sauf en cas d'impossibilité matérielle<sup>157</sup> ». Dans tous les cas, les évacuations, autorisées ou non, doivent être temporaires et être entourées, « dans toute la mesure du possible », de garanties relatives au traitement des personnes déplacées ainsi que pour éviter la séparation des familles<sup>158</sup>. Que les personnes soient évacuées de façon licite, transférées de force ou déportées en violation de la CG IV, elles doivent être « ramenée[s] dans [leurs] foyer[s] aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin<sup>159</sup> ». Comme les évacuations peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, être effectuées vers des pays tiers, le droit au retour est applicable tant aux déplacements à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire occupé (que ce soit à l'intérieur d'un même pays ou en dehors de ses frontières<sup>160</sup>). Enfin, conformément à l'alinéa 2 de l'article 70 de la CG IV, les réfugiés qui se trouvent sur un territoire occupé par leur pays d'origine ont droit à une protection spéciale contre la déportation hors du territoire occupé, sauf dans certains cas précis<sup>161</sup>.

154 CG IV, art. 35 ; voir également CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39 et Commentaire du PA I, art. 73, par. 2982 qui confirment ce point.

155 CG IV, art. 49 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 29, par. A et son commentaire. Concernant l'interdiction implicite des déportations figurant dans le Règlement de La Haye de 1907, voir J.-M. Henckaerts, *op. cit.* note 137, pp. 151-152. Pour en savoir plus sur la protection prévue par le DIH contre le déplacement forcé, voir, par exemple, V. Chetail, *op. cit.* note 149, pp. 1185-1214 ; M. Jacques, *op. cit.* note 13, pp. 19-37, 49-71, 177-208 ; Jan Willms, « Without order, anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 91, n° 875, 2009 ; K. Hulme, *op. cit.* note 13, pp. 91-116 ; D. J. Cantor, *op. cit.* note 137, pp. 1-23 ; Emanuela-Chiara Gillard, « The role of international humanitarian law in the protection of internally displaced persons », *Refugee Law Quarterly*, vol. 24, n° 3, 2005 ; J.-M. Henckaerts, *op. cit.* note 137, pp. 143-178.

156 CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 300. Voir également V. Chetail, *op. cit.* note 149, p. 1190 ; J.-M. Henckaerts, *op. cit.* note 137, p. 145.

157 CG IV, art. 49, al 2.

158 *Ibid.*, art. 49, al. 2 et 3 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 131 ; CICR, Commentaire de la CG IV, note 27, pp. 301-302. Voir également M. Jacques, *op. cit.* note 13, pp. 33-34.

159 CG IV, art. 49, al. 2 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 132.

160 E.-C. Gillard, *op. cit.* note 155, p. 42 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 132 ; CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, p. 302.

161 Cette exception s'applique aux réfugiés qui ont commis des infractions après le début des hostilités. Elle s'applique aussi à ceux qui ont commis des infractions de droit commun avant le début des hostilités et

### Conflits armés non internationaux

L'article 3 commun et le PA II n'interdisent pas expressément le refoulement<sup>162</sup>. Selon le CICR, les « interdictions absolues » de l'article 3 commun qui s'imposent à toutes les parties au conflit « interdiraient également le transfert de personnes vers des lieux ou des autorités lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque qu'elles soient soumises à des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, tels le meurtre, la torture ou d'autres formes de mauvais traitements<sup>163</sup> ». La conclusion selon laquelle le DIH interdit le refoulement dans les conflits armés non internationaux ressort du DIH et est confortée par le DIDH qui est applicable<sup>164</sup>. Premièrement, selon la même logique que celle présidant à la disposition sur le non-refoulement de la CG IV, le droit applicable aux conflits armés non internationaux « ne devrait pas être contourné par le transfert de personnes vers des lieux où elles risqueraient d'être soumises à des violations de l'article 3 commun [traduction CICR]<sup>165</sup> ». C'est aussi le raisonnement suivi par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et par la jurisprudence internationale concernant le principe de non-refoulement. Deuxièmement, « s'il est décidé de libérer des personnes privées de liberté », le paragraphe 4 de l'article 5 du PA II exige des autorités qu'elles prennent les « mesures nécessaires pour assurer la sécurité de ces personnes ». Cette obligation pourrait vraisemblablement s'appliquer aux transferts, ce qui suppose que l'autorité qui procède au transfert transmette son contrôle sur les individus<sup>166</sup>. Troisièmement, bien que cela ne soit pas explicitement écrit, on considère que les rapatriements effectués en application de l'article 118 de la CG III ne doivent pas être contraires au principe de non-refoulement et que ce même raisonnement devrait s'appliquer aux conflits armés non internationaux<sup>167</sup>. Enfin, l'obligation de non-refoulement est encore confortée par l'obligation des États de respecter le DIH et de faire respecter le DIH, comme le dispose l'article 1 commun<sup>168</sup>.

Les transferts de personnes ne devraient pas contourner le DIH applicable aux conflits armés non internationaux<sup>169</sup>. Ceci comprendrait vraisemblablement « toutes les garanties fondamentales de l'article 3 commun, y compris l'obligation de traitement humain, l'interdiction des prises d'otages et des condamnations prononcées sans respecter toutes les garanties judiciaires<sup>170</sup> ». Toutefois, en tenant également compte de « l'interprétation plus restrictive de la jurisprudence relative

qui, selon le droit de l'État occupé, auraient pu, en temps de paix, justifier leur extradition. Voir CG IV, art. 2, al. 70 ; voir également la partie « La protection spéciale des migrants réfugiés » ci-dessus.

162 Comme souligné précédemment, la continuité de l'application du principe de non-refoulement conformément au DIDH et/ou au droit international des réfugiés et au droit international coutumier devra être considérée.

163 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 710. Pour un autre avis, voir F. J. Hampson, *op. cit.* note 54, p. 385.

164 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 710-712.

165 L. Gisel, *op. cit.* note 128, p. 118 ; CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 710-712.

166 L. Gisel, *op. cit.* note 128, p. 119.

167 *Ibid.*

168 CICR, *op. cit.* note 151, p. 24. Pour une analyse de l'obligation des États non belligérants selon l'article 1 commun à propos du transfert de détenus vers des États parties à un conflit armé non international, voir R. Ziegler, *op. cit.* note 54, p. 386-408.

169 CICR, Commentaire de la CG I, *op. cit.* note 6, par. 710.

170 *Ibid.*, par. 710.

aux droits de l'homme », cette dernière interdiction « devrait probablement se limiter tout au plus aux procès qui sont manifestement inéquitables<sup>171</sup> ». Conformément au DIH, toutes les parties au conflit, y compris les organisations internationales et les groupes armés organisés non étatiques, doivent se conformer au principe de non-refoulement<sup>172</sup>. Ceci est important comparé à la protection des migrants en vertu d'autres branches du droit international. En outre, selon le CICR, le principe de non-refoulement s'applique, qu'une frontière ait été ou non franchie, si le contrôle d'une personne est transféré d'une autorité à une autre<sup>173</sup>.

Une autre disposition importante au regard des mouvements de migrants figure au paragraphe 1 de l'article 17 du PA II qui interdit aux parties d'ordonner le déplacement de la population civile « pour des raisons ayant trait au conflit sauf dans les cas où la sécurité des personnes civiles ou des raisons militaires impératives l'exigent<sup>174</sup> ». C'est aussi une règle de droit international coutumier<sup>175</sup>. Tout comme dans les conflits armés internationaux et bien qu'elle ne vise que les déplacements « forcés », que ce soit à l'intérieur du pays ou au-delà des frontières, il s'agit d'une règle absolue qui ne devrait pas être interprétée comme limitant le droit des personnes de circuler librement<sup>176</sup>. S'il est procédé à un déplacement, « toutes les mesures possibles seront prises pour que la population civile soit accueillie dans des conditions satisfaisantes de logement, de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation<sup>177</sup> » et pour que les membres d'une même famille ne soient pas séparés les uns des autres. Comme souligné par les commentaires des Protocoles additionnels et de la règle 132 de l'étude de DIH coutumier, ces « exigences » devraient s'appliquer au déplacement lui-même<sup>178</sup>. Les civils ont également le « droit de regagner volontairement et dans la sécurité leur foyer ou leur lieu de résidence habituel dès que les causes de leur déplacement ont cessé d'exister », même s'ils se sont déplacés de leur plein gré<sup>179</sup>. Enfin, « toutes les mesures appropriées seront prises pour faciliter le regroupement des familles momentanément séparées<sup>180</sup> ».

### Observations finales

Comme on l'a vu dans cette partie, le DIH renferme des règles appropriées aux mouvements de migrants dans les conflits armés internationaux et non internationaux. Lorsque des personnes sont déplacées, volontairement ou involontairement, pour des raisons liées au conflit armé, certaines règles vont continuer de s'appliquer

171 *Ibid.*, par. 710 et références à la jurisprudence.

172 *Ibid.*, par. 713.

173 *Ibid.*, par. 713.

174 Pour de plus amples détails, voir les références dans *op. cit.* note 155, relative à l'interdiction du déplacement forcé.

175 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 129, par. B.

176 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 4851. Voir également M. Jacques, *op. cit.* note 13, p. 64.

177 PA II, art. 17, par. 1 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 132.

178 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 4856 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 131.

179 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 132.

180 PA II, art. 4, par. 3, b) ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* 5, commentaire de la règle 132. Voir également ci-dessous « Règles relatives à l'unité familiale, aux migrants disparus et décédés ».

même après la fin du conflit armé, jusqu'à ce qu'elles puissent regagner volontairement et dans la sécurité, leur foyer ou leur lieu de résidence habituel si tel est leur souhait<sup>181</sup>. Pourtant, il est possible que le droit au retour des migrants qui ont été déplacés d'un pays autre que le leur, soit limité surtout si leur situation dans ce pays était irrégulière<sup>182</sup>. Quoi qu'il en soit, des obligations à l'égard des migrants continuent de peser sur les États conformément au droit interne, mais aussi, lorsqu'applicables, au DIDH et au droit international des réfugiés<sup>183</sup>. Il est important de relever que le DIH, le DIDH et le droit international des réfugiés prévoient d'autres mesures de protection pour les migrants qui se trouvent dans des situations de conflit armé, comme le non-refoulement. Lorsque l'on examine la protection des migrants sous le prisme du DIH, notamment les règles relatives à leurs mouvements, il est important de s'interroger sur l'interaction du DIH avec d'autres branches du droit international applicables<sup>184</sup>. Par exemple, quelles sont les interactions entre les règles du DIH et le droit de circuler librement<sup>185</sup>, le droit de quitter un pays, y compris le sien<sup>186</sup>, ainsi que les règles relatives à l'expulsion des étrangers<sup>187</sup> prévus par le DIDH ? Ce faisant, quelle est l'interaction entre le droit international des réfugiés, le DIH et le DIDH<sup>188</sup> ? En particulier, quels sont les liens entre les différentes règles relatives au retour des réfugiés dans leur pays d'origine à la fin des hostilités<sup>189</sup> ?

181 Voir notamment, Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 132.

182 Par exemple, il conviendra de considérer les règles du DIDH (ainsi que celles du droit interne) relatives au droit de retour d'un migrant dans son propre pays.

183 Voir *op. cit.* note 5.

184 Pour une analyse plus approfondie de l'interaction entre ces branches du droit à propos de la migration forcée, voir Chetail, *op. cit.* note 9, pp. 701-734. Concernant particulièrement l'interaction au sujet du principe de non-refoulement, voir C. Droege, *op. cit.* note 143, p. 676 et les références.

185 PIDCP, art. 12, par. 1 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 26, par. 1 ; CADH, art. 22, par. 1 ; CESDHLF, art. 2, par. 1 ; CADPH, art. 12, par. 1.

186 DUDH, art. 13 ; PIDCP, art. 12 ; CADPH, art. 12, par. 2 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 4, al. 2, art. 27.

187 CADH, art. 22, par. 9 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 26, al. 2 ; CADPH, art. 12, par. 5 ; Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, 16 septembre 1963, STE n° 46 (Protocole n° 4 à la CESDHLF), art. 4 ; Comité des droits de l'homme, observation générale 15 (27) du 22 juillet 1986, par. 10 (sur l'interdiction indirecte d'expulser formulée à l'article 13 du PIDCP) ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale 30, 1<sup>er</sup> octobre 2004, par. 26 ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, A/RES/45/158, 18 décembre 1990, art. 22, par. 1.

188 Voir, par exemple, l'article 26 de la Convention sur les réfugiés de 1951 sur la liberté de circulation et l'article 28 qui dispose que les États parties ne sont pas tenus de délivrer des titres de voyage aux réfugiés souhaitant quitter leur pays d'accueil lorsque « des raisons impérieuses de sécurité nationale ou d'ordre public [...] s'y opposent ». De plus, le paragraphe 1 de l'article 32 de la Convention sur les réfugiés concerne uniquement l'expulsion des réfugiés qui se trouvent régulièrement sur le territoire d'un État, pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. Voir également les exceptions au non-refoulement dans le paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention sur les réfugiés de 1951.

189 Voir notamment CG IV, art. 134 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 128 ; DUDH, art. 13 ; PIDCP, art. 12, par. 4 ; CESDHLF, Protocole 4, art. 3, par. 2 ; CADH, art. 22, par. 5 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 27, al. a ; CADPH, art. 12, par. 2 ; Concernant le retour volontaire des réfugiés en vertu du droit international des réfugiés, voir Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, RTNU, vol. 1001, p. 45, 10 septembre 1969, art. 5 ; Déclaration de Carthage, par. 12.

## Règles relatives à l'unité familiale, aux migrants disparus et décédés

Dans les situations de conflit armé, de nombreux migrants peuvent disparaître ou décéder, y compris après avoir été séparés de leur famille ou placés en détention. Ceci résulte souvent directement de violations du DIH. Dans le cas des migrants, la communication entre les membres d'une famille, qui vivent souvent dans des pays différents, peut se révéler particulièrement difficile, car ils ne parlent pas nécessairement la même langue que celle du pays dans lequel ils se trouvent et que les informations doivent être transmises par-delà les frontières et entre les autorités de différents États. Cela complique aussi la collecte des données propres à identifier des migrants décédés. La situation peut encore se compliquer davantage lorsque les migrants ne souhaitent pas rétablir le contact avec leur famille, de peur d'être déportés ou par crainte de représailles contre leurs proches dans leurs pays d'origine. Enfin, les migrants décédés sont susceptibles d'être considérés comme disparus si les mesures nécessaires à l'identification des restes des personnes décédées et à la transmission des informations appropriées aux familles ne sont pas prises.

En dépit de ces obstacles pratiques, le DIH renferme des règles appropriées pour les migrants<sup>190</sup> sur le respect de la vie familiale, le maintien ou le rétablissement des liens familiaux, pour élucider le sort des migrants disparus et déterminer l'endroit où ils se trouvent ainsi que pour rechercher, recueillir et identifier les morts. Ces règles visent principalement à empêcher la disparition de personnes et à élucider leur sort et déterminer l'endroit où elles se trouvent afin de communiquer aux membres de leur famille toutes les informations disponibles à leur sujet<sup>191</sup>. Toutefois, l'obligation d'élucider le sort des personnes portées disparues ou décédées est une obligation de moyens et non de résultats. Les parties au conflit doivent faire tout ce qui leur est possible pour informer les familles sur le sort de leurs proches et, le cas échéant, leur transmettre toutes les informations dont elles disposent<sup>192</sup>. Les règles du DIH relatives au rétablissement des liens familiaux, au regroupement des familles ainsi que pour rendre compte du sort des personnes disparues et décédées peuvent continuer de s'appliquer après la fin du conflit. Si une personne est portée disparue par suite d'un conflit armé, ces règles demeurent applicables jusqu'à ce que les parties aient rempli leurs obligations<sup>193</sup>. Les parties restent liées par l'obligation de prendre toutes les mesures pratiquement possibles pour élucider le sort des personnes portées disparues et pour transmettre aux membres de leur famille toutes les informations dont elles disposent à leur sujet. Cette obligation vaut également pour les personnes décédées, notamment pour les rechercher, les recueillir et les identifier. En outre, les parties restent liées par l'obligation de faciliter les efforts de recherche entrepris par

190 Voir, par exemple, CG IV, articles 26 et 27, al. 1 (personnes protégées), art. 49, al. 3 (territoire occupé), articles 82, al. 2 et 116 (internés) ; PA I, articles 32-34, 74, 75, par. 5, 77, par. 4 ; PA II, articles 4, par. 3(b) et 8 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 105, 109, 112, 116, 117, 123, 125 et 131.

191 PA I, art. 32 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, commentaire de la règle 117. Concernant les personnes décédées, voir CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 1203 et 1216.

192 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 116-117 ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 1216. Voir également Heike Spieker, « Maintenance and re-establishment of family links and transmission of information », in A. Clapham, P. Gaeta et M. Sassòli (dir.), *op. cit.* note 7, p. 1120.

193 À propos des articles 33, 34 et 74 du PA I, voir CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 149 et 1239.

des membres de familles dispersées de façon à ce qu'ils puissent restaurer les liens familiaux et, si possible, être réunis.

### *Conflits armés internationaux*

Dans les conflits armés internationaux, plusieurs règles du DIH visent à prévenir les disparitions de personnes, en particulier en enregistrant les données des personnes détenues<sup>194</sup>. Les parties au conflit sont également tenues de permettre à « toute personne se trouvant sur [leur] territoire ou dans un territoire occupé par elle, [de] donner aux membres de sa famille, où qu'ils se trouvent, des nouvelles de caractère strictement familial et en recevoir<sup>195</sup> ». Cette obligation s'applique quel que soit l'endroit où se trouvent les familles<sup>196</sup>. Si les migrants sont dispersés en raison d'un conflit armé, les parties doivent « faciliter[r] les recherches entreprises par les membres des familles dispersées (...) pour reprendre contact les uns avec les autres, et si possible, se réunir<sup>197</sup> ». Il est important de noter que l'article 74 du PA I complète l'article 26 de la CG IV en imposant aux États tiers qui sont parties au Protocole, de faciliter « dans toute la mesure du possible le regroupement des familles dispersées<sup>198</sup> ». Selon le Commentaire, « [c]ette extension est tout à fait normale, puisqu'il arrive fréquemment que, lors de conflits armés, des ressortissants des pays en conflit cherchent refuge ou soient transportés dans des pays non Parties au conflit<sup>199</sup> ». Même lorsque le PA I n'est pas applicable, on pourrait soutenir que les États tiers peuvent être tenus de faciliter le regroupement des familles en raison de l'obligation qui leur incombe conformément à l'article 1 commun, de « faire respecter » le DIH<sup>200</sup>. Il n'en résulterait toutefois pas nécessairement une obligation pour les États tiers d'accorder des permis d'entrée dans leur pays<sup>201</sup>. Ceci est important dès lors que le plus souvent, les familles de migrants ne se trouvent pas sur le territoire d'une partie au conflit.

Lorsque des personnes sont portées disparues, les parties doivent prendre toutes les mesures possibles pour élucider leur sort et transmettre aux membres de leur famille toutes les informations dont elles disposent à leur sujet<sup>202</sup>. Se fondant sur

194 Voir, par exemple, CG IV, art. 24, al. 3 (pour l'ensemble des populations civiles), art. 43, al. 2 (personnes protégées se trouvant sur le territoire d'une partie), art. 50, al. 2 (territoire occupé), art. 105-106 (internés), art. 136-138, 140 (personnes protégées) ; PA I, articles 33, par. 2 et 78, par. 3 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 123.

195 CG IV, art. 25 (pour l'ensemble des populations civiles). Voir également, articles 106-107, 112, 125 (internés) ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 105, 125 et 126.

196 H. Spieker, *op. cit.* note 192, p. 1100.

197 CG IV, art. 26 (pour l'ensemble des populations civiles) ; PA I, art. 74 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 105. Voir également règle 131 : « En cas de déplacement, toutes les mesures possibles doivent être prises afin que [...] les membres d'une même famille ne soient pas séparés les uns des autres ».

198 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, pp. 507-508.

199 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 2998.

200 Pour de plus amples observations sur les obligations en vertu de l'article 1 commun, voir K. Dörmann et J. Serralvo, *op. cit.* note 151, pp. 25-56.

201 H. Spieker, *op. cit.* note 192, p. 1121.

202 Voir, par exemple, CG IV, art. 136-141 (pour les personnes protégées) ; PA I, art. 33, par. 1-3 (pour les « personnes dont la disparition a été signalée par une Partie adverse », le champ personnel étant plus large que celui de la CG IV) ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 117. Concernant le champ d'application de l'article 33 du PA I, voir M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, pp. 198-199. Voir également A. Petrig, *op. cit.* note 7, pp. 260 et 270.

la CG IV, l'article 33 du PA I et le droit international coutumier étendent l'obligation de rechercher les disparus à toutes les personnes non couvertes par les Conventions, y compris les ressortissants des États non parties au conflit et les personnes dont la nationalité est contestée<sup>203</sup>. Bien que le PA I ne s'applique pas aux ressortissants d'une partie au conflit qui sont gardés en captivité, l'enregistrement de ces personnes devrait se faire en vertu du principe général figurant à l'article 32 selon lequel toute activité « est motivée au premier chef par le droit qu'ont les familles de connaître le sort de leurs membres<sup>204</sup> ». Avant de transmettre des informations aux pays d'origine, il convient de tenir compte du souhait de certains migrants de ne pas reprendre contact avec leur famille<sup>205</sup> ou des préjudices que cette communication pourrait leur causer ainsi qu'à leurs proches<sup>206</sup>. Comme souligné par le Commentaire de l'article 32 du PA I, le droit des familles de connaître le sort de leurs familles devrait être examiné en considérant d'autres aspects, par exemple, lorsqu'un prisonnier ne souhaite pas communiquer avec sa famille<sup>207</sup>. S'agissant des personnes protégées conformément à la CG IV, le Bureau national de renseignements peut déroger à l'obligation de transmettre des informations si cette transmission est susceptible de porter préjudice à la personne intéressée ou à sa famille<sup>208</sup>. Les parties au conflit ont aussi l'obligation de rechercher, recueillir et identifier les morts, y compris les migrants, de veiller à ce que les restes des personnes décédées soient traités convenablement et d'informer les familles<sup>209</sup>. Le PA I élargit le champ d'application des obligations de la CG IV en exigeant que les restes des personnes décédées soient respectés et que les tombes des personnes soient conservées, marquées et respectées pour les personnes décédées pour des raisons liées à l'occupation, pour celles décédées en détention en lien avec l'occupation ou les hostilités ainsi que des personnes qui ne sont pas du pays dans lequel elles sont décédées du fait des hostilités<sup>210</sup>. Ces dispositions couvrent également d'autres questions non réglementées, comme la protection et le retour des restes humains<sup>211</sup>.

### *Conflits armés non internationaux*

Dans les conflits armés non internationaux, on trouve un certain nombre de règles qui sont importantes pour prévenir les disparitions ou les séparations de personnes,

203 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 117 ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 1222, 1256-1259.

204 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 1259.

205 Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier et Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, 3<sup>e</sup> édition, vol. 1, CICR, Genève, 2011, p. 12.

206 A. Petrig, *op. cit.* note 7, p. 268.

207 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 1218-1219.

208 CG IV, articles 137, al. 2 et 140 ; Voir également CICR, Commentaire de la CG IV, *op. cit.* note 27, pp. 567-568.

209 CG IV, article 16, al. 2 (ensemble des populations), articles 129, al. 2 et 130-131 (internés) ; PA I, articles 17, 33 et 34 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 112 et 116. Voir également Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 113-115.

210 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *op. cit.* note 34, p. 202.

211 *Ibid.*, pp. 203-204.



pour rétablir les liens familiaux et réunir des familles<sup>212</sup>. Toutes ces obligations se fondent sur le droit au respect de la vie de famille, qui est reconnu comme une règle de DIH coutumier<sup>213</sup>. Les parties sont en particulier tenues de prendre toutes les mesures appropriées pour faciliter le regroupement des familles momentanément séparées, notamment par l'identification des enfants, la création de bureaux de renseignements et le recours à l'Agence centrale de recherches<sup>214</sup>. Il existe également des règles relatives à l'échange de nouvelles entre les membres d'une même famille<sup>215</sup>. Les parties doivent aussi prendre toutes les mesures possibles pour élucider le sort des personnes portées disparues et en informer leurs familles<sup>216</sup>. Elles doivent rechercher et recueillir les morts, enregistrer toutes les informations disponibles avant l'inhumation des corps en vue de les identifier et de traiter les morts de manière respectueuse<sup>217</sup>. Cette règle se centre sur le fait que les autorités renseignent, dans toute la mesure du possible, les familles sur le sort de leurs membres et, tel que relevé par le Commentaire, les informent, le cas échéant, sur l'emplacement de leur sépulture<sup>218</sup>.

## Conclusion

S'agissant de la protection des migrants dans les situations de conflit armé, l'un des principaux objectifs du DIH est de prévenir les mouvements forcés de personnes aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur pays. C'est là l'un des principaux sujets des articles et des ouvrages sur la protection des réfugiés (et des déplacés internes) en vertu du DIH. Cet article avait pour but d'identifier les nombreuses règles du DIH qui protègent les migrants non seulement des déplacements, mais plus généralement lorsqu'ils se trouvent dans une situation de conflit armé, soit parce qu'ils vivent dans des pays en proie à un conflit armé, soit parce qu'ils les traversent. Ces règles ont d'abord pour objet de protéger les migrants des effets des hostilités et de garantir qu'ils seront traités avec humanité s'ils se retrouvent au pouvoir de l'ennemi. En premier lieu, les migrants sont protégés par les règles générales applicables à la population civile. En outre, en tant que personnes protégées, ils ont droit à une protection particulière dans les conflits armés internationaux. En tant que réfugiés, ils ont droit à une protection spéciale conformément aux articles 44 et 70, alinéa 2 de la CG IV. Ainsi, le DIH renferme des règles importantes pour la protection des migrants qui se trouvent dans des situations de conflit armé. Cependant, comme les migrants bénéficient toujours de la protection que leur confère le droit interne ainsi que d'autres corpus du droit international applicables dans les conflits armés

212 Voir, par exemple, PA II, articles 4, par. 3, b) et 5, par. 2, b) ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 98, 105, 119, 120, 123, 132 (pour éviter la séparation de membres d'une même famille familiale en cas de déplacement).

213 Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règle 105.

214 PA II, art. 4, par. 3, b) ; CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 46, par. 4553-4554.

215 PA II, art. 5, par. 2, b) ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 105, 125-126.

216 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 105 et 117.

217 PA II, art. 8 ; Étude du CICR sur le DIH coutumier, *op. cit.* note 5, règles 112 et 116. Voir également règles 113 et 115.

218 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 39, par. 4657.

internationaux et non internationaux, il serait opportun d'analyser plus en détail les interactions entre le DIH et les autres obligations internationales. En particulier, la protection complémentaire que confèrent le DIDH et le droit international des réfugiés aux migrants dans les situations de conflit armé et l'interaction entre ces règles et celles du DIH mériteraient d'être approfondies. Comme souligné ci-dessus, il serait important, par exemple, de réfléchir à la manière dont le droit de circuler librement, inscrit dans le DIDH et les règles du droit international des réfugiés relatives au retour des réfugiés, se combinent avec celles du DIH relatives aux mouvements de personnes.

Bien que brièvement abordées, il conviendrait d'analyser davantage les éventuelles obligations incombant aux États tiers, que ce soit pendant ou après un conflit armé, conformément à l'article 1 commun, afin de mieux comprendre et appréhender la protection des migrants conformément au DIH. Par exemple, dans quelle mesure, le cas échéant, les États tiers ont-ils le devoir de s'efforcer de faire respecter par des parties à un conflit armé, les obligations qui leur incombent sur le rétablissement des liens familiaux des migrants déplacés en raison d'un conflit, ou pour rendre compte du sort des migrants disparus ou décédés ? Si une partie à un conflit armé s'efforce de rétablir les liens familiaux et requiert l'aide d'un État tiers pour y procéder, dans quelle mesure le refus de ce dernier peut-il être vu comme contribuant à une violation du DIH ? Enfin, dans le cadre de leur obligation de prévenir les violations du DIH, les États tiers devraient-ils intervenir auprès des parties à un conflit armé pour tenter de les aider à s'acquitter de leurs obligations ? Bien que cet article ne traite pas de ces aspects dans le détail, il convient de garder à l'esprit l'importance de déterminer l'existence et la portée des éventuelles obligations des États tiers pour, par exemple, élucider le sort des migrants disparus et décédés pendant ou à la fin d'un conflit armé ou, selon les cas, pour faciliter le retour volontaire des migrants.